

REVISTA CRITICA
DE
DERECHO INMOBILIARIO

FUNDADA EN 1925

por

D. Jerónimo González Martínez

Año LXXVII • Marzo-Abril 2001 • Núm. 664

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

«La usucapición <i>secundum tabulas</i> . El artículo 35 de la Ley Hipotecaria», por ANDREA MACÍA MORILLO	461
«Las uniones de hecho y sus efectos patrimoniales (Parte 2. ^a : Efectos patrimoniales)», por MARÍA DEL CARMEN CORRAL GIJÓN	559
«Anotación preventiva de créditos refaccionarios», por MARÍA DOLORES MEZQUITA GARCÍA-GRANERO	623
«Breves comentarios a la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordena- ción de la Edificación», por FRANCISCO JAVIER GARCÍA MAS y JOSÉ ÁLBERTO MARTÍN VIDAL	649
«El derecho de vuelo en nuestro Ordenamiento (Consideraciones a pro- pósito de unas recientes resoluciones)», por JOSÉ LUIS ARJONA GUA- JARDO-FAJARDO	681

DICTAMENES Y NOTAS

«Responsabilidad de los patronos de una fundación frente a terceros», por FRANCISCO RIVERO HERNÁNDEZ	721
«La fianza arrendaticia: consecuencias legales del incumplimiento», por JUAN MANUEL FERNÁNDEZ APARICIO	759

ACTUALIDAD JURIDICA

Información legislativa y de actividades, por LA REDACCIÓN	781
--	-----

JURISPRUDENCIA

I. Sentencias del Tribunal Constitucional, por FRANCISCO CORRAL DUEÑAS	789
II. Resoluciones de la Dirección General:	

	<i>Págs.</i>
A) Resoluciones publicadas en el <i>BOE</i> , por FERNANDO CURIEL LORENTE	797
B) Resoluciones comentadas, por MARÍA GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, RAFAEL RIVAS TORRALBA y EMILIANO CANO FERNÁNDEZ	808
 III. Sentencias del Tribunal Supremo:	
1. Derecho Civil:	
b) Obligaciones y contratos, por por ISABEL DE LA IGLESIA MONJE e ISABEL MORATILLA GALÁN	849
c) Arrendamientos, por CATALINO RAMÍREZ RAMÍREZ	863
f) Responsabilidad civil, por JOSÉ MARÍA CORRAL GUJÓN, PATRICIA LÓPEZ PELÁEZ, JUANA RUIZ JIMÉNEZ, TERESA SAN SEGUNDO MANUEL y LOURDES TEJEDOR MUÑOZ	874

INFORMACION BIBLIOGRAFICA

«La reconciliación de los cónyuges en situaciones de crisis matrimonial», de ISAAC TENA PIAZUELO, por M. ^a DEL CARMEN CORRAL GUJÓN.	907
«Los montes: propiedad, aprovechamiento y conservación», de JOSÉ MARÍA DE LA CUESTA SÁENZ y otros, por FRANCISCO CORRAL DUEÑAS.	909
«Comentarios a la Ley de Ordenación de la Edificación», de ANGEL CARRASCO PERERA y otros, por L. FERNANDO REGLERO CAMPOS	911
«Publicidad registral y datos de hecho», de ANTONIO MANUEL MORALES MORENO, por FRANCISCO CORRAL DUEÑAS	913
«Esbozo de una teoría general de la oponibilidad», de ANTONIO PAU PEDRÓN, por FRANCISCO CORRAL DUEÑAS	916
«Ejecución judicial sobre bienes hipotecados», de JUAN MARÍA DÍAZ FRAILE, por FRANCISCO CORRAL DUEÑAS	919

REVISTA DE REVISTAS

Por LA REDACCIÓN. Comentarios de ISABEL DE LA IGLESIA MONJE	923
---	-----

ESTUDIOS

La usucapión *secundum tabulas*. El artículo 35 de la Ley Hipotecaria

I. CONSIDERACIONES PREVIAS ACERCA DE LA USUCAPION

La prescripción, en su doble modalidad —adquisitiva o extintiva— consiste en la transformación, reconocida por la Ley, de un estado de hecho en un estado de derecho por el transcurso del tiempo; transformación que puede consistir en la constitución o en la extinción de algún derecho, lo cual, a su vez, será lo que determine que se denomine prescripción adquisitiva (o usucapión) (1) o prescripción extintiva. La idea de cambio y de transcurso del tiempo son las claves para definir esta situación. En la prescripción adquisitiva se les unirá como característica determinante la posesión. De esta prescripción adquisitiva se va a ocupar predominantemente el presente estudio (2);

(1) La palabra prescripción no manifiesta suficientemente, a nuestro parecer, la especialidad y el carácter de esta institución. En cambio, «usucapión» indica ya la finalidad del instituto a través de su propia etimología, porque proviene del verbo *capere*, que significa «adquirir algo» y del término *usus*, que significaba «uso» e incluso en época arcaica designaba la posesión.

(2) La prescripción extintiva *secundum tabulas*, recogida por el párrafo 902 BGB, no aparece regulada en el artículo 35 ni en ningún otro precepto de la Ley Hipotecaria. A pesar de que la Comisión redactora del proyecto de reforma de la Ley Hipotecaria recogió la prescripción *secundum tabulas* en su doble aspecto adquisitivo y extintivo, en el texto final se pensó que no era necesaria su regulación y que bastaba para el tráfico la presunción de extinción de los derechos cancelados que contiene el artículo 97 LH. Sin embargo, el contenido de ese artículo no llega a ser propiamente una prescripción extintiva *secundum tabulas*, ya que tal figura consiste en la prescripción de un derecho real inmobiliario que se produce extrarregistralmente, coincidiendo entonces con el contenido del Registro. Suele producirse por cancelación indebida (contra lo cual no se produce reclamación para reinscribir el derecho), que provoca una inexactitud registral, la cual queda subsanada cuando se produce extrarregistralmente la prescripción del derecho. En la medida en que el artículo 97 sólo contiene una «presunción» de extinción del derecho, no regula una prescripción *secundum tabulas*. Sin embargo, este efecto sí que ha sido visto por parte de ROCA SASTRE en el procedimiento de liberación de cargas y gravámenes que recogen los artículos 198 y 209 LH. COSSÍO Y CORRAL, sin embargo, lo niega.

pero no mediante el examen aislado de la materia, sino a través del análisis de sus relaciones con el Registro de la Propiedad; en concreto, en la medida en que esta relación sea, no de contradicción con el contenido del Registro, sino de consolidación o coordinación. A pesar de esta intención de proceder a un examen conjunto, es necesario partir de una breve referencia a algunas de las características de la usucapión para dejar sentada parte de las bases del posterior estudio.

La usucapión es una institución cuyos orígenes se remontan al derecho romano y que llega a nosotros a través de las Partidas con pocas modificaciones en lo sustancial. Se trata de un modo de adquirir el dominio de los bienes y de los derechos reales susceptibles de posesión a través de la posesión pública y pacífica continuada durante determinado tiempo. La adquisición se consuma por la concurrencia de la posesión en concepto de dueño (*possessio ad usucapionem*) y el tiempo; pero si se consuma es porque la Ley quiere que así sea, fijando además los requisitos que han de concurrir para que se produzca tal efecto.

El fundamento que apoya tal adquisición está en la seguridad de las relaciones jurídicas que exige que, transcurrido un período dilatado de tiempo, adquiriera firmeza una situación que hasta entonces era de hecho. La defensa que despliega la usucapión a favor de la posesión de un determinado bien o derecho no deriva del hecho mismo de poseer, sino de la permanencia en esta situación: es el tiempo y el esfuerzo de mantener la posesión lo que purifica el hecho inicial. Pero junto a esta seguridad y esta conveniencia social, indica PORCIOLES que el reconocimiento de la usucapión arranca del mismo fundamento del derecho de propiedad; en concreto, del principio de especificación y de la función social de la propiedad (3). Sea cual sea el fundamento, sí es cierto que a esta adquisición acompaña, en todo caso, un sacrificio del derecho de propiedad, en tanto que existe otro sujeto que se ve privado de su propiedad por la adquisición del usucapiente. Los autores y la jurisprudencia, sin embargo, acuden a distintos argumentos (negligencia de la actuación del propietario, renuncia implícita que conlleva la pasividad del *verus dominus* ante la situación de hecho, mantenimiento de la paz social..., etc.) (4) para justificarlo.

Actualmente la usucapión es regulada en el artículo 609 del Código Civil como un modo originario de adquirir la propiedad de los bienes y de los derechos reales susceptibles de posesión (originario sólo en tanto que la titu-

(3) «La prescripción y el Registro de la Propiedad», en *Cuestiones de Derecho hipotecario y social* (Conferencias de 1944), Barcelona, 1945, pág. 170.

(4) Así lo señala ESPÍN CÁNOVAS («Función del justo título en la adquisición de derecho por usucapión», en *RDP*, 1968, II, 52), pág. 833. Por su parte, LACRUZ, y cols. (*Elementos de Derecho Civil*, III, vol. 1.º, 1.ª parte, 2.ª edición, Barcelona, 1988), pág. 187, alude junto a esas justificaciones a la idea de castigo al *verus dominus*.

laridad no deriva del verdadero dueño del bien; pero no en el sentido de adquisición libre de cargas). A pesar de su antigüedad, el sentido inicial de esta figura y su fundamento se han mantenido hasta nuestros días, si bien su trascendencia se ha reducido, puesto que se señala que su lentitud no sirve para satisfacer las exigencias de celeridad y sencillez del tráfico moderno. Por este motivo, se tiende en la actualidad a restringir su función a «convalidar *inter partes* los defectos de la adquisición y facilitar el acceso al Registro de las situaciones jurídicas surgidas de situaciones de hecho» (5). Es la primera de estas funciones actuales la que aquí más nos interesa; función que cuenta con una amplia tradición histórica, ya que desde antiguo la usucapión no sólo se concibió como un modo de adquirir la propiedad, sino también como instrumento para convalidar la falta de requisitos formales del acto de transmisión, así como la falta de derecho del transmitente. En definitiva, se trata de adquirir la propiedad de un bien o derecho que, por algún vicio o defecto, no ha podido ser transmitida con plenos efectos. Por tanto, en la actualidad se mezclan las dos funciones tradicionales de la usucapión, ya que se conceptúa como modo de adquisición de la propiedad, pero sólo para aquellos casos en que existe algún defecto en la transmisión que se ha de convalidar.

Esta función de convalidación lleva a un tema de especial trascendencia para el objeto del presente estudio: cuáles son los problemas que pueden subsanarse a través de la usucapión. Desde un punto de vista teórico, al ir destinada la usucapión a consumir una transmisión de la propiedad que no se ha producido por concurrir algún defecto, el obstáculo debe encontrarse en alguno de los elementos necesarios para que se produzca la adquisición de la propiedad. Así pues, conforme al sistema que establece el artículo 609 del Código Civil, se ha de tratar de defectos que afecten al título de transmisión (a sus elementos esenciales o a la capacidad y legitimación de las partes) o de defectos que afecten al modo (a la entrega efectiva de la posesión o a la titularidad del transmitente o poder de disposición). Rechazando de principio que la usucapión subsane los defectos relativos a uno de los elementos del modo: la entrega efectiva de la posesión —ya se verá más adelante que la posesión es precisamente el requisito principal e imprescindible para que entre en juego la usucapión—, los autores se han dividido en sus opiniones

(5) PORCIOLES, *op. cit.*, págs. 165-166, y NÚÑEZ LAGOS, «Realidad y Registro», en *RGLJ*, 1945, págs. 443-444. Por tanto, frente a la doble finalidad que la usucapión cumplía en un inicio (modo de adquirir y modo de convalidar), la usucapión ya sólo desarrolla la segunda de las funciones. Dentro de ésta, como veremos, no es totalmente correcta la referencia que hacen los dos autores citados a la convalidación *inter partes* de los vicios de la adquisición, ya que esto sólo es correcto por lo que respecta a la usucapión extraordinaria. En la ordinaria, en cambio, la convalidación no se produce *inter partes*, sino frente a un tercero, ya que el único vicio de la adquisición que se convalida es el de la falta de titularidad del transmitente del usucapiente.

acerca de cuáles de estos problemas son los que puede remediar la usucapión: si todos, algunos o sólo los que se refieren a la adquisición de no propietario. La posición mayoritaria es la de aquéllos (como CASTÁN, LUNA SERRANO, MORALES MORENO, ROCA SASTRE o SANZ FERNÁNDEZ) que hacen referencia a que la usucapión subsana tan sólo las deficiencias que derivan de la falta de titularidad del transmitente. Dentro de esta corriente mayoritaria, las formulaciones concretas de tal afirmación van desde la más tajante que enuncian ALAS, DE BUEN Y RAMOS («el único vicio del título que purga la usucapión es la falta de titularidad del transferente») (6), hasta posiciones algo más moderadas en su redacción, como la de MORALES MORENO («de las dos posibles causas que impiden que se produzca la transmisión de un derecho —bien la falta de titularidad o imposibilidad de transmitir el derecho, bien defectos del título—, la usucapión subsana la falta de titularidad del causante, pero no los vicios del título»). Esta línea ha sido también adoptada por la jurisprudencia, como muestran las sentencias del Tribunal Supremo de 30 de marzo de 1943, 3 de febrero de 1961, 4 de julio de 1963 y 18 de febrero de 1987. Esta última establece que «la *ratio* o motivación finalista del citado artículo 35 es posibilitar al titular registral adquirente *a non domino* (...) que pueda consolidar abreviadamente esta adquisición». De forma algo más amplia, pero sin hacer referencia a que la usucapión sane defectos del título, otros autores señalan que el fin de la usucapión es permitir que se adquiera el derecho que no se adquirió por «circunstancias externas al título válido» (7). Igualmente, otros (como BORRELL Y SOLER) añaden que también subsana los defectos de capacidad del transmitente (8).

(6) Pese a lo categórico de la afirmación, esta célebre frase contiene una equivocación patente. La falta de titularidad del transmitente no es un vicio del título, sino otro de los requisitos necesarios para que se produzca la transmisión de la propiedad; es, por tanto, un problema que afecta a la transmisión de la propiedad, no al título. El negocio celebrado por un *non domino* es perfectamente válido a efectos obligacionales (siempre que reúna los requisitos necesarios) y vincula a las partes implicadas. Por consiguiente, para ser entendida de forma correcta la afirmación de DE BUEN ha de ser pronunciada en otros términos: el único vicio de la transmisión que purga la usucapión es la falta de titularidad del transmitente.

(7) Así opinan tanto LACRUZ, y cols. (*op. cit.*, pág. 206) y ALBALADEJO (*Derecho Civil*, tomo III, vol. 1.º, 6.ª edición, Barcelona, 1989, pág. 206). Posteriormente la opinión de este segundo autor se clarifica y se encuadra con claridad en la primera de las corrientes doctrinales enunciadas, al establecer que «en la usucapión con título, lo que se purifica es sólo no haber habido adquisición procedente del título por no haber otorgado el título el dueño». («Comentario al art. 1.954 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales*, tomo XXV, vol. 1.º, Madrid, 1992, págs. 324-326).

(8) Así lo manifiesta en *Derecho Civil español*, tomo II, Barcelona, 1955, pág. 279. No obstante, estos defectos de capacidad, que pueden dar lugar a la anulación del título de adquisición, han de encuadrarse realmente entre los vicios de este título, no entre los defectos del acto de transmisión. En éste, lo que se tiene en cuenta es la titularidad y

Ya dentro de los autores que hacen alguna referencia a los defectos del título, existen igualmente dos posiciones. La menos estricta (que sostienen DIEZ-PICAZO o ESPÍN CÁNOVAS) mantiene que la usucapión subsana, además de lo visto, los defectos del título que dan lugar a la anulabilidad, resolución o impugnabilidad (9). De forma más amplia, tanto BÉRGAMO LLABRÉS, como PORCIOLES, establecen que la usucapión lo que solventa son los vicios del título (10). Parece entender esta última opinión que de los defectos de la titularidad ya se ocupa el artículo 34 LH y que, por tanto, la usucapión ha de desarrollar sus efectos en otro campo.

No se puede establecer aquí que una de las posiciones sea verdadera y las demás sean falsas; lo que ocurre es que las afirmaciones que se hacen respecto de los defectos que convalida la usucapión han de reconducirse a los distintos tipos de usucapión. Estos se distinguen, además de por sus requisitos y distinto plazo, por la función que cumplen respecto de la convalidación de los vicios de que adolece en su conjunto el traspaso de la propiedad. La usucapión extraordinaria, como plazo prescriptivo general, convalida cualquier tipo de defecto que concurra en el contrato celebrado por las partes o en la adquisición efectiva de la titularidad. El largo período de tiempo que se exige en este tipo de usucapión es considerado por el legislador como suficiente para subsanar todos los posibles defectos de que adoleciese la adquisición operada por el usucapiente. Por tanto, se trata en realidad de un límite que establece el legislador, fuera del cual ya no se puede atacar una adquisición. Respecto a la usucapión ordinaria, que es la que aquí más nos interesa (pues es la que contiene el art. 35 LH), nos vamos a decantar por la primera de las teorías expuestas: únicamente convalida la falta de titularidad del transferente. Este es el sentido que tradicionalmente le fue otorgado ya desde el derecho romano clásico, en que se generó este modo de adquisición para consolidar una propiedad defectuosa, bien por no ser propietario el enajenante o bien por adquirirse la posesión de una *res Mancipi* sin la forma de la *mancipatio* o de la *in iure cessio* (11). Habiendo desaparecido en época justiniana la distinción entre *res Mancipi* y *res nec Mancipi*, quedó la usucapión como modo de adquirir la propiedad para los supuestos en que la adquisición no se hubiera consumado por faltar el poder de disposición del transmitente. Con ello obtenía un modo de adquirir la propiedad y demás derechos reales

poder de disposición del transmitente, no su capacidad, que es un elemento que, al afectar de forma directa o indirecta al consentimiento de las partes a la hora de contratar, se ha de considerar como integrante de los requisitos del título.

(9) Respectivamente, «Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial», III, Madrid, 1995, pág. 749, y «Función...», *op. cit.*, pág. 840.

(10) Respectivamente, «La usucapión y el Registro de la Propiedad», en *AAMN*, vol. 3, 1959, pág. 277, y *op. cit.*, pág. 185.

(11) Así lo recoge D'Ors (*Derecho Privado romano*, Barcelona, 1981, pág. 237).

que permitía esta transmisión con independencia de la condición de dueño del transmitente; falta de titularidad que quedaba suplida por la exigencia de la buena fe y el transcurso del tiempo. Así llega esta institución a nuestros días. Se trata, pues, de un modo de adquisición de los derechos reales, paralelo a la *traditio*, que opera para los supuestos en que falta uno de los requisitos de ésta: la titularidad o poder de disposición del transmitente (12). Tal requisito ha de ser integrado en nuestro sistema de adquisición del dominio y los derechos reales dentro del elemento de la *traditio*, no del título de adquisición y por ello no se puede hablar de que la usucapción ordinaria subsane los defectos del título (13). El único defecto que convalida es la falta de titula-

(12) Este paralelismo es claramente señalado por primera vez por MIGUEL GONZÁLEZ, J., que manifiesta que «se puede hablar de analogía entre causa de tradición y justo título de usucapción». Cf. al respecto, *Eigentums Übertragung im Recht des spanischen Código Civil*, Comparative Law Rearview, Institute of comparative law in Japan, Chuo University, 1990, págs. 1 y sigs.; *Compraventa y transmisión de la propiedad*. Derecho romano de obligaciones, en *Homenaje a Murga Gener*, Madrid, 1994, pág. 576. Igualmente, MIGUEL GONZÁLEZ, J. M., recoge esta misma idea reiteradamente en sus obras. Cf., entre otras, *La posesión de bienes muebles. Estudio del artículo 464.1 del Código Civil*, Madrid, 1979, págs. 349 y sigs.; «Comentario a la STS de 5 de mayo de 1983», en *CCJC*, 1983, págs. 724 y sigs.; voz «Tradición», en *EJB*, tomo IV, Madrid, 1995, pág. 6603; o «Notas sobre el artículo 464 del Código Civil y la reciente jurisprudencia», en *ADC*, 1999, págs. 570 y sigs. En esta misma línea, CUENA CASAS (*La función del poder de disposición en los sistemas de transmisión onerosa de los derechos reales*, Barcelona, 1996, pág. 356 y sigs.) recoge el paralelismo y realiza un amplio estudio de ambos modos de adquisición desde los antecedentes históricos hasta la situación actual.

(13) Como indica CUENA CASAS (*op. cit.*, pág. 366), «en nuestro Derecho [se] ha mantenido la separación conceptual entre negocio obligacional (por consecuencia de ciertos contratos) y acto dispositivo (mediante la tradición), de manera que la falta de poder de disposición no afecta a los contratos que, aún con esta carencia continúan produciendo efectos legitimando en el *accipiens* una posesión en concepto de dueño y un título hábil para consumir una adquisición, no por la tradición, que ha sido ineficaz por esta eventualidad, sino por otro modo de adquirir que viene a purgar y subsanar dicha *traditio inválida e ineficaz* a los efectos traslativos». Este modo de adquisición al que se refiere la citada autora es la usucapción. La autora, cuyos argumentos aquí se comparten, parte de que la usucapción ordinaria subsana la falta de titularidad del transmitente y se apoya en la exigencia de justo título válido para demostrar que el requisito del poder de disposición del transmitente es un elemento ajeno al título, integrado, por tanto, en la *traditio*. Igualmente queda recogida esta opinión de forma clara en las palabras de MIGUEL GONZÁLEZ, J. M. («El Registro Inmobiliario y la adquisición de la propiedad», en *RdPat*, 1998, 1, pág. 50), cuando indica que «ni la usucapción ordinaria, ni la adquisición *a non domino* son superfluas si el título ha de ser válido, porque la propiedad del transmitente es un requisito independiente del título y su falta y no otra es lo que subsanan la usucapción ordinaria, que requiere título válido, y la adquisición *a non domino*, que también lo requiere, artículos 1.953 del Código Civil y 33 LH, respectivamente. No es correcto decir que la usucapción subsana un defecto del título porque la propiedad del transmitente no es un requisito del título, sino de la transmisión por tradición. El título sirve de causa a la tradición, si el tradente es propietario, o de título en la usucapción, si el tradente no es propietario. En ambos casos el título ha de ser válido y la diferencia entre ambos supuestos normativos consiste en que en un caso el tradente es propietario (tradición) y en el

ridad del transmitente; elemento que se incardina en el seno del requisito de la tradición. Los vicios o defectos de que, propiamente hablando, adolezca el título de usucapición no son sanados por la usucapición ordinaria (sino, en su caso, por la extraordinaria). Esto es así por dos motivos. El primero de ellos es que los problemas relativos al título se manifiestan entre las partes del contrato en virtud del cual se ha pretendido transmitir la propiedad sin consumarse plenamente tal adquisición. La usucapición ordinaria, por el contrario, es un problema que se plantea frente al propietario, que no sólo es un tercero respecto de esta relación, sino que, además, no queda directamente afectado por sus vicisitudes. No es, pues, una institución pensada para subsanar los defectos que presenta la relación entre las partes, sino para hacer valer una adquisición frente a un tercero propietario del bien o derecho. Para que se pueda hacer valer tal usucapición frente a este tercero hemos de partir de que no hay ningún defecto o problema en la relación *inter partes*, motivo por el cual se exige un justo título, verdadero y válido. El defecto está en la transmisión del dominio o titularidad del derecho real de que se trate, que no se ha podido consumir precisamente por no ser titular del bien el sujeto que transmitió al usucapiente, recayendo esta titularidad real en el tercero frente a quien se alega la usucapición una vez consumada.

Junto a estas razones, el segundo motivo para negar la convalidación a través de la usucapición ordinaria de defectos del título ha de encontrarse en la exigencia misma que ésta contiene de la concurrencia de un justo título que, según algunos, es el elemento a partir del cual se permite la abreviación de los plazos de usucapición (14). En época romana, buscando evitar que la usucapición se constituyese como un premio a un obrar injusto, se limitaba la posibilidad de adquirir las cosas a través de usucapición cuando la posesión se hubiese tomado con daño o violación de la esfera jurídica de otro (ausencia de lesión que se había de remitir al acto de adquisición de la posesión, no a sus efectos). Posteriormente esta limitación se convirtió en el requisito del justo título y en la exigencia de una relación con el antiguo poseedor que justificase la toma de posesión e, intrínsecamente, la ausencia de lesión a otro. Por ello, actualmente el requisito del justo título cumple esta función de justificación de la posesión del usucapiente: se ha de tratar de un acto jurídico válido al que siga la entrega de la propiedad, justificándose con ello la toma de posesión del adquirente y la transmisión del dominio (aunque esta *justa causa usucapionis* no consuma por sí sola la transmisión, pues para ello son necesarios los demás requisitos). Sólo

otro no (usucapición). La propiedad del tradente es un requisito de la eficacia real de la tradición, no es un requisito de validez del título».

(14) Lo indica claramente ESPÍN CÁNOVAS (*Función...*, *op. cit.*, pág. 833), al decir que «la función compensatoria del título es la que permite que se abrevien los plazos».

bajo estas circunstancias, en que se parte de un acto voluntario del precedente poseedor, la toma de posesión del usucapiente se considera lícita y acreedora de protección por el Derecho (15). Por este motivo exige actualmente el artículo 1.953 del Código Civil que el justo título sea «verdadero» y «válido». Comenzando por el primero de estos requisitos, la «veracidad», consiste en la exigencia de una existencia o realidad del justo título. Esto conlleva el rechazo como justo título de todos aquellos títulos inexistentes, ficticios o putativos, así como los títulos simulados con simulación absoluta (16). Por ello, en estos casos, aunque se rechacen los argumentos anteriormente formulados, deberá negarse en todo caso que se pueda producir la usucapción ordinaria cuando el título sobre el que se apoye la pretensión del usucapiente sea de este tipo, ya que no se habrá cumplido el requisito del justo título. En cuanto a la exigencia de «validez», excluye con claridad la posibilidad de calificar de justo título a los que adolecen de un defecto que comporta su nulidad (porque, por definición no son válidos); pero hay que ver qué ocurre con el resto de los defectos que pueden recaer sobre el título (17). Comenzando por los títulos anulables, si lo determinan-

(15) Esta idea queda plasmada con claridad por BONFANTE (*Instituciones de Derecho romano*, trad. de Bacci y Larrosa, Madrid, 1979, pág. 284) cuando dice que «el límite puesto a la usucapción, a fin de que tal modo de adquirir no se convirtiera en un premio o en un estímulo para la usurpación, era que la posesión debía ser adquirida sin lesión ajena, sin perjudicar al prójimo. Se requirió primeramente que el usucapiente adquiriera la posesión a base de una relación con el poseedor precedente apta para justificar positivamente la adquisición de la posesión misma (*iusta causa possidendi*) no habiéndose derivado la adquisición de la propiedad sólo por falta de requisitos formales en el acto de la transmisión o por falta del derecho en el propio transmitente».

(16) En la simulación relativa, el contrato simulado podrá tener el carácter de justo título siempre que sea válido. Por tanto, su problema no estará en la falta de veracidad, sino, en su caso, en la falta de validez.

(17) Hay que aclarar que en el caso de estos defectos del título (anulabilidad, resolución, rescisión y revocación) nos referimos al supuesto de que concurra el vicio y todavía esté vigente la acción de impugnación. En el caso de títulos ya impugnados no se plantea el problema que aquí se expone, porque tales contratos ya no son títulos válidos en ningún caso. Igualmente, en el supuesto de títulos impugnables cuya acción de impugnación ya haya prescrito, tampoco surge esta cuestión, puesto que el vicio de que adolecían se ha subsanado. El problema se encuentra en los títulos que todavía pueden ser impugnados, puesto que la cuestión en este caso es si la usucapción que se consume vigente esta acción de impugnación subsana el defecto (de manera que ya no se puede impugnar la adquisición por ese motivo) o si a pesar de la usucapción consumada se puede todavía impugnar el título del adquirente (y con ello la usucapción) por este tipo de vicio o defecto. Una opinión similar a ésta es la de ALBALADEJO, (*Comentario...*, *op. cit.*, págs. 323-329), que niega que la usucapción desempeñe cualquier tipo de función con respecto de los títulos que adolezcan de vicios y establece que «desde el otorgamiento del título comenzará la usucapción a correr; pero siempre bajo la amenaza de que se impugne y destruya el título, lo que puede ocurrir antes de que transcurra el plazo prescriptivo, y entonces la usucapción no llegará a consumarse, o después de pasado tal plazo, y entonces

te a la hora de hablar de justo título es que se trate de un acto jurídico válido y voluntario, podemos dudar que concurren estas características en los títulos que adolezcan de estos defectos (18). Si se trata de falta de capacidad, dolo, violencia, intimidación o error sufridos por el transmitente, no podremos hablar realmente de que haya entregado la posesión de forma

la usucapión ya producida se hallará en situación claudicante hasta que se extinga la acción de impugnación del título». Sólo, por tanto, cuando se extinga la acción de impugnación la adquisición dejará de estar pendiente, pero tal efecto se producirá por el transcurso del plazo de la acción sin ejercicio de la misma, no por la usucapión. El juego de ésta en estos casos de impugnabilidad carece, pues, también de sentido, para este autor. ESPÍN CÁNOVAS, por el contrario, considera que, una vez consumada la usucapión, se enerva la acción de impugnación de este tipo de defectos (*Función, op. cit.*, pág. 841). Esta opinión, sin embargo, parte necesariamente del principio de que la usucapión ordinaria subsana este tipo de vicios y, como hemos visto, esto es contrario a la tradición y sentido histórico de esta institución, con lo que no se puede aceptar. Además, hay que tener en cuenta que la tesis de este autor podría llevar a impedir el ejercicio de este tipo de acciones de impugnación incluso antes de que pudieran haber comenzado (en el supuesto de que la usucapión se consumase con anterioridad al comienzo del plazo de ejercicio de las mismas), vulnerándose con ello la voluntad del legislador que valora negativamente ese tipo de situaciones y establece para acabar con las mismas la posibilidad de impugnación.

(18) El concepto de validez del título, sin embargo, no es uniforme. Una de las definiciones barajadas, por ejemplo, por PEÑA Y BERNALDO DE QUIRÓS (*Derechos reales. Derecho hipotecario*, tomo I, 3.^a edición, Madrid, 1999, pág. 133), es la que define el título válido como aquél que no es nulo. El problema de esta definición por oposición está en la pregunta de en qué término encuadrar estos otros títulos defectuosos (anulables, revocables, resolubles o rescindibles...), si entre los títulos válidos —como pretenden DIEZ-PICAZO (*Fundamentos...*, *op. cit.*, págs. 748-749); MANRESA («Comentario al art. 1.954», en *Comentarios al Código Civil español*, tomo XII, 6.^a edición, Madrid, 1973, págs. 1246-1247); PUIG BRUTAU (*op. cit.*, págs. 328-329), y PUIG PEÑA (*op. cit.*, pág. 293)— o entre los títulos nulos. Si nos atenemos a la interpretación que en nuestro derecho se da a esta última categoría, la nulidad, como nulidad radical y absoluta, parece que no deben ser encuadrados en ella los títulos que se ven afectados por este tipo de vicios «menores» (por distinguirlos del vicio «mayor» que sería la nulidad). Sin embargo, tampoco parece ser posible su inclusión directa en la categoría de validez, conceptuada como oposición a nulidad, puesto que por definición estos títulos pueden ser impugnados, lo que indica que no son plenamente válidos. La posibilidad de establecer una categoría intermedia entre ambos conceptos donde situar a los títulos con estos defectos, supone conceptuar a estos títulos como no-válidos, lo cual, como veremos, no es siempre correcto. Esta falta de encaje perfecto nos puede llevar a completar el requisito de la «validez» con otras interpretaciones como la que aquí hemos sostenido conforme a un concepto tradicional. Otra posible interpretación sería la que calificase de título válido a aquél en el que concurren todas las condiciones necesarias para que se pueda transmitir el dominio, junto con la concurrencia del requisito del modo. Como ya hemos dicho anteriormente, si en estas circunstancias la transmisión no se produce es porque falla uno de los elementos de la tradición: la titularidad del transmitente. Tanto si se considera que los títulos que adolecen de algún tipo de defectos reúnen estas condiciones necesarias para transmitir el dominio (y que, por tanto, son válidos), como si se considera que no las reúnen (y que, por tanto, no son válidos), en todo caso hay que recordar que la usucapión no purifica este tipo de defectos, pues no es su cometido.

voluntaria, con lo que el título constituido bajo ese tipo de defectos no será válido (19). Si quien sufre estos vicios es el adquirente que posteriormente alega la usucapición, es difícil imaginar en estos casos que nos encontremos ante un título válido que pueda invocar en su favor este sujeto, ya que al haberse formado su voluntad de forma viciada, el usucapiente no se sentirá normalmente vinculado por el contrato realizado, con lo que el título no será para él válido (20). Por tanto, en el caso de anulabilidad del título por vicios del mismo, no podremos hablar realmente de «título válido». Ya el Código Civil parece expresar con claridad la falta de validez de los títulos anulables cuando se refiere en el artículo 1.300 a la posibilidad de anular los contratos en que concurran los requisitos del artículo 1.261 cuando adolezcan de alguno de los vicios **que los invalidan** con arreglo a la ley. Sin embargo, en el supuesto de que sea el usucapiente quien quede afectado por estos vicios, se dará un caso paradójico, ya que en el régimen de la anulabilidad el legitimado para impugnar el contrato celebrado y, con ello, el título sobre el que se desarrolla la usucapición, es aquél que sufre el vicio o defecto (o su representante, en el caso del incapaz), esto es: el usucapiente y éste precisamente es el menos interesado en impugnar el título sobre el cual se está desarrollando su usucapición. Por eso, en estos casos normalmente se dejará transcurrir el plazo para la impugnación del contrato por motivo

(19) Aunque se mencione aquí el caso de la falta de capacidad, como defecto que conlleva la posible anulación del título del usucapiente, en muchos casos no se planteará en la práctica este problema en el marco de la usucapición *secundum tabulas*, que es la que aquí nos ocupa, ya que en la medida en que la falta de capacidad conste en el título o se deduzca de los asientos registrales, el registrador de la propiedad, al calificar el documento que se le presenta para la inscripción, denegará normalmente la misma por ese defecto. Por ello, en la mayoría de los casos, los títulos que adolezcan de vicio de anulabilidad por falta de capacidad de alguna de las partes no tendrán acceso al Registro y no generarán una situación de usucapición *secundum tabulas*.

(20) Sobre el tema de la anulabilidad y la validez o invalidez de estos contratos, según a qué parte del negocio se atienda, cf. MIGUEL GONZÁLEZ, J. M. (voz «Anulabilidad», en *EJB*, tomo I, Madrid, 1995, págs. 476-478). Al margen de esto, faltará en muchos de estos casos la buena fe del usucapiente (conforme a la interpretación que más adelante daremos de este elemento, conforme a los arts. 433 y 1.950 del Código Civil), puesto que normalmente será conocedor de que en su título de adquisición existía un vicio que lo invalidaba. Esta falta de buena fe ya determinará por sí en estos casos la imposibilidad de la usucapición. En el caso del error, sin embargo, hay que hacer alguna precisión. Si este error se manifiesta en la creencia de que se adquiriría de la persona que tenía la facultad de transmitir, en este caso quedará el error absorbido por el requisito de la buena fe, de manera que el único vicio que habrá en la adquisición será el de la falta de titularidad del transmitente. Esta creencia errónea no ha de considerarse, por tanto, un vicio del contrato, sino la manifestación de la buena fe. Si el error se refiere a la creencia de que se tiene un título de propiedad, que realmente no existe, en este caso no se tratará de un problema de validez o no del título, sino, como hemos visto, de veracidad, ya que estaremos ante un título putativo.

de este tipo de vicios, de forma que no se dará el problema que aquí planteamos (21).

En el caso de los demás defectos que pueden determinar la impugnación del título del usucapiente (resolución, rescisión y revocación), es más difícil establecer, como se ha hecho con la anulabilidad, su falta de validez, ya que en estos casos el vicio que hace impugnabile al título no concurre realmente en el momento de constitución del mismo, ni afecta (por tanto) a la voluntad de las partes que en él intervienen; sino que es un vicio que se presenta con posterioridad, sobrevenidamente. Quizá por este motivo el artículo 1.290 del Código Civil proclama con claridad la validez de los contratos rescindibles al decir que «los contratos **válidamente** celebrados pueden rescindirse en los casos establecidos por la ley». Igualmente, en el caso de la resolución, conforme al artículo 1.124 del Código Civil, se trata de un problema de cumplimiento de los contratos, no de su validez (salvo que la validez se defina sobre la base de un concepto subjetivo, cual es la conciencia de vinculación que provoca el contrato en cada una de las partes del mismo, siendo conforme a esto «válido» el contrato que genera la voluntad de la parte contratante de cumplirlo), puesto que ésta es plena en el momento en que se celebra el contrato y por ello precisamente se puede reclamar su cumplimiento. Finalmente, por lo que respecta a la revocación, parte la misma de un título válido al cual se le pone fin por unas circunstancias sobrevenidas y ajenas al mismo (22). Por tanto, en estos tres casos no se puede aducir como argumento para negar la usucapición ordinaria (al igual que se ha hecho anteriormente), la ausencia del requisito del justo título, ya que el título que adolezca de estos defectos cumple plenamente el requisito de la validez (23). Sin embargo, esto

(21) Esa es la paradoja en estos supuestos en que se trata de estos vicios cuando afectan al usucapiente: si bien no se pueden considerar válidos, conforme a lo visto, tampoco podrán ser alegados por un tercero para impugnar el justo título, ni los podrá conocer de oficio el juez porque se trata de anulabilidad, no de nulidad radical. Por eso, en estos casos, salvo que se pueda apreciar, como se sugirió en la nota anterior, que falte la buena fe o salvo que concurra algún otro defecto en los requisitos de la usucapición, no se podrá atacar la misma.

(22) Aunque el Código Civil regula la posibilidad de revocación para varios actos y negocios jurídicos (emancipación: art. 318, donación: arts. 644 a 653 y 1.343, testamento: arts. 737 a 742, mejora: art. 827 y mandato: arts. 1.732 a 1.735), aquí la única que nos interesa es la de la donación, ya que el resto de las instituciones revocables no pueden ser justos títulos para la usucapición. En el caso de la herencia, como ya veremos, el heredero se coloca en la misma posición de su causante, con lo que tiene el mismo título que éste, y el resto de los sujetos que adquieren por herencia obtienen su título en la adjudicación, no en el testamento.

(23) Esto lleva a un sector doctrinal (entre los que se cuentan, entre otros, ALBALADEJO, *Comentario...*, *op. cit.*, pág. 323 y sigs.) a sostener que en estos casos no es que no pueda operar la usucapición, sino que la misma no es necesaria, porque estos títulos producen ya todos sus efectos (y por tanto, también los relativos a la transmisión de la

no lleva a aceptar que se pueda producir aquí tal usucapión subsanando este tipo de defectos, puesto que hay que recordar lo que se dijo en primer lugar: la usucapión ordinaria no cumple esta función; no está pensada para este tipo de situaciones, sino para completar los defectos de la adquisición derivados de la falta de titularidad del transferente (defecto que se encuentra entre los requisitos que se exigen dentro del modo de la transmisión, no dentro del título). No es, pues, una institución que despliega sus efectos *inter partes*, sino que sus beneficios se manifiestan frente a un tercero: el verdadero propietario. Estas situaciones sólo podrán ser convalidadas, en su caso, a través de la usucapión extraordinaria que, si bien se produce también frente a un tercero, prescinde de la exigencia de un justo título para admitir la transmisión de la propiedad; al Ordenamiento le basta con requerir un mayor plazo de posesión para considerar amparable la situación del usucapiente. Como su nombre indica, constituye un remedio extraordinario (un límite prescriptivo general) para los supuestos que no pueden encuadrarse en ningún otro modo de adquisición.

Para concluir con este punto, hay que poner de manifiesto la principal consecuencia que se deduce del hecho de negar la posibilidad de que la usucapión se destine a la convalidación de los defectos de que pudiera adolecer el título de adquisición en que se apoya el usucapiente. Este rechazo supone que, en el caso de que se complete el tiempo necesario para la usucapión ordinaria, vigente la acción de impugnación de este tipo de títulos, ni se enerva ni se impide el posible ejercicio posterior de esta acción. Será posible, por tanto, impugnar el título del usucapiente una vez consumada la usucapión, ya que la misma lo único que convalida es la adquisición *a non domino* del adquirente y para que este efecto se produzca en un plazo abreviado, es necesario que concurra un justo título con las características que ya hemos analizado. Por tanto, si falta ese justo título (porque se impugne el mismo) no se podrá decir que haya existido realmente usucapión y no se habrá producido en ningún caso la perfección de la adquisición del que la invocaba a su favor (24).

propiedad) desde su perfección. De esta forma, la posterior impugnación no sólo desplegaría consecuencias respecto del título en concreto, sino que también dejaría sin efecto la transmisión de la propiedad que ya se había consumado.

(24) Frente a los razonamientos aquí desarrollados, el Tribunal Supremo, en sentencia de 17 de julio de 1999, sostiene que «por justo título ha de entenderse el que legalmente baste para transmitir el dominio o derecho real de cuya prescripción se trate y en este concepto podrán comprenderse los contratos anulables, rescindibles, revocables o resolubles (...), cuyos respectivos vicios o defectos vienen a quedar subsanados por el transcurso del tiempo necesario para que se produzca la usucapión, que de otro modo vendría a ser una institución inútil». Esta sentencia, que aplica erróneamente la usucapión a un caso de adquisición *a domino*, incurre también en la mayoría de los errores que

II. LAS RELACIONES ENTRE LA USUCAPION Y EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD

Interesa también conocer, antes de entrar en el análisis concreto de la usucapión *secundum tabulas*, cómo y por qué la usucapión —institución basada en la posesión y que se apoya en la falta de coincidencia entre la titularidad jurídica de los derechos reales susceptibles de posesión y la posesión de los mismos— entra en contacto con el sistema registral al cual resulta, en un principio, tan ajena y contraria. La principal contradicción, que constituye la base del choque, está en las relaciones entre la posesión (sobre la cual se produce la usucapión) y el sistema registral. La posesión protege las situaciones reales creadas *de facto* y, por ello, sirve de garante de la paz social; el Registro, por su parte, busca garantizar el tráfico y ofrecer seguridad a las transmisiones de bienes inmuebles. El punto de conexión que se pudiera establecer entre ambas instituciones por razón de que las dos son un medio de publicidad (si bien mucho más imperfecta la que deriva de la posesión que la que establece el Registro), no es muy fuerte, desde el momento en que tal publicidad es muy diferente. Mientras que la inscripción registral expresa la titularidad de un derecho, su contenido y causa de atribución, la posesión es sólo la expresión de la titularidad de un derecho y ni dice a quién pertenece el mismo, ni en qué concepto lo posee el poseedor. Por tanto, se trata más bien de una diferencia que de una similitud lo que pone en contacto ambas instituciones.

Ante esto, se podría haber pensado que la usucapión, como efecto de la posesión, nada tendría que ver ni podría afectar al Registro de la Propiedad y al mundo jurídico tabular, puesto que sólo tienen acceso a él los derechos y sus títulos, no las meras situaciones posesorias reales o de hecho (25). Sin embargo, el sistema registral, tal y como se concibe en nuestro Ordenamiento, no puede ignorar la realidad que se desarrolla fuera de los libros registrales

hemos venido señalando en las páginas precedentes: en primer lugar, el justo título no transmite por sí solo el dominio (como parece deducirse de la sentencia), sino que su sentido es el de justificar la transmisión del dominio; en segundo lugar, esta misma finalidad excluye la posibilidad de conceptuar como tales a los contratos anulables; en tercer lugar, la usucapión consumada no subsana estos vicios del título, que podrán ser impugnados a pesar del transcurso del plazo de la usucapión; y, finalmente, en cuarto lugar, esta interpretación no priva de sentido a la usucapión, cuya función se sigue desplegando en otro aspecto: la convalidación de las adquisiciones *a non domino*.

(25) Así lo señala en la actualidad el artículo 5 LH. Con las leyes de 1944 y 1946 se eliminó la posibilidad de inscripción de la posesión en el Registro de la Propiedad, separando con ello los problemas posesorios de los efectos de la inscripción. El hecho posesorio (como señala URIARTE, «La nueva Ley Hipotecaria y el “tercero”», en *RCDI*, 1946, pág. 679) es actualmente, en principio, extraño a la finalidad del sistema registral. Sin embargo, esta separación no es total y uno de los vestigios de la misma es el caso presente de la usucapión.

y que puede modificar su contenido. En nuestro sistema registral, en que la inscripción carece de eficacia constitutiva, es posible e, incluso, frecuente, la inexactitud registral, de manera que lo que consta en el Registro de la Propiedad sobre derechos reales no siempre coincide con la realidad extrarregistral. La sentencia de la Audiencia Provincial de Alava, de 31 de enero de 1994, muestra esto con claridad cuando establece que «el Registro pretende ser un fiel reflejo de la realidad jurídica en todo lo que respecta a los derechos reales que recaigan sobre bienes inmuebles; pero la realidad es que, con frecuencia, los actos jurídicos constitutivos de derechos reales no se inscriben inmediatamente después de su otorgamiento o, lo que es más grave, constan en el Registro como válidos, actos que en realidad no lo son; en estos casos existe una discordancia o discrepancia entre la realidad jurídica y los asientos registrales». Es en el campo de esta inexactitud donde la usucapión entra en juego con el Registro de la Propiedad. La usucapión, si bien parte de una situación de hecho, se transforma en situación de derecho cuando se consuma; momento a partir del cual puede influir o afectar al sistema registral. Tratándose de uno de los modos de adquirir la propiedad y los derechos reales y es lógico y necesario que se la relacione con el Registro, ya que al producirse al margen de éste (si es usucapión *contra tabulas*) o de forma paralela (en la usucapión *secundum tabulas*) puede dar lugar a un resultado distinto al que se recoge en los libros registrales, o a confirmarlo, en caso de que fuera inexacto. El conflicto se presenta, pues, cuando concurren las figuras de poseedor y titular en personas distintas, estableciendo el Registro para una de ellas la protección que otorga a quien en él confía. No se puede admitir aquí una única solución que disponga la primacía absoluta de una de las dos instituciones, sino que se habrán de contemplar matizaciones. En todo caso, esta regulación deberá ir destinada a conservar la debida concordancia entre la realidad y el sistema registral.

Esa es la razón que ha llevado al legislador en la mayoría de los países a regular las relaciones entre la usucapión y el Registro de la Propiedad, de distinta forma según el sistema hipotecario adoptado (26). En nuestro sistema

(26) Como señala ESPÍN CÁNOVAS (*Manual de Derecho Civil español*, vol. II, 7.ª edición, Madrid, 1985, pág. 214), la interferencia entre ambas instituciones depende del sistema hipotecario adoptado y de la fuerza probante o formal del Registro. En un sistema como el australiano, de coincidencia de la realidad jurídica con el Registro, no puede operar la usucapión, ya que el contenido del Registro no puede alterarse extrarregistralmente. Por otro lado, en un sistema registral de tipo francés (en el que el Registro no varía la realidad extrarregistral), la usucapión actúa separadamente del Registro. En cambio, en el sistema germánico (del que deriva el español) cabe, como se ha visto, la discordancia del Registro con la realidad extrarregistral y el tema de la usucapión está influido por el sistema registral. En todo caso, aunque la regulación en los demás países no siga un criterio uniforme, sí se puede apreciar una diferencia frente a nuestro Ordenamiento. En concreto, en el derecho comparado no suele establecerse una doble regulación

jurídico existe unanimidad entre los autores al señalar que el Registro de la Propiedad y la prescripción se influyen recíprocamente y que la legislación hipotecaria ha de admitir y regular esta realidad. La usucapión es una materia cuyo estudio y regulación pertenece al derecho civil puro y que no cabe dentro de los moldes estrictos del sistema registral. El derecho hipotecario recibe esta institución y sólo le interesa por las repercusiones que tenga en su sistema. No modifica, por tanto, la normativa del Código Civil, sino que se limita a acoger los tipos de usucapión que el mismo texto normativo regula, manteniendo sus requisitos y características, a la vez que establece las condiciones bajo las que incide en el contenido del Registro (27). Esto es aceptado también por el Tribunal Supremo (en sentencia de 28 de marzo de 1980), cuando establece que «la usucapión es una figura esencialmente civil que se desenvuelve extrarregistralmente, de manera que el Derecho hipotecario únicamente se preocupa seriamente de ella en los sentidos de proteger a los terceros hipotecarios». Por tanto, se parte de que la Ley Hipotecaria no altera la regulación general ni organiza un nuevo tipo de usucapión (28). Esta con-

de la materia como ocurre en España con el Código Civil y la Ley Hipotecaria. Por ejemplo, en Alemania, el BGB es el único texto que regula la usucapión (parágrafo 900) y exige como requisito de la misma la inscripción, de manera que, a diferencia de España, en Alemania no es posible usucapir bienes inmuebles al margen del Registro de la Propiedad. Igualmente, en Italia, el artículo 1.159 de su Código Civil regula dos tipos de usucapión: la larga y la corta, exigiendo para esta última la inscripción como un requisito más. Por tanto, no se trata en esos países de que la regulación del sistema registral modifique o no la regulación de Derecho Civil puro, sino que ya desde un principio se regulan de forma conjunta estas modificaciones como los únicos tipos posibles de usucapión.

(27) Esto aparece de forma patente en algunas de las palabras de la Exposición de Motivos de la Ley de reforma de 1944, cuando dice que «la prescripción, uno de los fundamentales modos de adquirir, no puede ser ignorada por los regímenes inmobiliarios. Los cánones de nuestros textos positivos la tratan con evidente imprecisión. Acomodar sus diversos preceptos plantea temas erizados de dificultades. A robustecer el sistema y mantener a la vez la indispensable paridad entre el asiento registral y la verdad jurídica responde la nueva fórmula». Por tanto, se parte de la regulación civil y lo más a lo que pretende llegar el legislador hipotecario es a «acomodar» tal regulación.

(28) Así lo aceptan Díez-PICAZO (*Fundamentos...*, *op. cit.*, 747-748), ESPÍN CÁNOVAS (*Manual...*, *op. cit.*, pág. 217), NÚÑEZ LAGOS (*Realidad...*, *op. cit.*, pág. 450), ROCA SASTRE y ROCA-SASTRE MUNCUNILL (*Derecho hipotecario*, tomo II, 8.^a edición, Barcelona, 1995, pág. 547), ROCA TRÍAS («Las relaciones entre la posesión y el Registro de la Propiedad», en *RCDI*, 1979, I, págs. 39 y 51) y SANZ FERNÁNDEZ (*Instituciones de Derecho Hipotecario*, tomo I, Madrid, 1947, pág. 529). Frente a ello, GARCÍA GARCÍA («El principio hipotecario de la usucapión *secundum tabulas*», en *RCDI*, 1997, pág. 1742) parece situar la usucapión *secundum tabulas* junto a la ordinaria y a la extraordinaria, como si fuera un *tertium genus*. Así parece deducirse de sus palabras con relación a la aplicación del artículo 35 LH a los territorios forales, al establecer que «no se trata de admitir, sin más, una usucapión ordinaria que sería extraña a dichas comunidades, sino una usucapión *secundum tabulas* derivada de los efectos de la inscripción y de la publicidad registral».

clusión será importante cuando más adelante se examine la regulación concreta que la Ley Hipotecaria ha hecho de la usucapión *secundum tabulas*. En todo caso, la aceptación inicial de la regulación civil de la usucapión por el sistema registral debe ser entendida en su justa medida, pues no significa que el sistema registral no modifique ningún aspecto de la regulación civil general de la usucapión, sino que no la altera en cuanto a sus líneas maestras (requisitos exigidos, cómputo del tiempo, posesión..., etc.). Pero, por lo demás, la Ley Hipotecaria sí establece, de hecho, algunas modificaciones o adaptaciones en los puntos que tienen incidencia para el sistema registral, introduciendo alguna ventaja para el titular registral afectado por una usucapión (a favor o en contra), derivadas del hecho de la inscripción.

Habiendo aceptado que la usucapión y el Registro de la Propiedad están relacionados, así como la regulación en el derecho registral de algunos aspectos de ésta que le afectan, hay que centrarse algo más en la usucapión *secundum tabulas*. A diferencia de lo que ocurre con la usucapión *contra tabulas*, en que la mayoría de la doctrina se muestra reacia a su aceptación (en tanto que crea la inexactitud del Registro y ataca el sistema de fe pública registral), son muy escasos los autores que se manifiestan de principio contrarios a la usucapión (*secundum tabulas*) la que rectifica la inexactitud del Registro de la Propiedad. En este caso, prescripción y Registro coadyuvan para consolidar la titularidad jurídica del poseedor titular registral en contra del titular extrarregistral sin posesión. La admisión de la usucapión *secundum tabulas* no ofrece dificultad alguna para la mayoría de los autores, porque, como indica DÍAZ GONZÁLEZ, «se trata de consolidar con ella los asientos del Registro de la Propiedad» (29). En este mismo sentido, se manifiesta la Exposición de Motivos de la Ley Hipotecaria de 1944 cuando establece, por un lado, que la usucapión a favor del titular registral «convalida y ratifica las situaciones registrales». Por otro lado, se dice que su admisión «no ofrece obstáculo alguno. Supone para el sistema un poderoso refuerzo, al par que es un reflejo de la realidad con todas las ventajas inherentes». La aceptación, sin embargo, no deriva sólo de ese especial efecto de convalidación que se produce cuando el juego de la usucapión favorece al titular registral cuya situación no se corresponde con la realidad, sino que se fundamenta también en el hecho de que se considera, como veremos, que la usucapión *secundum tabulas* es una consecuencia derivada del principio de legitimación que para el titular registral recoge el artículo 38 LH (30).

(29) *Iniciación a los estudios de Derecho Hipotecario*, tomo I, Madrid, 1967, pág. 175.

(30) Así lo señalan, por ejemplo, DE CASSO (*Derecho Hipotecario o del Registro de la Propiedad*, 4.^a edición, Madrid, 1951), pág. 192; NÚÑEZ LAGOS («La reforma de la Ley Hipotecaria», en *RDP*, 1945), pág. 21, y DE LA RICA (*Comentarios a la reforma de la Ley*

La función de acercamiento del Registro de la Propiedad a la realidad, operada a través de esta institución, lleva a que también en el ámbito del Derecho comparado se admita la usucapión *secundum tabulas* en la mayoría de las legislaciones, siendo la situación general de franca aceptación. En ellas la inscripción suele reportar alguna ventaja (facilita la prueba, cubre uno de los requisitos exigidos o incluso determina por sí misma la usucapión), aunque, como ya dijimos, la forma concreta depende de cada sistema. El derecho alemán y el suizo admiten plenamente la usucapión *secundum tabulas*. El primero regula en el parágrafo 900 BGB, como única forma de usucapión de bienes inmuebles, la adquisición a través de usucapión *secundum tabulas* de una finca mediante su posesión, siempre que haya permanecido inscrita durante treinta años, sin necesidad de justo título ni de buena fe. El segundo exige en el artículo 661 de su Código Civil, la posesión continuada durante diez años, junto con la inscripción y la buena fe. Se trata, por tanto, de un sistema de usucapión *secundum tabulas* más similar al español en cuanto a la brevedad del plazo y los requisitos exigidos. Para acabar con los sistemas germánicos, el sistema austriaco (del que nos ocuparemos detenidamente más adelante al referirnos al tema de la usucapión tabular) admite también este tipo de usucapión en los artículos 1.467 y siguientes de su Código Civil. Finalmente, dentro de los sistemas latinos, en Francia la usucapión se desenvuelve libremente y con independencia del sistema de transcripción, por lo que es posible que el sentido de la misma corra en paralelo con el contenido del Registro de la Propiedad. Por lo que respecta a Italia, se recoge en el artículo 1.159 de su nuevo Código Civil un tipo de usucapión corta que requiere diez años de posesión, buena fe e inscripción. Este último requisito se justifica en ese país, sobre la base de que la inscripción otorga una apariencia exterior, así como una mayor oportunidad al *verus dominus* para conocer la usucapión e interrumpirla a tiempo.

III. LA REGULACION DE LA USUCAPION *SECUNDUM TABULAS* EN EL ARTICULO 35 DE LA LEY HIPOTECARIA

A) ANTECEDENTES HISTÓRICOS

La norma que recoge el actual artículo 35 LH, tras su reforma en 1944-1946, se suele caracterizar como una regulación nueva y carente de preceden-

Hipotecaria, Madrid, 1945), pág. 99. También aparece esto en la sentencia del Tribunal Supremo, de 7 de mayo de 1975, así como, más recientemente, en las sentencias de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 29 de enero de 1997, y de la Audiencia Provincial de Teruel, de 11 de febrero de 1998.

tes en derecho histórico o comparado (31). Las relaciones entre la prescripción y el Registro de la Propiedad se habían regulado hasta ese momento en alguna norma dispersa y parcial; regulación que distaba mucho de ser completa y de establecer una adecuada separación entre los distintos problemas que surgen entre las dos instituciones implicadas (32). Junto a esto, la confusión que reinaba en torno a la materia completó el cuadro para que en el momento de emprender la reforma de la Ley Hipotecaria en 1944, el tema de la prescripción fuera uno de los más importantes y complicados a los que se tuvo que enfrentar la Comisión redactora, llegando a calificarse por CASTÁN (entre otros), como la cuestión más discutida de la reforma de 1944-1946 (33). La Exposición de Motivos de la Ley de 1944 hace también referencia a esto cuando establece que «nada fácil ha sido el intento de resolver el complejo problema que para todo el sistema supone la adecuada correspondencia entre la prescripción y el valor jurídico inatacable que conviene dar a los asientos registrales. El postulado doctrinalmente perfecto de la imprescriptibilidad de las acciones reales derivadas de derechos inscritos, que tanto ayuda a fortalecer la inscripción, ha de ser objeto de las pertinentes excepciones para conservar la debida concordancia entre la realidad y el Registro». Sin embargo, hay que aclarar que el problema principal que surgió en esta reforma fue realmente el relativo a los casos de usucapición *contra tabulas*. La usucapición *secundum tabulas* ofreció menor dificultad a la hora de regularla, aunque sí es cierto que se contagió en parte del problema del resto de las relaciones de la usucapición con el Registro.

Con anterioridad a la reforma, no parecían estar tampoco muy claras las ideas del legislador sobre este punto. La Exposición de Motivos de la Ley Hipotecaria de 1861 sólo hacía una somera referencia a la prescripción dentro del tema de las obligaciones contraídas y no inscritas antes de su publicación, estableciendo que «la posesión continuada en concepto público de dueño y el lapso de una serie de años, concluyen por introducir la presunción *iuris et de iure*, de que el poseedor es dueño de la cosa, abriendo la puerta, aun sin título ni buena fe, a las prescripciones extraordinarias». Referencia esta que parece

(31) Así lo dicen GARCÍA GARCÍA (*op. cit.*, pág. 1719); LACRUZ BERDEJO y SANCHO REBULLIDA (*Derecho inmobiliario registral*, Barcelona, 1988, pág. 181); MORALES MORENO («La inscripción y el justo título de usucapición», en *ADC*, 1971, II, pág. 1125) y DE LA RICA (*La buena fe y la publicidad del Registro*, pág. 98).

(32) Según indica sobre este tema NÚÑEZ LAGOS, «hasta 1944 realidad y Registro vivían de espaldas. La realidad física de las fincas y posesiones de hecho, y la realidad jurídica de todo un Derecho Civil secular condensada en el Código sólo afloraban débilmente en el campo hipotecario a través de la reforma del artículo 41 en el año 1927. Realidad y Registro practicaban la política de gruñido y zarpazo».

(33) *Derecho Civil español, común y foral*, tomo 2.º, vol. I, 13.ª edición, Madrid, 1987, pág. 393. También DE CASSO (*op. cit.*, pág. 193) se refiere a que ha sido uno de los puntos más estudiados de la reforma.

ir encaminada al tema de la conversión de inscripciones posesorias, pero que no alude en concreto a la usucapión *secundum tabulas*. Dentro ya del articulado de la legislación hipotecaria anterior a 1944, la regulación relativa a la materia del presente estudio se encontraba recogida en tres artículos:

- El antiguo artículo 35, que era la norma principal de la regulación de las relaciones entre la prescripción y el Registro. El origen de este artículo databa de la Ley Hipotecaria de 1861, reformada ligeramente en 1869 (redacción con la cual se consolidó en la Ley Hipotecaria de 1909) (34). Su contenido, en opinión de la mayoría de los autores, se refería a la usucapión *contra tabulas*. Sin embargo, PORCIOLES sostenía que el citado artículo lo que regulaba era la usucapión *secundum tabulas* (35). Esta discrepancia muestra la confusa redacción que tenía el artículo 35, lo cual dio lugar, según afirma SANZ FERNÁNDEZ, a que la jurisprudencia resolviese estos casos con arreglo al Derecho Civil.
- El artículo 396, que aludía en concreto a la usucapión *secundum tabulas*, al disponer que «el tiempo de posesión que se haga constar en dichas inscripciones [las posesorias] como transcurrido cuando éstas se verifiquen, se contará para la prescripción que no requiera justo título, a menos que aquél a quien ésta perjudique lo contradiga, en cuyo caso deberá probarse dicho tiempo de posesión con arreglo al Derecho común». Por tanto, se trataba de una regla de cómputo de la posesión en la prescripción adquisitiva a favor del Registro, similar a

(34) La redacción de 1861 era la siguiente: «La prescripción no perjudicará a tercero si, requiriendo justo título, no se hallare éste inscrito en el Registro. El término de la prescripción empezará a correr, en tal caso, y para dicho efecto, desde la fecha de la inscripción. En cuanto al dueño legítimo del inmueble o derecho que se esté prescribiendo, se calificará el título y se contará el tiempo con arreglo a la legislación común».

La redacción definitiva de 1869, con la que pasó a la Ley Hipotecaria de 1909 no variaba mucho: «La prescripción que no requiera justo título no perjudicará a tercero si no se halla inscrita la posesión que ha de producirla. Tampoco perjudicará a tercero la que requiera justo título si éste no se halla inscrito en el Registro. El término de la prescripción principiará a correr, en uno y otro caso, desde la fecha de la inscripción.

En cuanto al dueño legítimo del inmueble o derecho que se esté prescribiendo, se calificará el título y se contará el tiempo con arreglo a la legislación común».

(35) La base de su argumentación estaba en que carecía de sentido la frase «no perjudicará a tercero», ya que, al ser regulada la purificación de la adquisición *a non domino* por el artículo 34 LH, la única misión que cumplía la usucapión era la convalidación de los defectos del título y éstos se manifestaban no frente a terceros, sino en la relación *inter partes*. Para una visión más detallada de esta postura, vid., *op. cit.*, págs. 181-186. Esta argumentación, sin embargo, ha de ser rechazada, no sólo porque el artículo 34 no agota todos los casos de adquisición *a non domino* (permitiendo el juego de la usucapión también en estos casos), sino porque, como ya se ha visto, la usucapión no tiene esta función de convalidar los vicios del título, sino, precisamente, los derivados de una adquisición *a non domino*.

la actual presunción de posesión del artículo 35 LH, pero que no recogía materia sustantiva sobre el tema.

- El artículo 399.3.º, que contenía la conversión de la inscripción de posesión en inscripción de dominio por el paso del tiempo (sin que en el Registro apareciese asiento de información o certificación posesoria o demanda que lo contradijese) y en el que hay quien vio una usucapación *secundum tabulas*. El fundamento que permitía esta conversión, según la doctrina, consistía en que la inscripción daba a conocer al dueño la posesión sobre sus bienes, así como el título del poseedor, facilitando con ello la reivindicación, de manera que si la misma no se producía, se entendía una especie de renuncia del verdadero propietario. No obstante, autores como ROCA TRÍAS o ESPÍN CÁNOVAS (36) consideran que esta operación de conversión era más bien una usucapación tabular que una usucapación *secundum tabulas*.

La regulación era, por tanto, insuficiente y confusa, y la necesidad de reforma, evidente. Así se llegó a 1944. Dice PORCIOLES que la Comisión que fue nombrada para la elaboración del Proyecto de reforma partió del guión que este jurista les proporcionó, en el que se recogía el postulado de que los derechos inscritos en virtud de una causa ilegítima o título defectuoso se convalidarían si el titular registral hubiese obtenido, con arreglo al Código Civil, la usucapación de los mismos. Por tanto, si bien parece que la intención inicial pretendía destinar la usucapación *secundum tabulas* a subsanar los defectos del título, también quedaba claro que se aceptaba y se partía de la aplicación del Código Civil a la materia, contraria, precisamente, a esta función (37). Tras un nuevo estudio, una vez pasado el texto por la Ponencia, se alcanzaron también conclusiones acerca de la posesión tabular, estableciéndose que no se le podía reconocer la eficacia atribuida a la *possessio ad usucapionem*, si bien como presunción de un derecho a poseer se le debían conceder consecuencias derivadas del principio de legitimación. En la elaboración del texto se recabaron también informes

(36) Respectivamente, *op. cit.*, pág. 39, y *Manual, op. cit.*, pág. 215.

(37) Cuando en este guión que proporcionó PORCIOLES a la Comisión redactora hace este autor mención a los defectos del título, no se puede pensar que este jurista esté incurriendo en la confusión que se señaló con anterioridad de considerar como tales defectos a la falta de titularidad del transmitente; falta de titularidad que constituye realmente un defecto del modo. No hay que pensar que PORCIOLES comete este frecuente error porque, en la misma obra en que recoge estos antecedentes históricos (*op. cit.*, pág. 187), demuestra que distingue entre los defectos del título y los derivados de adquisición *a non domino* (*op. cit.*, págs. 184-185). Por lo tanto, hay que entender que el autor citado expresa conscientemente su opinión acerca de que se han de convalidar por la usucapación *secundum tabulas* verdaderos defectos del título; pero también es consciente de lo que dice cuando remite al Código Civil (con las consecuencias expresadas), con lo que esta opinión es contradictoria consigo misma.

de registradores de la propiedad, lo cual dio lugar a un amplio y beneficioso intercambio de puntos de vista. La reforma resultante apareció recogida en dos artículos: el artículo 35 (para la usucapión *secundum tabulas*) y 36 (para la usucapión *contra tabulas*). Es el primero de ellos el que aquí nos interesa y del que nos ocuparemos extensamente.

B) EL DEBATE ENTRE LA USUCAPIÓN «SECUNDUM TABULAS» Y LA USUCAPIÓN TABULAR. NATURALEZA JURÍDICA

A menudo existe cierta confusión o, incluso, cierta indiferencia a la hora de poner nombre a la figura que recoge el artículo 35 LH. Si bien la mayoría de las veces se le denomina «usucapión *secundum tabulas*», hay ocasiones en que recibe el nombre de «usucapión tabular» (38). La distinta denominación no es, sin embargo, indiferente, sino que uno u otro nombre designan en realidad dos sistemas distintos de convalidación de las situaciones registrales inexactas a través del Registro y del paso del tiempo. Estos dos términos, por tanto, hacen referencia a dos instituciones distintas que sólo tienen en común el hecho de actuar a favor del titular registral y de requerir el paso del tiempo. Fuera de estas dos notas, las diferencias demuestran que se trata de dos sistemas independientes a través de los cuales se pueden articular las relaciones de coordinación o convalidación entre el Registro y la realidad jurídica.

Comenzando por la llamada **usucapión tabular**, consiste en la usucapión a favor del titular registral por el mero hecho de tener inscrito un derecho en el Registro y mantener esta inscripción sin contradicción por el plazo que fije la Ley. La adquisición se apoya sólo en el Registro de la Propiedad y en los datos que en él se contienen, con independencia de cuál haya sido la situación posesoria del bien o derecho al que se refiere la inscripción y sin necesidad de que concurren más requisitos. Es, consiguientemente, una usucapión independiente de la usucapión civil, basada en las apariencias formales, en vez de en las situaciones de hecho.

(38) Así ocurre en la propia Exposición de Motivos de la Ley Hipotecaria de 1944 que denomina «prescripción tabular» a aquélla que la misma regula. Junto a esto, en otras ocasiones se denomina usucapión *secundum tabulas* a lo que realmente responde al sistema de la usucapión tabular. Tal es el caso, en concreto, de las sentencias del Tribunal Supremo de 3 de octubre de 1974 y de 8 de mayo de 1992. La primera dice que «en nuestro sistema hipotecario vigente no se admite de forma pura la usucapión *secundum tabulas*, fundada exclusivamente en la inmatriculación [es de suponer, que quiere decir «inscripción»] registral, por requerirse además para lograr tal efecto, el concurso de la posesión efectiva del derecho real que se trata de adquirir por parte del usucapiente». Por su parte, establece la segunda que «no se admite de forma pura la usucapión *secundum tabulas*, sino que se requiere la posesión efectiva del derecho real que se trata de adquirir».

Por el contrario, se habla de **usucapión *secundum tabulas*** para referirse a la que se produce con base en los datos registrales, pero sin olvidar la realidad extrarregistral. De hecho, se dice que es una prescripción civil reforzada por los preceptos hipotecarios, de manera que se exige que el titular registral sea poseedor del bien que tiene inscrito a su favor. No se trata de un mero titular formal, sino que para que opere a su favor la usucapión sobre la base de los datos registrales es preciso que haya poseído el bien o derecho durante el tiempo que marca la Ley.

La diferencia entre ambas se podría simplificar, por tanto, partiendo del hecho de que la usucapión tabular opera sólo mediante el Registro, mientras que la usucapión *secundum tabulas* requiere además la posesión efectiva. Expresado de esta forma, pudiera parecer que carece de trascendencia la distinción, ya que es tan sólo un mero hecho lo que separa los dos sistemas. Sin embargo, esa «mínima» diferencia puede llevar a afirmar que una de ellas no sea realmente una usucapión. En efecto, la característica esencial de la usucapión, la que sirve de base a la subsanación de los vicios iniciales de la adquisición, es la posesión del bien o derecho por el tiempo fijado legalmente. Sin posesión no hay, por tanto, usucapión. Así pues, a un sistema que convalide por el paso del tiempo y la inscripción una adquisición viciada, sin necesidad de que concurra una posesión efectiva, se le podrá denominar de cualquier forma menos «usucapión».

Esto será así siempre y cuando no consideremos que en el sistema de usucapión tabular se está cubriendo el requisito de la posesión por otros medios. En este sentido se podría aludir a la posesión tabular, esto es, la presunción de posesión del derecho inscrito de la cual goza el titular registral por el hecho de la inscripción. La respuesta, sin embargo, ha de ser negativa, ya que, como indica la sentencia del Tribunal Supremo, de 8 de mayo de 1992, «se requiere la posesión efectiva del derecho real que se trata de adquirir, sin que sea suficiente la presunción derivada de la legitimación registral, pues se trata de una presunción *iuris tantum*, susceptible de ser desvirtuada por prueba en contrario»; palabras que han sido confirmadas recientemente por diversas sentencias de las Audiencias Provinciales, como la de 11 de febrero de 1998 (AP Teruel) y la de 23 de diciembre de 1998 (AP Avila). Esta posesión, por tanto, no tiene nada que ver con la posesión de hecho que requiere la usucapión para producir sus efectos. Las diferencias entre ambas se manifiestan más allá de este dato fáctico, ya que la posesión tabular no goza de la protección interdictal, que es precisamente una de las características de la posesión, y tampoco conlleva que el poseedor tabular adquiera los frutos de la finca. Así pues, no es verdadera posesión, en su sentido «puro», de forma que, si no va acompañada de la posesión de hecho, no puede ser un medio suficiente para la usucapión. En conclusión, ha de rechazarse que el sistema de usucapión tabular, basado en la mera inscripción y posesión tabular, pueda producir una verdadera usucapión.

Aproximadamente a la misma conclusión se ha acabado llegando en Austria, país que suele ser citado como ejemplo de sistema que acepta la usucapión tabular. Es cierto que en sus orígenes se consideró allí que la única posesión tutelable era la tabular y que la usucapión apoyada en ella y en la perduración de la inscripción era una verdadera prescripción adquisitiva. Sin embargo, la doctrina posterior ha ido evolucionando hacia posturas similares a las que se sostienen en el resto de los países. En este sentido, tras una etapa en la que se admite la coexistencia de dos tipos de posesiones: la real y la de los libros, se llega a la conclusión por parte de la mayoría de la doctrina (KRAINZ y EHRENZWEIG, entre otros) (39) de que la posesión tabular no es propiamente posesión, sino constancia efectiva en los libros registrales de una relación jurídica que crea apariencia. Así pues, opinan los autores que no se puede prescindir de la posesión real del usucapiente, de manera que, a través de la interpretación doctrinal, el sistema austriaco actual no es propiamente un sistema de usucapión tabular.

En España la doctrina es unánime en señalar que el sistema que regula la Ley Hipotecaria responde al modelo de usucapión *secundum tabulas*. Si bien, como señala GARCÍA GARCÍA (40), la regulación del artículo 35 tuvo como inspiración la usucapión «tabular» de los sistemas germánicos, es clara la exigencia en nuestro país de la posesión para que pueda considerarse producida la usucapión. El propio artículo 35 hace referencia a la posesión *ad usucapionem*, presumiendo que concurre en el titular registral. No obstante, como veremos, esta presunción ha de ir acompañada de una realidad, ya que se trata de una simple presunción *iuris tantum* cuya prueba en contra impediría que se considerase producida la usucapión que favorece el Registro. Por tanto, es necesaria la posesión física, real y corporal.

No hay que olvidar que, en nuestro sistema, la posesión apta para usucapir necesita que se reúnan dos requisitos: *corpus* (tenencia material o real del bien o derecho por sí mismo o a través de otro sujeto, en el caso de la posesión mediata), y *animus* (elemento subjetivo que consiste en la posesión en concepto de dueño), sin cuya concurrencia no existe usucapión. Desde el momento en que, como ya se ha dicho, el sistema registral no modifica la regulación civil sobre la usucapión, sino que sólo refuerza o favorece la usucapión que se produce fuera del Registro conforme a las normas generales, ha de aceptarse que el requisito de la posesión es imprescindible para la usucapión y que, por tanto, lo que se regula en el artículo 35 es una usucapión *secundum tabulas* y no una usucapión tabular. A la misma conclusión llega la jurisprudencia, como se puede ver en las sentencias del Tribunal

(39) *System des österreichischen allgemeinen Privatrechts*, I, 2.º, 2.ª edición, Viena, 1957, págs. 54-55.

(40) *Op. cit.*, pág. 1713.

Supremo de 11 de noviembre de 1969, 3 de octubre de 1974, 28 de enero de 1978, 8 de mayo de 1992 y 26 de febrero de 1999 (41).

En todo caso, si bien está claro, después de lo dicho, cuál es el sistema que establece el artículo 35 (la aquí llamada usucapión *secundum tabulas*), a veces se producen confusiones, como se señaló al principio de este apartado a la hora de designarlo. Por ejemplo, el derecho alemán (que, como se ha visto, exige la posesión real junto a la inscripción) denomina *Tabularersitzung* (literalmente, usucapión tabular) al sistema que regula. Esto, sin embargo, no cambia lo dicho hasta el momento, ya que lo importante no es tanto la denominación, como el contenido de cada sistema. Aquí se ha denominado usucapión *secundum tabulas* al sistema que exige la posesión del titular registral además de la inscripción mantenida un cierto tiempo. Esta es la denominación que mayoritariamente recibe este sistema en nuestro derecho y, por ello, es la que aquí vamos a adoptar.

Alcanzada esta solución sobre el sistema que recoge el artículo 35 LH en esta materia, no hay muchos inconvenientes para resolver con cierta brevedad otra cuestión que ha preocupado a la doctrina: la naturaleza jurídica de la usucapión *secundum tabulas*. Existe un debate acerca de si esta figura es realmente una prescripción adquisitiva que opera a favor del titular registral o si, por el contrario, se trata de una prescripción extintiva basada en la falta de ejercicio de la acción reivindicatoria por parte del verdadero propietario del bien o titular del derecho (42). El problema se plantea de forma muy similar a lo que se acaba de estudiar: si se estima que la usucapión *secundum tabulas* tiene una naturaleza de prescripción extintiva, el simple silencio del *verus dominus* es suficiente para convalidar la situación inscrita (basta, pues, con que el titular

(41) Dice con claridad la primera de las sentencias citadas que, «dentro de nuestro sistema registral, a diferencia de otras legislaciones, no se admite en forma pura la usucapión tabular, o sea, la exclusivamente apoyada en el Registro y sin el concurso de la posesión efectiva, de manera que por la simple permanencia de la inscripción en los libros del Registro se opere la usucapión». También la jurisprudencia menor, procedente de las Audiencias, se muestra conforme con estos pronunciamientos. Sirva de ejemplo la sentencia de la Audiencia Provincial de Teruel, de 11 de febrero de 1998, en la que se establecía que «en nuestro sistema hipotecario vigente no se admite de forma pura la usucapión *secundum tabulas*, fundada exclusivamente en la inmatriculación registral, por requerirse además para lograr tal efecto, el concurso de la posesión efectiva a título de dueño del derecho que se trata de adquirir por parte del usucapiente».

(42) Aunque aquí se está discutiendo sobre la contraposición entre prescripción adquisitiva y prescripción extintiva, algunos autores prefieren hablar en el segundo caso de prescripción liberatoria o *usucapio libertatis*. No obstante, el uso que se le da a ese término es equivalente al de la prescripción extintiva (la pérdida por parte del titular real de la oportunidad de reclamar su bien o derecho). No se está tratando, pues, propiamente de la *usucapio libertatis* como institución que permite la adquisición de un bien o derecho libre de cargas o gravámenes a través de la posesión como libre del mismo. De todas formas, y para evitar confusiones, aquí se hablará siempre de prescripción extintiva.

real deje pasar el plazo sin ejercitar la acción de reivindicación y de rectificación del Registro); si, por el contrario, se considera una verdadera prescripción adquisitiva, la convalidación de la situación precisa del hecho de la posesión o del ejercicio del derecho por parte del titular registral. Por tanto, y aunque sea simplificando, la diferencia está en cuál es el sujeto que se tiene en cuenta: mientras que la prescripción extintiva valora sólo la conducta o ausencia de conducta del titular verdadero (sin considerar la situación de posesión o no del titular registral que se le opone), la prescripción adquisitiva observa la actitud de este segundo y, en especial, su posesión efectiva del bien.

La discusión es antigua y deriva de la doctrina germánica. Los autores alemanes veían en la usucapión *secundum tabulas* una prescripción extintiva, ya que partían de que el titular real del bien o derecho sabía que el Registro publicaba una inexactitud y a pesar de ello dejaba pasar el tiempo sin impugnarlo. Era su silencio lo que permitía la convalidación de la situación aparente. Esta doctrina antigua fue evolucionando con el tiempo en un sentido diametralmente opuesto sobre la base de la importancia que tenía para la figura de la usucapión la posesión efectiva del bien o derecho por el usucapiente. Por ello, en la actualidad, tanto el Código Civil suizo, como el BGB alemán recogen la usucapión *secundum tabulas* como una verdadera prescripción adquisitiva al exigir junto con la inscripción la posesión del titular registral.

Como se puede deducir de lo dicho anteriormente sobre el sistema de usucapión *secundum tabulas* y la necesidad insoslayable de posesión efectiva en el usucapiente, entre la doctrina española hay pocas dudas sobre la cuestión a que se ha hecho referencia. La mayoría de los autores parten del hecho de que la Ley Hipotecaria regula en el artículo 35 tan sólo un refuerzo o facilidad para una usucapión civil y que es imprescindible el requisito de la posesión del titular registral. Por otra parte, hay que tener en cuenta que la pasividad de un sujeto puede ser suficiente para perder un derecho de crédito, pero no para que otro sujeto adquiera un derecho real, ya que tal adquisición requiere una voluntad posesoria (de tener y adquirir). Por consiguiente, no se puede aceptar que de la inactividad del titular real derive la adquisición del derecho para el titular registral y que la usucapión *secundum tabulas* tenga naturaleza de prescripción extintiva.

De todas formas, aunque se establece en general que la regulación de la Ley Hipotecaria es la de una verdadera usucapión y esta opinión mayoritaria es la que aquí se acepta, sí que hay que señalar que varios autores admiten que concurra a veces también una prescripción extintiva: la pérdida de la propiedad por el titular usucapido (43). Con ello se pone de relieve la par-

(43) Así lo establecen tanto PORCIOLES (*op. cit.*, pág. 178), como NÚÑEZ LAGOS (*Realidad, op. cit.*, pág. 449). Por su parte, ROCA TRÍAS establece que no se ha de optar por una sola de las instituciones, sino que se producen a la vez dos fenómenos distintos: la usuca-

ricular relación de anverso y reverso de un mismo fenómeno que presentan a veces estas dos figuras.

C) LA REGULACIÓN DE LA USUCAPIÓN ORDINARIA
Y LA USUCAPIÓN EXTRAORDINARIA

Siguiendo con el estudio del artículo 35, no existe duda acerca de que lo que regula es la usucapión ordinaria, como lo demuestran los requisitos a que hace referencia (justo título y buena fe), los cuales coinciden con los que recoge para este tipo de usucapión el artículo 1.940 del Código Civil. Cuestión distinta es si se considera que se contiene una usucapión ordinaria que se produce como tal en la realidad extrarregistral o si, por el contrario, como pretende GARCÍA GARCÍA (44), se convalida una usucapión extraordinaria o se acortan sus plazos mediante la publicidad que representa la inscripción. Esta cuestión está íntimamente relacionada con la función que cumple el artículo 35 respecto del justo título (45), tema del que nos ocuparemos posteriormente con mayor profusión, por lo que queda hasta entonces aplazado el debate.

Dejando al margen, pues, la situación anterior a la inscripción, lo que parece claro es que una vez dentro del Registro de la Propiedad, la usucapión que se recoge es la ordinaria. Esto lleva a plantearse qué ocurre con la usucapión extraordinaria en el artículo 35, ya que, si bien no está regulada expresamente, puede cuestionarse si es posible que actúen a favor del usucapiente extraordinario titular registral alguna de las presunciones que recoge el citado artículo (en concreto la de posesión y la relativa al cómputo del plazo).

pión del titular registral y la prescripción extintiva del verdadero titular. Junto a ello, se ha suscitado una amplia polémica entre las relaciones entre la usucapión y la prescripción adquisitiva en lo relativo a si es posible la prescripción extintiva de la propiedad sin que concurra a la vez una usucapión por parte de otro sujeto. Véase al respecto, Díez-PICAZO (*Fundamentos...*, *op. cit.*, págs. 692 y sigs.), YZQUIERDO TOLSADA (*Las tensiones entre usucapión y prescripción extintiva*, Madrid, 1998), y MIQUEL GONZÁLEZ, J. M. («Comentario a la STS de 29 de abril de 1987», en *CCJC*, 1987, págs. 4595 y sigs.).

(44) *Op. cit.*, págs. 1714 y 1745. En el mismo sentido se manifiestan CUESTA SÁENZ («La usucapión de la nuda propiedad», en *ADC*, 1987, pág. 739), y CANO TELLO (*Iniciación al estudio del Derecho Hipotecario*, Madrid, 1982, pág. 296). ROCA SASTRE y ROCA-SASTRE MUNCUNILL (*op. cit.*, pág. 553) hacen también referencia a esta idea de que el artículo 35 presupone el supuesto de una usucapión extraordinaria por parte del titular registral «a convertir» en ordinaria. Sin embargo, recogen también como supuesto del artículo 35 el que se trate de una usucapión ordinaria «a favorecer» mediante la prueba de alguno de sus extremos. Este segundo supuesto es el que nos parece más adecuado.

(45) Efectivamente, si se sostiene que la usucapión que desarrollaba el usucapiente con anterioridad a la inscripción de su título era extraordinaria, dicha usucapión en curso carecería o bien de justo título (con lo que el art. 35, al convertirla en usucapión ordinaria, estaría supliendo este requisito y esta cuestión es, precisamente, la que hay que debatir) o bien de buena fe (sobre la que el art. 35 sólo establece una presunción), o bien de ambos.

Es obvio que cuando el titular registral pueda favorecerse de la usucapión ordinaria no se verá obligado a esperar el mayor plazo que se establece para la extraordinaria. Sin embargo, el supuesto que aquí se contempla es otro: un titular registral al que le falte alguno de los requisitos de la usucapión ordinaria, ¿puede invocar a su favor la usucapión extraordinaria? Y, por otro lado, ¿obtiene algún beneficio del hecho de ser titular registral?

La primera de las preguntas ha de responderse de forma afirmativa. Si el titular registral reúne los requisitos de la prescripción extraordinaria podrá alegarla, ya que el hecho de que el artículo 35 LH regule para el titular registral una usucapión de tipo ordinario no impide que este sujeto pueda favorecerse, en su caso, de una usucapión extraordinaria. Como se ha dicho anteriormente, la Ley Hipotecaria no impide la aplicación de las normas civiles relativas a la usucapión, sus clases y requisitos y, por ello, el titular registral puede beneficiarse, como cualquier otro sujeto de la usucapión extraordinaria ganada al margen del sistema registral.

En cuanto a la segunda cuestión, no parece que haya obstáculo para que pueda favorecer a este titular registral la presunción de posesión pública, pacífica e ininterrumpida que recoge el artículo 35 y lo relativo a la extensión de las presunciones a los asientos de los antecesores de quienes traiga causa. La base para esta afirmación se apoya en la cualidad de titular registral del usucapiente, que supone el respaldo para el mismo de los beneficios que ofrece el Registro de la Propiedad. Como titular registral goza, sin duda alguna, de la presunción de posesión que establece el artículo 38 LH; pero no se ve motivo que lleve a afirmar el que no le sea aplicable igualmente la presunción relativa a la posesión *ad usucapionem* que recoge el artículo 35. Por tanto, y aunque no sea el caso expresamente regulado, también se podrá calificar al titular registral usucapiente extraordinario como usucapiente *secundum tabulas*, puesto que el Registro de la Propiedad operará a su favor en lo que respecta a la posesión *ad usucapionem* y al cómputo del plazo (46).

D) SUPUESTOS DE APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 35

a) *La base del artículo 35: la inexactitud del Registro*

Dicen ROCA SASTRE y ROCA-SASTRE MUNCUNILL que la idea que preside este artículo es buena, si bien el desarrollo normativo deja mucho de ser

(46) El único autor que se manifiesta en contra de la aplicación de estas presunciones, DÍAZ GONZÁLEZ (*op. cit.*, pág. 178), no establece, sin embargo, el motivo o el razonamiento que le lleven a esta conclusión, por lo que su opinión carece de peso suficiente en este punto como para ser tenida en cuenta.

perfecto (47). Indican, en este sentido, que su técnica es confusa, compleja y llena de irregularidades, mas no señalan cuáles son. Más adelante se verá cómo las mismas pueden surgir con respecto a la frase «será justo título la inscripción»; pero por lo demás no parece que el artículo que aquí nos ocupa sea merecedor de tan agria crítica (48). No parece que se puedan achacar a este artículo las mismas críticas que se vierten sobre su pareja (el art. 36 LH). El problema se centrará en la interpretación de su contenido, pero no en los términos de la Ley, que parecen bastante claros. No obstante, siendo clara su redacción, se suele criticar de la regulación que contiene el artículo 35 que carece de eficacia práctica, ya que si su aplicación exige que el titular registral tenga un título verdadero y válido, no se ve qué misión puede desempeñar el artículo 35 (49). Y, efectivamente, aunque el problema no está en la convalidación de los defectos del título, sino en la falta de titularidad del transmitente, hay que admitir que su contenido es bastante restringido (o, al menos, más restringido que el contenido que se le quiere atribuir). Pero que abarque pocos supuestos no significa que éstos pierdan su sentido. No parece haber dudas acerca de que una de las funciones de este artículo es la facilitar la usucapción ordinaria en orden a todos sus requisitos. El sistema registral favorece o protege, por tanto, al titular registral cuyo derecho inscrito no se corresponde con la situación jurídica real, permitiéndole subsanar su falta de titularidad real. En qué medida se manifiesta este favorecimiento es lo que vamos a ver aquí, pero sea éste un gran beneficio o sea algo más modesto, en ningún caso se va a poder sostener que el artículo 35 está vacío de contenido.

(47) *Op. cit.*, pág. 549.

(48) Así lo estima NÚÑEZ LAGOS («Dos acciones y un solo artículo [art. 35 LH]», en *RRAJL*, 1951, II, pág. 12) cuando considera que el artículo 35 es probablemente «el mayor acierto» de la reforma de 1944, así como que tal artículo «acepta y perfecciona» el valor de la usucapción ordinaria.

(49) De forma clara califica PUIG PEÑA este artículo de «inoperante» (*op. cit.*, págs. 294-295), ya que «si se han cumplido en la realidad todos los requisitos de la usucapción ordinaria, de nada sirve el Registro; y tampoco sirve si, no cumpliéndolos, el tiempo de vigencia del asiento no cubre el de usucapción ordinaria o si se destruye o se impugna la presunción de usucapción». Estas críticas, como veremos, parten del equívoco de considerar la titularidad del transmitente (requisito necesario para que se produzca el traspaso de la propiedad al adquirente), como uno de los requisitos del título, cuando en realidad es un requisito de la tradición. Equívoco que, sin duda, deriva del uso que en el lenguaje común suele tener la palabra «título» como sinónimo de propiedad. Pero en el lenguaje jurídico hay que distinguir ambos conceptos: el título es la causa en la que se apoya o que justifica la tradición, mientras que la propiedad es el derecho real que resulta de esa transmisión cuando la misma reúne todos los requisitos que establece el ordenamiento. Por ello, el exigir un título verdadero y válido no supone cubrir todos los posibles defectos de que puede adolecer el traspaso de propiedad, impidiendo que se produzca plenamente. Frente a esta carencia es frente a la que actúa la usucapción *secundum tabulas*, no frente a las derivadas del título.

La aplicación de este artículo, como hemos visto, se produce en el ámbito de la inexactitud registral. Dice CASTÁN (50) que en estos casos existe una inexactitud inicial del Registro, al aparecer publicado en los asientos registrales como titular legítimo el que sólo lo es aparente. Se le atribuye al titular registral un derecho que, jurídicamente, corresponde en realidad a otro sujeto. Este otro sujeto, titular jurídico, ni posee ni tiene inscrito a su favor su título en el Registro de la Propiedad (51). A partir de esa base, opinan los autores que la usucapión *secundum tabulas* se encargará de ratificar y convalidar esa situación registral, haciendo titular legítimo al aparente. De esta forma, adquirirá este sujeto el dominio o la titularidad del derecho real que no adquirió a través de la transmisión del mismo. Para ello, el titular inscrito gozará a su favor de la inscripción (y con ello de la presunción y protección del principio de legitimación), convirtiéndose por el paso del tiempo sin oposición en titular real y haciendo desaparecer con ello la inexactitud registral. Por ello es por lo que se dice que este artículo refuerza el sistema registral, ya que aproxima el Registro de la Propiedad a la realidad.

Hasta aquí no parece haber problemas; pero, sin embargo, los hay. Desde el momento en que el artículo 35 parte de la base de una discordancia entre la realidad extrarregistral y la registral, es decir, de la proclamación como titular de un derecho de una persona que jurídicamente carece de tal titularidad, el problema radica en cómo puede tener acceso tal situación al Registro cuya exactitud está salvaguardada por el estricto sistema de calificación al que se someten todos los títulos y derechos que pretenden tener acceso a él. La existencia del artículo aquí estudiado supone el reconocimiento de que el sistema de calificación no es totalmente perfecto (así lo declaraba la sentencia de la Audiencia Provincial de Alava de 31 de enero de 1994, que ya vimos anteriormente). Como señala MORALES MORENO (52), «además de la falibilidad del registrador al ejercer su función calificadora y de posibles errores en la inscripción, en muchos casos hay circunstancias de hecho que escapan a la calificación». Dentro de las circunstancias que pueden escapar a la calificación del Registrador, hace referencia el citado autor, a modo de ejemplo, a las siguientes:

(50) *Op. cit.*, pág. 389.

(51) Se trata, como dice DE LA RICA, de derrotar a un «fantasma» (*La buena fe, op. cit.*, pág. 551). Se cuestiona este autor incluso que el titular extrarregistral sea verdadero propietario, ya que si realmente no posee ni nunca poseyó, faltó el requisito de la tradición, con lo que nunca hubo adquisición. Sin embargo, no hay que olvidar que en nuestro ordenamiento existen también formas de *traditio* espiritualizadas, como la que recoge el artículo 1.462 del Código Civil. Es posible, por tanto, que aunque no hubiese poseído nunca, sí hubiese consolidado su adquisición.

(52) *Op. cit.*, pág. 1131.

- Circunstancias de hecho que determinan la inexistencia o nulidad. Entre ellas se puede citar la simulación absoluta o la inscripción de un testamento notarial revocado por un testamento ológrafo posterior.
- Circunstancias que causan discordancia entre el título formal y la verdadera voluntad de las partes en el acto transmisivo. Son los casos de simulación relativa, negocio fiduciario, error en la redacción de documento notarial..., etc.
- Circunstancias que determinan o pueden determinar la ineficacia de la transmisión. Entre ellas están la condición resolutoria o el término que no conste en documento inscrito (por simulación o por error), la violencia ejercida sobre una de las partes..., etc.

Por tanto, no sólo es posible en general la inexactitud registral, sino que puede darse en este caso en concreto. Al Registro pueden llegar datos inexactos sobre la titularidad de los bienes o derechos y es por esto que el sistema registral recoge en su seno al artículo 35 LH que ofrece la solución a algunas de esas situaciones inexactas.

b) *La relación con el artículo 34*

Anteriormente se vio cómo la usucapión ordinaria se dirigía únicamente a convalidar los defectos de la adquisición del usucapiente que derivasen de la transmisión por parte de quien no era verdadero dueño de la cosa. Por lo tanto, el artículo 35 LH opera cuando la inexactitud registral deriva de haber adquirido *a non domino* ese titular inscrito aparente. Con esto surge un nuevo problema, ya que en la Ley Hipotecaria es recogido este mismo supuesto en el artículo 34. Está fuera de duda que el sujeto a que se le aplica el artículo 34 adquiere también *a non domino*, lo que supone un defecto en la transmisión del dominio que conlleva la falta de adquisición de la propiedad y la discordancia entre la titularidad real y la registral. Sin embargo, en este caso, el sistema de fe pública registral no deja que llegue a producirse tal discordancia, ya que desde el momento en que inscribe su derecho el sujeto que reúne los requisitos del artículo 34, se convalida automáticamente su adquisición por la fuerza de la Ley, de manera que pasa a ser no sólo titular registral, sino real. Se opera lo que algún autor llama «usucapión automática» o «instantánea» (53), puesto que se sana el defecto de su adquisición (la transmisión por parte de quien no tenía poder de disposición sobre la cosa) sin necesidad de esperar al transcurso del tiempo. Frente a esto, el artículo 35 LH, subsana también este defecto, pero sólo tras el paso de diez o veinte años,

(53) Así lo califica, en concreto GARCÍA GARCÍA (*op. cit.*, pág. 1720).

según la regulación del artículo 1.957 del Código Civil. Resulta interesante, por tanto, determinar cuándo opera uno u otro precepto.

La doctrina y la jurisprudencia son prácticamente unánimes al declarar preferente la aplicación del artículo 34 LH, puesto que el beneficio que ofrece al titular registral es mayor (consolida una adquisición *a non domino* de forma instantánea, sin necesidad de esperar los plazos de la usucapión, como recoge el art. 35). Por lo tanto, siempre que el sujeto que adquiere *a non domino* reúna los requisitos del citado artículo, se le aplicará el mismo, deviniendo su posición inatacable, sin necesidad de que tenga que esperar a que el paso del tiempo y el artículo 35 convaliden su adquisición. No es preciso, por tanto, acudir a la usucapión ordinaria cuando actúa el sistema de fe pública registral protegiendo al adquirente titular registral. Sin llegar a contradecir esta interpretación, los Tribunales aluden en alguna sentencia al artículo 35 como refuerzo del 34, en aquellos casos en que se pudiera dudar la aplicación de éste y se hubieran cumplido los requisitos de la usucapión ordinaria (54).

Partiendo de la preferencia del artículo 34, cabría cuestionarse (como recogía alguna opinión anteriormente referida) si la aplicación del citado precepto habría de considerarse también excluyente y que, por tanto, en los casos de adquisición *a non domino*, el único artículo aplicable fuese el 34. Esto supondría tener que aceptar que el artículo 35, para no quedar privado de contenido, en vez de subsanar los defectos relativos a la adquisición de un titular aparente, tendría el cometido de convalidar los defectos del título, como pretendían BÉRGAMO LLABRÉS y PORCIOLES, y como ya se rechazó con anterioridad. La respuesta, sin embargo, es clara: el artículo 34 LH no tiene, por así decirlo, el «monopolio» de la convalidación de las adquisiciones *a non domino* por parte del titular registral. De aceptarse la solución contraria, la falta de cumplimiento de los estrictos requisitos que exige dicho artículo llevaría a que quedasen sin protección una serie de situaciones que en la actualidad pueden ser reconducidas al artículo 35. Pero, además, tal solución dejaría vacío de contenido el artículo 35 LH, ya que, como vimos, su misión no puede ser la de convalidar defectos del título, de manera que si se le priva de la posibilidad de subsanar los defectos de titularidad derivados de la adquisición *a non domino*, su utilidad será nula. No es lógico pensar que el legislador haya incluido un artículo en la Ley Hipotecaria al que él mismo

(54) Así, en la sentencia del Tribunal Supremo, de 3 de julio de 1963, se indica que «no sólo está amparado por la condición de tercero conforme al artículo 34, sino que su adquisición quedó consolidada por la usucapión *secundum tabulas* del artículo 35», e igualmente en la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 29 de enero de 1998, se alega la condición del demandado de tercero protegido por la fe pública registral y en todo caso adquirente a través de la usucapión *secundum tabulas* del artículo 35 LH.

vacíe de contenido. Así pues, la conclusión que se alcanza es que el artículo 34 LH se aplicará automáticamente si un adquirente de bienes inmuebles *a non domino* reúne los requisitos que el mismo establece; pero que esta aplicación preferente no impedirá que, en caso de no alcanzar tales requisitos, pueda plantearse la aplicación del artículo 35 (55). La aplicación del artículo 34 es preferente, pero no exclusiva ni excluyente.

c) *Los supuestos en que opera el artículo 35*

Como conclusión de lo dicho en el apartado anterior, el campo de aplicación del artículo 35 ha de ser aquél que no cubre el artículo 34 LH, por no cumplirse alguno de sus presupuestos. Lo que se ha de analizar ahora es cuáles de estos casos que no cubre el 34 LH los recoge el artículo 35, atendiendo a sus propios requisitos. De todas formas, antes de comenzar con esta operación, hay que partir de dos presupuestos ineludibles que requiere la aplicación del artículo 35 y que, aunque pueden resultar obvios, merece la pena ponerlos de relieve. En primer lugar, la aplicación de este artículo requiere que el bien o derecho del que se predique la usucapión sea susceptible de posesión, ya que ésta es el elemento fundamental de la usucapión, sea del tipo que sea. En segundo lugar, para que se pueda aplicar el artículo 35 LH ha de partirse de la existencia de un titular registral. Esto puede ser relevante en algunos supuestos (al margen de los que veremos de adquirentes no inscritos), como en concreto, en aquéllos en que esta titularidad haya sido impugnada. Por ello, hay que destacar que en el caso de que haya recaído una sentencia que niegue la titularidad del sujeto que consta inscrito como tal en el Registro, se deberá proceder a la rectificación de éste y ya no se podrá hablar de titular registral. Ya no podrá alegar a su favor, por tanto, este sujeto, el artículo 35 LH. Baste con remarcar este hecho que se tendrá en cuenta más adelante. Dicho esto, vamos a ver los supuestos en que es aplicable el precepto analizado por comparación con el artículo 34:

1. Exige el artículo 34, en primer lugar, que se trate de un **tercero**, es decir, que el titular registral sea ajeno al defecto que motiva la falta de

(55) Así lo manifiesta la jurisprudencia del Tribunal Supremo recogida en las sentencias de 4 de octubre de 1969 y 18 de febrero de 1987. Esta última sentencia ha sido ya citada al establecer con claridad tal doctrina: «la *ratio* o motivación finalista del citado artículo 35 es posibilitar al titular registral adquirente de un *non dominus*, sin estar protegido por el artículo 34 de la propia ley, que pueda consolidar abreviadamente esta adquisición por vía de usucapión ordinaria». También la sentencia de 18 de febrero de 1982, sostiene esta posición al admitir que el artículo 35 proteja al titular registral «no protegido por el artículo 34 LH». Sin embargo, ya veremos a continuación cómo se ha de entender esta referencia genérica al titular registral.

titularidad de su transmitente. Por su parte, el artículo 35 habla sólo de «titular inscrito». La referencia que contiene sobre la buena fe no hay que relacionarla con la idea de tercero hipotecario sino con los requisitos generales de la usucapción ordinaria que el mismo regula (56). Ante esta diferente redacción, se podría pensar que el artículo 35 no restringe sus beneficios a los terceros, ya que la mención escueta al «titular registral» abarca todas las situaciones en las que el mismo se pueda encontrar. Esta interpretación se fundamenta en que el principio de legitimación y de exactitud —del que ya vimos que deriva el art. 35— no sólo actúa a favor de terceros hipotecarios, sino también de cualquier titular registral. Por lo tanto, se dice que el titular registral al que alude el artículo 35 puede estar en la situación de parte o tercero. Esto significa que el titular registral que quiere hacer valer a su favor la usucapción puede ser o bien ajeno al vicio que motiva su falta de titularidad (cuando sea tercero), o bien puede ser parte de la relación cuyos defectos impiden la transmisión de la propiedad. En el primer caso, el defecto que impide la transmisión de la propiedad se encuentra en la titularidad de su transmitente que, por motivos ajenos al conocimiento del titular registral, falta. Este es el caso de la adquisición *a non domino*, que es el que cubre la usucapción ordinaria. Sin embargo, el segundo caso, esto es, aquél en el que el titular registral que invoca la usucapción es parte de la relación cuyos defectos impiden la transmisión de la propiedad, no queda cubierto por la usucapción ordinaria, ya que tales defectos entre las partes sólo pueden consistir en los defectos de que adolezca el título de adquisición. Como ya vimos anteriormente, la usucapción ordinaria no convalida estos vicios o defectos del título en que se apoya el que alega la usucapción ordinaria. Este título ha de ser verdadero y válido, ya que es la base que justifica la transmisión de la propiedad, su presupuesto. El defecto de la adquisición ha de encontrarse en la transmisión, en concreto, en la falta de titularidad del transmitente. Al no ser posible la transmisión por esta falta de titularidad, es la usucapción la que produce el traspaso de la propiedad en sustitución de la tradición.

Por tanto no podrá referirse el artículo 35 a estas situaciones en que el titular registral sea parte; pero no porque deje de ser titular registral, como es obvio, sino porque tal situación sólo aparece en los casos de defectos del título, cuya subsanación no compete a la usucapción ordinaria (sino, como

(56) Así lo manifiesta ROCA TRÍAS (*op. cit.*, pág. 51), que dice que «se confunde que exista o no buena fe con el problema de la titularidad inscrita». ALBALADEJO («La inscripción en el Registro como justo título a efectos de usucapción», en *ADC*, 1992, págs. 34-35) considera también que el beneficio del artículo 35 «es independiente de que el usucapiente sea o no tercero de la Ley Hipotecaria. La usucapción ordinaria sana la no pertenencia del derecho al transmitente. Aquí es indiferente que se trate de un tercero o de parte».

mucho, a la extraordinaria). En apoyo de esta posición, relativa a que el artículo 35 sólo se puede aplicar a los titulares registrales que tengan la condición de terceros, existe jurisprudencia del Tribunal Supremo. El pronunciamiento más claro se recoge en la sentencia de 13 de mayo de 1970, la cual dispone que «el artículo 35 tiene circunscrito su radio de acción a los terceros que traigan causa de una titularidad registrada, no pudiendo en modo alguno amparar la situación de quien (...) fue parte en el contrato que provoca la inscripción» (57). En todo caso, esta línea jurisprudencial ha sido criticada por parte de la doctrina que la califica de «despropósito» (58). Indica GARCÍA GARCÍA que carece totalmente de sentido decir que el artículo 35 se refiere a tercero hipotecario, porque, de ser así, al aplicarse en esos casos el artículo 34 LH, sobraría por completo el artículo 35. En esta crítica hay parte de razón, porque, como se ha dicho, es cierto que la referencia a «tercero» ha de excluir a los terceros del artículo 34. Por lo tanto, conforme a lo dicho hasta ahora, esta doctrina jurisprudencial se ha de aceptar sólo cuando no implique que el tercero del 35 haya de reunir todos los requisitos del artículo 34, ya que aquí hemos partido de que ambos artículos tienen la misma base pero distintos presupuestos. Cuando se refiera sólo a que se ha de tratar de un tercero, que no sea el del artículo 34, se habrá de calificar de acertada la jurisprudencia, ya que sólo estará excluyendo, como aquí se ha hecho, la condición de parte del titular registral.

Por tanto, el primer supuesto en que entrará en juego el artículo 35 es el caso en que el titular registral, que sea tercero respecto de los defectos que invalidan su adquisición de la propiedad o titularidad del derecho real de que se trate, no reúna alguno de los otros requisitos establecidos por el artículo 34. En estos casos quedará excluida la aplicación del artículo 34, pero sólo podrá entrar en juego el 35, en atención al supuesto que subsana la usucapión ordinaria cuando sea tercero.

(57) De forma menos patente, la sentencia de 3 de octubre de 1974 parece incluso llegar a negar la posibilidad de concurrir la buena fe en quien no sea tercero del artículo 34, al decir que «el requisito de la buena fe no opera respecto de quienes carecen de la condición de terceros a efectos del 34 LH». Estas palabras se incluyen dentro de la opinión que aquí sostenemos en tanto que implícitamente admiten que sólo pueden ser terceros los que invoquen a su favor el artículo 35. Sin embargo, la sentencia va más allá de este punto y parece exigir que estos terceros reúnan los requisitos del artículo 34, lo cual carece de sentido desde el momento en que hemos visto que el artículo 35 actúa precisamente donde no se puede aplicar el artículo 34. Por ello, hay que corregir esta interpretación del Tribunal Supremo.

(58) Son palabras de ALBALADEJO (*La inscripción, op. cit.*, pág. 13), que critica no sólo la restricción a terceros del artículo 34 (al igual que aquí hacemos), sino también a terceros en general. Considera, pues, este autor, frente a lo aquí dicho, que también puede recoger el artículo 35 los supuestos en que el titular registral es parte. Menos tajante, ROCA TRÍAS sólo califica estas sentencias del Tribunal Supremo como «equivocadas» (*op. cit.*, pág. 51).

2. En segundo lugar, se refiere el artículo 34 a una adquisición de **buena fe**. Conforme a lo que hemos dicho aquí de que el artículo 35 es aplicable a los supuestos en que no concurren los requisitos del artículo 34, se podría pensar que en todos los casos en que se demostrase que el tercero adquirente fuese de mala fe, pudiera obtener el beneficio de lo dispuesto en el artículo 35 LH. Lógicamente esta idea es errónea, ya que también el artículo 35 exige la buena fe para su aplicación. Por tanto, en estos casos no opera ninguno de los dos preceptos.

3. A continuación requiere el artículo 34 que la adquisición se haya producido **a título oneroso**. Consiguientemente, cuando se adquiera a título gratuito no será posible aplicar el artículo 34. La cuestión en este caso estriba en si existe algún obstáculo que impida que opere el artículo 35 cuando la adquisición se produzca a través de títulos gratuitos. En este sentido hay que decir que el Código Civil no distingue al regular la usucapión en cuanto a que el título que ponga en la situación de poseer al adquirente sea oneroso o gratuito. Recordando unas viejas palabras de GARCÍA GOYENA, hay que establecer que los títulos que transmiten la propiedad por tradición, siendo propietario el transmitente, son los mismos que transmiten la propiedad por usucapión, no siendo propietario el transmitente. Sólo se requiere en este segundo caso que se trate de un título «justo» (art. 1.952 del Código Civil), el cual se define como «el que legalmente baste para transferir el dominio o derecho real de cuya prescripción se trate». Por tanto, no basta con que sea un título apto para transmitir la posesión, sino que ha de ser capaz de transmitir la propiedad o titularidad (59). Por tanto, se suelen citar como títulos válidos para la usucapión los de compraventa, permuta, entrega en dote, donación, herencia o legado; lista en que, como se puede apreciar, se incluyen algunos títulos adquisitivos gratuitos. Dentro de esta enumeración, sin embargo, puede dudarse de que constituya un título para la usucapión la herencia; no por ser un título gratuito, sino porque la herencia no es realmente un título de adquisición, sino el título en virtud del cual el heredero se coloca en la misma posición jurídica que tenía el causante, de manera que sólo tendrá título si también lo tenía el causante y recibirá la misma protección que éste. Por ello bastantes autores dudan de que sea la herencia justo título a efectos de usucapión. Más dudoso pudiera ser el caso del legatario, cuya adquisición no se produce como una sucesión en la posición del causante. En estos supuestos, por tanto, quizá sí pudiera considerarse justo título aquél por el cual el legatario adquirió los bienes; pero este justo título no sería tanto el testamento, como el legado.

(59) Así lo define la doctrina en su mayoría, así como la jurisprudencia, ya desde antiguo (entre otras, sentencias de 30 de mayo de 1943 y 30 de marzo de 1948).

En todo caso, y con esta salvedad, si la regulación civil de la usucapión admite como títulos los gratuitos (siempre que sean realmente «títulos» y siempre que sean aptos para transmitir la propiedad), lo mismo se ha de aplicar a la interpretación del artículo 35 LH (60). Ya se vio con anterioridad que la Ley Hipotecaria no modifica la regulación sustantiva que realiza el Código Civil sobre la usucapión y, consiguientemente, ha de aceptarse en este ámbito la interpretación que se da al título apto para usucapir. En resumen, pues, el supuesto de las adquisiciones a título gratuito, que quedan excluidas de la protección del artículo 34, es uno de los casos de aplicación del artículo 35 LH.

4. Como cuarta nota requerida para aplicar el artículo 34, se alude en su regulación a la adquisición de quien conste en el Registro con facultades para transmitir el derecho. Por tanto, se requiere que el **transmitente fuese también titular registral**. Así pues, la cuestión estriba en este caso en si resulta aplicable el artículo 35 cuando el transmitente no titular no tenía inscrito su derecho en el Registro de la Propiedad con anterioridad a la transmisión. Dicha falta de inscripción por el transmitente del titular registral que alega la usucapión *secundum tabulas* se puede traducir, realmente, en dos situaciones distintas. La primera, es aquélla en que la finca sí aparece inmatriculada en el Registro, pero el transmitente no tiene inscrito a su favor la propiedad o el derecho real cuya titularidad se transmite. La segunda es la situación en la cual el transmitente no tiene inscrito su derecho porque la finca no está inscrita en el Registro de la Propiedad. Vamos a ver por separado cada una de estas posibilidades.

En el primero de los supuestos se trataría, en principio, de un caso de ruptura del tracto sucesivo, de manera que para poder inscribir la propiedad o el derecho real transmitido, el adquirente debería iniciar un expediente de reanudación del tracto (art. 198 y sigs. LH). Sólo tras este expediente se procedería a la inscripción, pudiendo ser invocado desde entonces el artículo 35 LH. No obstante, las posibilidades de éxito de este expediente, teniendo en cuenta que aquí se sostiene que el derecho del adquirente procede de un *non dominio*, dependerían del tiempo que llevase interrumpido el tracto y de la posible demostración de esta adquisición que en realidad no está consumada. Cuando el procedimiento no desembocase en una inscripción, no se podría aplicar el artículo que aquí nos ocupa, puesto que no nos encontraríamos ante un titular registral, presupuesto ineludible del artículo 35 LH.

De todas formas, y sin llegar a estos extremos, este mismo primer supuesto se puede producir de manera más sencilla y sin necesidad de tener que pensar en una ruptura del tracto sucesivo. Este es el caso en que el transmi-

(60) Coinciden en esta opinión GARCÍA GARCÍA (*op. cit.*, pág. 1717) y ALBALADEJO (*La inscripción, op. cit.*, pág. 34).

tente no tiene inscrito su derecho en el momento de la adquisición, el cual se establece como determinante en el artículo 34 LH para proceder a su aplicación. Por tanto, si en tal momento falta el requisito de la inscripción del derecho a favor del transmitente, no es posible aplicar ya el artículo 34, pero sí el artículo 35, siempre que el transmitente inscriba posteriormente su derecho, permitiendo con ello que a continuación —sin los problemas que hemos visto que conlleva la necesidad de acudir a un expediente de reanudación del tracto— pueda inscribirlo el adquirente. No habrá entonces dificultad para que opere el artículo 35 LH. Por lo tanto, la titularidad registral del transmitente no es necesario que aparezca en el Registro en el momento de la transmisión del bien. Basta con que con posterioridad se inscriba el derecho del adquirente (bien a través de un expediente de reanudación del tracto, bien por el procedimiento normal de inscripción, una vez inscrito previamente el derecho del transmitente) para que se pueda aplicar el artículo 35.

La segunda posibilidad aludida es la que se refiere a una finca no inmatriculada. El adquirente que quisiera invocar a su favor el artículo 35 LH debería, por tanto, inmatricular la finca, primero para poder acceder de esta forma a la condición de titular registral y al beneficio del artículo 35. La doctrina se ha planteado si en este caso es aplicable o no el artículo 35. En concreto se establecen distinciones según el procedimiento que da lugar a la inmatriculación. SANZ FERNÁNDEZ considera que a las inmatriculaciones practicadas «por expediente de dominio o de acta de notoriedad» es difícil atribuirles, como hace el artículo 35, el carácter de título, «ya que en estos medios se parte normalmente de la inexistencia de título» y en nuestro sistema la inscripción no es nunca por sí sola título (61). De todas formas, no hay que confundir, como parece hacer este autor, el supuesto de base que *puede* dar lugar a la aplicación del artículo 35 (la existencia de una inscripción) y su *efectiva* aplicación (el valor que se dé a la frase «será justo título la inscripción»), la cual depende de la interpretación que se dé a su redacción (62). Las objeciones de este autor parten de la base de que la inscripción suple materialmente al justo título que requiere la

(61) *Op. cit.*, pág. 532. Respecto de estas palabras de SANZ FERNÁNDEZ hay que puntualizar que la referencia que hace al acta de notoriedad quizá haya de entenderse hecha a la certificación administrativa y no al acta de notoriedad, ya que esta última no se prevé en el artículo 204 LH como un medio de inmatriculación (que es de lo que estamos tratando), sino como medio de reanudación del tracto sucesivo. Por ello, parece que la referencia del citado autor ha de ir dirigida a los medios de inmatriculación que recogen los artículos 205 y 206, por lo que posteriormente veremos con respecto al artículo 207. Al margen de esto, hay que señalar que también NÚÑEZ LAGOS (*Dos acciones...*, pág. 18) parece aceptar que la inmatriculación no pueda tener los mismos beneficios que el resto de las inscripciones por lo que respecta al artículo 35 LH, aunque no distingue entre las diversas vías de inmatriculación.

(62) En este sentido, ROCA TRÍAS (*op. cit.*, pág. 47) establece que «en el caso de inmatriculaciones por expediente de dominio, el expediente es el título de inmatricula-

usucapión ordinaria; pero esto ya veremos que no es correcto. En el caso del expediente de dominio, se trata de un procedimiento judicial a través del cual se pretende demostrar el dominio del sujeto que desea inmatricular. A él se acude no sólo en los casos en que se carezca de título de adquisición, como pretende SANZ FERNÁNDEZ, sino también en aquéllos en que el título no sea directamente inscribible por otro procedimiento de inmatriculación. En todo caso, cuando el expediente de dominio acaba con un Auto que confirma la titularidad del que instó este procedimiento, es porque el órgano judicial ha considerado suficientemente acreditado este dominio, una vez practicadas las pruebas o presentados los documentos a que el mismo se refiere, ya que, de no ser así, habría tenido que denegar la pretensión del solicitante. Por tanto, es una decisión judicial la que permite la inmatriculación, pero sobre la base de unas pruebas o documentos que forman en el órgano judicial la convicción del dominio del actor. Esto lleva a que este procedimiento sea suficiente para inmatricular, ya que no hay motivo para otorgar menor valor a la opinión de un juez que a la de un notario o a la de un funcionario, y que a partir de esta inmatriculación despliegue sus efectos el sistema registral y, en concreto también el artículo 35 LH; pero esto no significa que el resultado de este expediente no se pueda discutir cuando se oponga algún sujeto al dominio declarado. Si bien en el procedimiento se cita a una serie de sujetos y se convoca en general a los que pudieran resultar perjudicados, permitiéndoles practicar también a ellos las pruebas que consideren necesarias para oponerse a la pretensión del solicitante, es posible que alguno de estos sujetos no llegue a tener conocimiento efectivo del mismo (sobre todo cuando se trate de derechos contradictorios no inscritos). Por este motivo, el Auto del juzgado carece de eficacia de cosa juzgada y puede ser impugnada en juicio declarativo contradictorio. De hecho, se tendrá que acudir a esta impugnación del expediente de dominio realizado cuando se pretenda atacar la inscripción de inmatriculación que en su virtud se practicó. Por tanto, y en conclusión, la inmatriculación practicada por expediente de dominio (practicada sobre una decisión judicial apoyada en determinadas pruebas y documentos que parecen acreditar la titularidad del solicitante) puede servir de base a la aplicación del artículo 35, si bien es posible la impugnación de esta titularidad y de los beneficios que otorga el citado precepto, para lo cual será necesario atacar también el procedimiento seguido. Mayores dudas pudiera suscitar el caso de la inscripción a través de certificación administrativa, puesto que en ella son menores los controles que existen. Sin embargo, no hay que olvidar que aunque en este caso el título material (si se puede denominar así al

ción; pero no el título de dominio. Ha de existir, por tanto, un título civil». Por tanto, en principio, esta inmatriculación puede ser origen de la inscripción a que se refiere el artículo 35; pero en el caso concreto se deberá ver si existe o no el título (pues así lo exige el requisito de veracidad del título).

certificado administrativo, ya que, en todo caso, se limitaría a recoger el título o el modo de adquisición de aquél en cuyo favor se expide) procede de un funcionario, para la inmatriculación se ha de pasar por el filtro del registrador, el cual deberá calificar la legalidad del documento que se ha presentado, al igual que con cualquier documento que pretenda acceder al Registro. De todas formas, aunque este control por parte del registrador no se considerase suficiente para poder hablar de la existencia de un título justo (en el sentido de título en virtud del cual se puede transmitir el dominio), no es esto tampoco lo que pretende el artículo 35. Como veremos en su momento, lo que este precepto establece es que la inscripción otorga la prueba del título que requiere la usucapión; pero no lo sustituye. Por lo tanto, en este supuesto de inmatriculación, al igual que en los demás, el acceso al Registro de la Propiedad proporcionará al inmatriculante la posibilidad de acreditar los requisitos necesarios para la usucapión; pero esto podrá ser siempre impugnado por quien niegue la concurrencia de los elementos que conforman el justo título para la usucapión. El inmatriculante, como titular registral, podrá invocar a su favor los beneficios del artículo 35 y, con ello, trasladará a la parte que alega ser el verdadero propietario, la prueba de que su título no es justo, verdadero y válido. Por tanto, parece que no hay objeción para que el inmatriculante, sea cual sea el proceso a través del cual realiza la inmatriculación, pueda invocar a su favor el artículo 35. De hecho, en esta dirección se mueve el resto de los autores que analizan el caso de la inmatriculación (63).

Completando el estudio de estos supuestos de inmatriculación, afirma ROCA TRIAS que el artículo 35 puede operar desde la misma inmatriculación, sin que sea necesario esperar los dos años que regula el artículo 207 LH para el comienzo de los efectos de la inscripción así practicada (64). La base de esta afirmación se encuentra en que tal plazo de espera sólo se establece con

(63) Vid., entre otros, ROCA SASTRE y ROCA-SASTRE MUNCUNILL (*op. cit.*, pág. 556) y GARCÍA GARCÍA (*op. cit.*, págs. 1717 y 1731). Entre la jurisprudencia, la Audiencia Provincial de Teruel resolvió en sentencia de 18 de noviembre de 1995, un caso en el que quien reclamaba la aplicación del artículo 35 había obtenido su inscripción a través de inmatriculación, concediendo en el supuesto en concreto la usucapión *secundum tabulas* al considerar que concurrían todos los requisitos de la misma. Posteriormente, este mismo Tribunal, en sentencia de 11 de febrero de 1998, parece contradecir lo que aquí se ha sostenido, al establecer que «como igualmente tiene declarado nuestro Tribunal Supremo (SSTS de 11 de noviembre de 1969, 22 de junio de 1972 y 3 de octubre de 1974) en nuestro sistema hipotecario vigente no se admite de forma pura la usucapión *secundum tabulas*, fundada exclusivamente en la inmatriculación registral», pero continúa diciendo la sentencia que esto es así «por requerirse además para lograr tal efecto el concurso de la posesión efectiva a título de dueño del derecho que se trata de adquirir por parte del usucapiente y la buena fe de éste en la posesión». De manera que lo que está haciendo esta sentencia y las que cita es negar la posibilidad de un sistema de usucapión tabular, no excluir la aplicación del artículo 35 en los supuestos de inmatriculación.

(64) *Op. cit.*, pág. 47.

respecto a los terceros y, siendo la usucapión un fenómeno que se desarrolla entre dos partes (usucapiente y usucapido), no ha de guardarse el plazo de espera. Las relaciones entre el dueño y el usucapiente son *inter partes* y no le es, por tanto, aplicable a este caso el artículo 207. De todas formas, y siendo ésta la argumentación, habrá que aceptar que si la usucapión pudiera causar algún tipo de efectos para terceros, se debería esperar al transcurso del plazo de los dos años. Sólo una vez transcurrido ese tiempo, la usucapión consumada conforme al artículo 35 les sería oponible a estos posibles terceros afectados. Pero ésta no es la única crítica que se ha de hacer al razonamiento expuesto, sino que se ha de discutir su base misma. Como hemos visto, en la usucapión ordinaria el *verus dominus* es un tercero respecto del acto adquisitivo que no se consuma por proceder la transmisión de un *non domino*. No es, como pretende la citada autora, parte de la usucapión (65). Consiguientemente, no es ésta la razón que puede llevar a negar la necesidad de aplicar el plazo de espera del artículo 207 LH. El artículo 35 no recoge un problema de fe pública registral, sino de legitimación. En virtud de este precepto, el titular registral tiene a su favor la prueba de que posee un justo título, prueba que deriva de la existencia de una inscripción a su favor, practicada tras un proceso estricto de calificación registral. Lo que se certifica, a efectos de prueba, es que existe un título o contrato que justifica la adquisición; pero no el que fuera propietario el transmitente, puesto que es esto precisamente lo que subsana la usucapión. Por este motivo no le es aplicable al inmatriculante que invoca el artículo 35 el plazo de espera de dos años del artículo 207, ya que (aunque esto es debatido), este último precepto parece referirse a los beneficios derivados de la fe pública registral. En todo caso, tratándose de un inmatriculante el sujeto al que se refiere el plazo de espera de los dos años, es difícil que se pueda plantear en estos casos la posibilidad

(65) La consideración de que la relación entre usucapiente y usucapido es la de partes y no de terceros procede del artículo 36, p. 3.º, y de la interpretación doctrinal del mismo, que acude a la idea de establecer entre titular registral (usucapido) y poseedor extrarregistral (usucapiente) la consideración de que son partes para justificar el régimen más estricto que establece para éstos (frente al régimen más favorable que establece para los terceros del art. 34 LH). Sólo tiene en cuenta este precepto las relaciones entre estos dos sujetos: usucapiente y usucapido (pues son los que se enfrentan), sin que tenga trascendencia, a efectos de la usucapión *contra tabulas*, por qué precisa de la usucapión el poseedor extrarregistral, ya que se admite, en principio, tanto la usucapión ordinaria como la extraordinaria. Sin embargo, en el artículo 35 no se trata de una usucapión que se esté ejercitando contra el titular registral durante el tiempo de tal titularidad, sino que es el propio titular registral el que es a la vez usucapiente, con lo que el presupuesto del que se parte es distinto al del 36, p. 3.º LH. Y, tratándose de una usucapión ordinaria, sí se tiene en cuenta de qué defectos adoleció la transmisión hecha a favor del titular registral, siendo, pues, relevante las relaciones de éste con su transmitente. La usucapión se observa aquí frente al titular real del bien o derecho usucapido que es, frente a esa transmisión fallida a causa de la falta de titularidad del transmitente, un tercero.

de invocar la usucapión conforme al artículo 35 antes de que transcurran los dos años que establece el artículo 207, ya que la usucapión ordinaria requiere la posesión en concepto de dueño durante diez años y —salvo que con anterioridad a la inmatriculación el titular registral hubiera venido poseyendo extrarregistralmente por ese tiempo, o pueda completar su plazo uniendo a su posesión la de su causante, conforme a las reglas civiles— lo normal es que la usucapión se consume con posterioridad a la inmatriculación y al plazo de los dos años. Sin embargo, si se diese este supuesto por entrar en juego circunstancias extrarregistrales anteriores a la inmatriculación, ese nuevo titular registral podría hacer valer los beneficios del artículo 35 desde el momento de su inmatriculación, sin tener que esperar el plazo de los dos años.

Antes de acabar con el tema de la inmatriculación, queda por hacer referencia a lo que ocurre con el artículo 35 en los casos de doble inmatriculación para ver si forman parte o no de los supuestos en que dicho precepto es aplicable. Se trataría, en este caso, de dos titulares registrales que invocasen la usucapión *secundum tabulas* sobre la misma finca. Ante esta situación, se podría optar por aplicar el artículo 35 a ambos titulares registrales. Esto llevaría a que tanto el uno como el otro se viesen favorecidos por las mismas presunciones y beneficios, lo que podría resultar contradictorio. Otra solución posible, la de aplicar el artículo 35 a uno sólo de ellos, supondría privar de efectos a una de las inscripciones frente a la otra. Por ello hay que acudir a una tercera solución, consistente en no aplicar este artículo en caso de doble inmatriculación a ninguno de los titulares inscritos, por considerar que al gozar ambos de los mismos beneficios y presunciones, sería imposible y contradictorio tanto aplicar estos beneficios a los dos, como optar por un titular en detrimento del otro (66). La existencia de dos inscripciones de un mismo bien o derecho supone la quiebra del sistema registral que no puede desplegar su fuerza protectora con respecto de las dos inscripciones a la vez.

(66) De forma tímida parece apuntar a esta solución la sentencia del Tribunal Supremo, de 28 de marzo de 1980, cuando hace referencia a que «las consecuencias registrales siempre vendrían obstaculizadas por la doble inmatriculación». Sin embargo, no se trata sólo de que se «obstaculice» el sistema registral, sino que, como declaran las sentencias de 22 de enero de 1969, 22 de junio de 1972 y 27 de mayo de 1991, la doble inmatriculación impide la aplicación de las normas de la Ley Hipotecaria y obliga a resolver los supuestos a través de las reglas del Derecho Civil puro, ya que «origina la quiebra de los principios rectores del mecanismo tabular [los principios de publicidad y legitimación] porque la protección a uno de sus titulares supondría para el otro del desconocimiento de los mismos principios básicos de la publicidad y de legitimación». Recogiendo esta doctrina se pronuncia la Audiencia Provincial de Granada en sentencia de 26 de enero de 1993, al establecer que «cada uno de los titulares registrales podría alegar la prescripción *secundum tabulas* del artículo 35 LH; sin embargo, por la propia existencia de una situación contradictoria sobre una misma finca, no cabe duda que los beneficios de la fe pública registral quedarían neutralizados, debiendo resolver la controversia existente de acuerdo con las normas de Derecho Civil sustantivo».

Por ello, serán las normas del Código Civil las que deban resolver esta colisión. De todas formas, la falta de aplicación en estos casos del artículo 35 sólo se puede predicar respecto de los problemas que surjan con posterioridad a la segunda inmatriculación, pues sólo desde ese momento se puede hablar de doble inmatriculación enervante de los principios del sistema registral. Frente a esto, en el supuesto de que un titular registral haya empezado su posesión *ad usucapionem* (sobre la base del art. 35 LH) y posteriormente se produce una doble inmatriculación, lo correcto será aplicar el artículo 35 y sus presunciones al período anterior a la segunda inmatriculación, puesto que en ese momento no existe la situación que enerva la aplicación del sistema registral. Solamente después de la segunda inmatriculación, la existencia de otro titular registral impedirá la aplicación del 35. Esto supondrá para el titular registral anterior a la segunda inmatriculación que sólo pueda verse favorecido por el artículo 35 en parte del tiempo en que se desarrolló su usucapición, sometándose el resto del tiempo necesario para la usucapición a la regulación civil pura; solución que puede resultar extraña, pero en cierto modo es similar a lo que puede ocurrir, como veremos posteriormente, en el caso de la posesión anterior a la inscripción, en que las presunciones actúan sólo desde un determinado momento (67).

Antes de acabar con la posible aplicación del artículo 35 a los casos en que el transmitente no es titular registral, hay que tener en cuenta una tercera posibilidad que se podría plantear en teoría junto a las dos situaciones analizadas. Con esto se está haciendo referencia a las llamadas adquisiciones originarias. En estos casos el usucapiente no adquiere tampoco de titular registral —lo que impide la aplicación del art. 34— porque precisamente adquiere una propiedad que carece de titular. La cuestión en este supuesto es si es posible que este titular registral invoque a su favor la usucapición *secundum tabulas* del artículo 35 cuando su adquisición adolezca de algún tipo de defecto que impida que se despliegue de forma plena. Para responder a esta pregunta hay que tener en cuenta que en nuestro sistema no puede haber inmuebles *nullius*, porque el artículo 21 de la Ley de Patrimonio del Estado, de 15 de abril de 1964, atribuye la propiedad de estos inmuebles abandonados al Estado. Así pues, en el caso de bienes inmuebles siempre habrá un titular real usucapido y no se cumplirá el presupuesto del que parten este tipo de

(67) Para afirmar esta solución tampoco se puede acudir a la jurisprudencia, porque los casos de doble inmatriculación relacionados con el artículo 35 sobre los que resuelve (como el de la sentencia de 22 de junio de 1972) se refieren a hechos que acaecen tras la segunda inmatriculación, siendo generalmente este segundo titular el que reclama. Se trata, no obstante, de una solución lógica y coherente con la interpretación que aquí se realiza respecto del juego entre la Ley Hipotecaria y la regulación civil de la usucapición, que justifican la posibilidad de distinguir en el tiempo entre la usucapición civil y la usucapición *secundum tabulas*.

adquisiciones. Por tanto, sólo podría predicarse la adquisición originaria para la titularidad de derechos reales, si es que tal supuesto es posible. En todo caso, existiría otro obstáculo a esta adquisición originaria de derechos reales: la necesidad de título. Aunque se suele aludir como tal a la ocupación, ésta no constituye en realidad un título, sino un modo de adquirir la propiedad (al igual que la usucapión y la *traditio*). Por ello, en estos casos no será posible aplicar el artículo 35 LH, ya que faltará el justo título de la usucapión; requisito exigido en la usucapión ordinaria que, como se verá, no será subsanado por la práctica de la inscripción. Hay que entender que cuando la doctrina admite la aplicación de la usucapión para adquisiciones originarias con algún defecto, tiene en cuenta la usucapión de bienes muebles, donde este supuesto sí puede tener juego, siempre que se tenga título o se acuda a la usucapión extraordinaria. Pero en la adquisición originaria de bienes inmuebles por usucapión *secundum tabulas*, el supuesto, aunque teóricamente imaginable, no es factible ni en la teoría, ni en la práctica.

5. Como último requisito expreso, alude el artículo 34 a que es necesario que el tercero que reúna los requisitos anteriores **inscriba** su derecho. Sin embargo, si falla este elemento, al igual que ocurría con la buena fe, no será posible tampoco la aplicación del artículo 35, ya que dicho artículo requiere también una inscripción del adquirente que invoca la usucapión *secundum tabulas*, como ha de deducirse de su referencia al «titular inscrito». Con relación al requisito de la inscripción, sólo cabe cuestionarse brevemente si ha de ser ése el tipo de asiento en que se apoye el derecho del usucapiente o si, por el contrario, puede entrar en juego el artículo 35 LH cuando el titular tenga a su favor otro tipo de asiento registral. El artículo 35 habla sólo de «asientos», lo cual es una denominación genérica que, en principio pudiera llevar a admitir cualquiera de los tipos de asientos que recoge el artículo 242 LH (68). Por lo tanto, parece que el titular inscrito, a que se refiere el artículo 35, lo puede ser por cualquier clase de asiento, no necesariamente inscripción, aunque sea el caso más frecuente. Sin embargo, habrá que tener en cuenta en cada caso en qué medida el asiento de que sea titular el sujeto que alega en su favor la usucapión *secundum tabulas* puede servir de base a las presunciones que contiene el artículo 35 LH. En este sentido, sólo cuando a partir de ese asiento se pudiera aplicar la presunción de posesión que recoge el artículo 38 LH parecería lógico que el titular registral pudiera verse favorecido por la presunción de posesión pública, pacífica e ininterrumpida del artículo 35. Por tanto, tendría que tratarse de un asiento que recogiese el

(68) La misma opinión parecen manifestar ROCA SASTRE y ROCA-SASTRE MUNCUNILL (*op. cit.*, pág. 563), cuando dicen que «el artículo 35 se fija primordialmente en el asiento o inscripción vigente al tiempo de consumarse la usucapión ordinaria» (el subrayado es mío).

dominio del titular registral (puesto que sólo en tales condiciones recoge el art. 38, pág. 1, la presunción de posesión a favor del titular registral). Consiguientemente, salvo en supuestos excepcionales, el único asiento en virtud del cual se puede invocar el artículo 35, es la inscripción (69).

6. Implícitamente, y frente a la opinión de autores tan acreditados como GARCÍA GARCÍA, hay que decir que el artículo 34 incluye otro requisito junto a los ya vistos: la necesaria validez del negocio translativo que media entre el transmitente y el tercero. El artículo 34, cuando habla de la posibilidad de que se anule un título, se refiere a aquél que establecía las relaciones entre el primer transmitente y el que transmite al tercero (y dicho sea de paso, no es que convalide esta situación, sino, como mucho, los efectos que derivan de ella). No se refiere, por tanto, al título por el cual adquiere el propio tercero, puesto que el mismo ha de carecer de tales defectos y reunir todos los requisitos que establece el Código Civil para su validez (70). En estos casos, la transmisión no se produce por haber adquirido el titular registral de un *non domino*; defecto que se manifiesta en el requisito de la *traditio* y que, por tanto, no afecta al título ni produce, como pretende cierta doctrina jurisprudencial, su nulidad. Por tanto, la validez del título de adquisición del tercero es otro de los requisitos del artículo 34. Siguiendo con el esquema planteado hasta ahora, deberíamos ver si en caso de que este título no fuera válido entraría en juego el artículo 35. Aunque ya negamos con anterioridad el posible juego de la usucapión respecto de los defectos del título, vamos a dejar apartado el tema hasta que se examine lo relativo a las relaciones entre la inscripción y el justo título, puesto que será entonces cuando se estudie detalladamente lo que ocurre en el artículo 35 LH con respecto a estos defectos del título. La solución, como se verá, no supondrá una diferencia respecto de los requisitos del artículo 34, motivo por el cual tampoco es necesario analizar aquí el caso con detalle, puesto que no es uno de los supuestos en que actúa el artículo 35 ante la falta de aplicación del artículo 34 LH.

Resumiendo los casos en que, por fallar alguno de los requisitos del artículo 34 LH, se ha aceptado la posible aplicabilidad del artículo 35, se

(69) Esta restricción parece apoyada por la sentencia de la Audiencia Provincial de La Coruña, de 4 de diciembre de 1998, que establece expresamente que para que opere el efecto de la usucapión *secundum tabulas* se ha de tratar de una inscripción de dominio. Por otra parte, la restricción del beneficio del artículo 35 a las inscripciones, parece deducirse del propio precepto analizado, cuando, al referirse a la polémica equiparación del justo título, hace sólo referencia a la inscripción. Sólo un asiento que recoge la titularidad de un bien o derecho se puede equiparar (con los efectos que ya veremos) al título que exige la usucapión, que es también un título de adquisición de la titularidad de un bien o derecho. Cualquier otro asiento que no tenga este mismo contenido, no puede verse favorecido por lo que prevé el artículo 35, porque perdería su sentido el sistema.

(70) MORALES MORENO (*op. cit.*, pág. 1136) indica en este sentido que «tanto el artículo 32, como el 34 requieren que sea válido el título de adquisición».

obtienen cuatro supuestos: que la situación del titular registral sea la de tercero no protegido por la fe pública registral; que se trate de una adquisición a título gratuito; que el titular registral sea un inmatriculante y que se adquiera de quien en el momento de la transmisión no tenía inscrito su derecho. Desde un punto de vista práctico, no son supuestos infrecuentes, con lo que no parece del todo acertada la crítica al artículo 35 que le tacha de falto de aplicación. De todas formas, sí que hay que tener en cuenta que en la práctica el artículo no se utiliza en muchas de las ocasiones en que hacerlo resultaría teóricamente posible, ya que en el caso concreto falta alguno de los requisitos del mismo (en especial la posesión o el paso del tiempo necesario).

IV. LOS BENEFICIOS QUE APORTA EL ARTICULO 35 AL TITULAR REGISTRAL

A) LA INSCRIPCIÓN Y EL JUSTO TÍTULO

Una vez examinados los supuestos en los que actúa el artículo 35, hemos de pasar a analizar cómo contribuye este artículo a la consolidación de la usucapión *secundum tabulas*, es decir, en qué consiste este favorecimiento al titular registral que todos los autores acuerdan señalar. Para ello comenzaremos estudiando lo que respecta a las relaciones de la inscripción con el justo título, no sólo por encabezar la lista de los beneficios que aporta el Registro a la usucapión en el artículo 35, sino, sobre todo, por ser la parte de ese artículo que más ha ocupado a la doctrina. La frase «será justo título la inscripción», a diferencia del resto del precepto, ha sido analizada por todos los autores que han dedicado un estudio a la usucapión *secundum tabulas*. Por ello, hemos de partir aquí también de esta polémica primera frase.

a) *Las opiniones doctrinales*

Antes de establecer cualquier tipo de conclusión sobre la interpretación que debe darse a este inciso del artículo 35, es necesario realizar un examen de las opiniones que ha sostenido la doctrina al respecto; opiniones que se han dividido principalmente en dos posiciones: una primera, más favorable al titular registral, que sostiene, en líneas generales, que el artículo 35 establece una equiparación o identificación entre inscripción y justo título, de manera que la primera *es* el justo título necesario para la usucapión ordinaria; y una segunda, más respetuosa con la regulación civil de la usucapión, que establece que tan sólo se recoge una presunción de que la inscripción sea justo título.

lo (71). Expuestas ambas teorías de forma sucinta, vamos a estudiar de forma más extensa cada una de ellas, con especial atención a los argumentos que emplean los autores que las apoyan.

1. Equiparación de la inscripción al justo título

En principio, mantienen esta primera teoría, entre otros, ALBALADEJO, AMORÓS GUARDIOLA, AZPIAZU, BADOSA COLL, CANO TELLO, DE CASSO, DÍEZ-PICAZO, DÍAZ GONZÁLEZ, ESPÍN CÁNOVAS, GARCÍA GARCÍA, LACRUZ (et al.), MANRESA, NÚÑEZ LAGOS, O'CALLAGHAN, PUIG PEÑA, PORCIOLES, DE LA RICA, ROCA SASTRE y ROCA TRÍAS. De entre estos autores, sin embargo, hay algunos cuya adscripción a esta línea argumental ha de ser matizada. Tal es el caso de LACRUZ BERDEJO, cuya posición ha variado con el paso del tiempo. Si bien comenzó sosteniendo que el inciso del artículo 35, aquí analizado, significaba que la inscripción *era* justo título, con posterioridad ha rectificado estas palabras y se sitúa dentro de la posición contraria (72). Por lo tanto, si bien se le incluye aquí, sólo es en cuanto a sus opiniones pasadas, ya que en la actualidad no es partidario de esta postura. Algo similar parece ocurrirle a ALBALADEJO, que ha matizado su parecer sobre este punto con el paso del tiempo, por lo que en la actualidad se le ha de situar realmente en la teoría contraria (73). Finalmente, NÚÑEZ LAGOS, al que se le suele incluir entre la

(71) Junto a estas dos posiciones hay quien ha visto la existencia de una tercera, que es la que acepta que la inscripción sea un justo título *formal*, pero que esto no exime de la necesidad de existencia de un justo título «material o real». Esta interpretación adopta una posición de transición que puede ser interpretada dentro de las otras dos teorías. No obstante, puesto que esta tercera variante parte de la equiparación entre inscripción y justo título, será examinada dentro de la primera teoría, como matización a la misma. En todo caso, sostiene ALBALADEJO (*La inscripción...*, *op. cit.*, págs. 29-30), frente a la crítica de GARCÍA GARCÍA (*op. cit.*, págs. 1725 y 1741), que las dos teorías enunciadas no son en el fondo tan diferentes, ya que ambas admiten que para que falte el justo título hay que destruir la inscripción. Sin embargo, opina el segundo autor que las diferencias se extienden más allá de ese punto, afectando también al momento en que se puede impugnar la usucapión. Como veremos con posterioridad, es cierto que una y otra teoría llevan aparejadas una serie de consecuencias en diversos ámbitos, que justifican la diferencia entre las mismas.

(72) La primera posición la sostuvo en *Derecho...*, *op. cit.*, pág. 202, al decir que «la inscripción no supone una presunción *iuris tantum* de justo título, sino que la inscripción misma del acto nulo es el título». Posteriormente rectifica estas palabras de forma expresa en *Elementos*, *op. cit.*, págs. 212-213, estableciendo que «la inscripción no es posesión, ni tampoco título, sino una presunción a favor de una y otro que puede desvirtuarse mediante prueba en contrario». Según declara, este cambio ha sido inspirado por la doctrina de MORALES MORENO.

(73) Aunque este cambio de opinión no se manifiesta expresamente por parte del citado autor, sí es cierto que su posición tiende con claridad a alejarse de esta primera

opinión de estos autores, no mantiene realmente una opinión clara, ya que, tan pronto afirma que el valor del artículo 35 en este punto es de presunción, como que se trata de una equiparación. Así pues, su inclusión en esta primera teoría tampoco queda fuera de dudas (74). Junto a lo dicho, hay que tener en cuenta que algunos de estos autores aportan matizaciones a la teoría general que hemos enunciado a grandes rasgos; matices y argumentos que iremos viendo con ocasión del estudio de esta posición.

La base de esta tesis es, como ya se ha dicho, entender que la frase *será justo título la inscripción*, supone establecer una equivalencia entre ambos términos, de manera que desde el momento en que el sujeto cuya adquisición adolece de un vicio de cualquier clase, logra inscribir su derecho, tiene un justo título (verdadero, válido y probado) a efectos de la usucapción ordinaria (75). Por tanto, no es sólo que se exima de la prueba de este requisito, frente a lo dispuesto por el artículo 1.954 del Código Civil, al considerarse suficiente la certificación registral a favor del usucapiente, sino que se cubren

teoría, que aparecía reflejada claramente en *Derecho...*, *op. cit.*, págs. 208-209. Sin embargo, con anterioridad a la obra citada, en *La inscripción (op. cit.)*, págs. 27-35) ya tendía hacia la opinión de la presunción de justo título, puesto que matizaba la supuesta equiparación entre justo título e inscripción al mantener la necesidad de un título material de base y la posibilidad de la impugnación de la usucapción consumada por los vicios de que adoleciese ese título material. Esta opinión es la que retoma en sus obras posteriores (*Comentario...*, *op. cit.*, págs. 324 y sigs.), en que parte con claridad del valor de presunción de la inscripción respecto del justo título. Por lo tanto, en este autor hay un doble cambio: de la teoría de la presunción (con grandes matices) a la de la equiparación; y de ésta, de nuevo, a la presunción, que es la que actualmente sustenta.

(74) Estas variaciones, además, no siguen una evolución cronológica. En este sentido, en *La reforma, op. cit.*, pág. 21, afirma que «es dudoso si se establece para el título una regla jurídica inatacable o que deba interpretarse que existe aquí una simple presunción *iuris tantum*, susceptible de prueba en contrario. El nexo que se establece entre los artículos 24 (actualmente 38) y 35, lleva a mi juicio **a esta última solución**» (la negrita es mía). De todas formas, afirma que la prueba en contra será difícil normalmente. En el mismo año, publica *Realidad y Registro*, en la cual realiza afirmaciones encuadrables en ambas teorías, ya que dice, por un lado, que «la inscripción en sí es inoperante para la adquisición de la propiedad» (pág. 424) y, por otro, que «la inscripción equivale al justo título» (pág. 454). Un poco después, escribe en *Dos acciones...*, *op. cit.*, pág. 12, que «la inscripción en vez de llegar a ser modo, se ha proclamado paladinamente título en el artículo 35». Finalmente, en «La fe pública especial», en *RDN*, 1958, pág. 36, habla de que «la presunción de existencia del título sustantivo no la establece el artículo 38, sino el 35», con lo que parece volver a la postura contraria a la que estudiamos en primer lugar. Sin embargo, continúa: «Es una sustitución de título formal». Por tanto, no es una postura tajante la suya, sino que parece oscilar entre ambas.

(75) Esta misma idea la expresan ROCA SASTRE y ROCA-SASTRE MUNCUNILL (*op. cit.*, págs. 555-556), paladines de esta postura, de muy diversas maneras: «La Ley Hipotecaria da a la inscripción **el valor de justo título** para la usucapción ordinaria. No es una presunción, sino que la inscripción **vale como** justo título. **Hace las veces** de causa hábil o justo título para la usucapción. Es el **sucedáneo** del justo título que requiere esta usucapción» (la negrita es mía). El resto de los autores que sostienen esta postura utilizan las mismas o similares expresiones.

además el resto de las exigencias que hacen los artículos 1.952 y 1.953 del Código Civil respecto del título necesario para la usucapión ordinaria. La inscripción es un título justo, verdadero y válido para la usucapión ordinaria. Para establecer esta equiparación, algunos autores (como DÍAZ GONZÁLEZ o DE LA RICA) (76) acuden a la idea de que se trata de una presunción *iuris et de iure* que establece el artículo 35 LH. Esta referencia a una presunción no ha de llevar a incardinar a tales juristas en la teoría contraria, puesto que esta referencia supone en realidad aceptar que se trata de un mandato imperativo, una transformación que se opera *ope legis* porque el legislador así lo quiere. Con razón afirma AZPIAZU en este sentido, que no hay aquí presunción «de ninguna de las dos especies» (77).

Sobre esta base general se establecen algunos matices por parte de una serie de autores, entre los que se encuentran ALBALADEJO, O'CALLAGHAN y PUIG PEÑA. Esta variante acepta plenamente la equiparación de la inscripción al justo título, pero abre la posibilidad a que se pueda atacar la inscripción, destruyéndose con ello el justo título, incluso para la usucapión que se hubiera consumado. El principio de salvaguardia de los asientos registrales por los Tribunales que proclama el artículo 1, p. 3.º LH, supone sólo que mientras no se declare lo contrario por un Juez o Tribunal la inscripción (y con ella el efecto del art. 35) es válida y perfecta; pero declarada su cancelación, deja de surtir esos efectos. Más dudoso, sin embargo, es si estos autores aceptan que esa impugnación de la inscripción pueda derivar del ataque al título en virtud del cual se produjo, ya que, por ejemplo, ALBALADEJO y PUIG PEÑA establecen que la equiparación se realiza con independencia de este título de base, cuyas vicisitudes no le afectan (78). Frente a éstos, Díez-Picazo y Roca Trías parece que sólo aceptan la equiparación de inscripción a justo título, mientras sea válido el título de base, sin que, por tanto, prescindan del mismo (79). Igual-

(76) Respectivamente, *op. cit.*, pág. 177, y *Comentarios, op. cit.*, pág. 99.

(77) «Apostillas a unos comentarios. La prescripción y el Registro», en *RCDI*, 1945, pág. 330.

(78) Dice PUIG PEÑA (*op. cit.*, pág. 294) que «la inscripción por sí misma, independientemente del título que la produjo, es considerada título hábil para usucapir. Esto no significa que sea inatacable». Por su parte, la opinión referida de ALBALADEJO se recoge en *Derecho...*, *op. cit.*, págs. 208-209, si bien en *La inscripción, op. cit.*, pág. 33, adopta la tesis contraria cuando establece que «es necesario un título material existente y válido, porque lo requiere la validez del título formal». Esto, necesariamente, responde al cambio de opinión, ya referido, producido entre ambas obras.

(79) En este sentido, dice el primero de los autores que «la inscripción es sustitutiva de título, salvo que se declare la nulidad de la inscripción o **el título de base**» (*Sistema de Derecho Civil*, vol. III, 6.ª edición, Madrid, 1997, pág. 340) (la negrita es mía). Esta opinión ha hecho que ALBALADEJO incluya a este autor entre los que sostienen la postura contraria. Sin embargo, su aceptación de que la inscripción equivale a justo título es clara. Por su parte, la opinión de ROCA TRÍAS se extrae de cuando dice que la inscripción por sí misma no es justo título, **aunque basándose en título extrahipotecario**, lo hace apto

mente, ROCA SASTRE y ROCA-SASTRE MUNCUNILL admiten que pueda establecerse una relación entre el título real y la inscripción cuando dicen que «el *verus dominus* puede ejercitar una acción reivindicatoria o confesoria y lograr la cancelación» (80). Respecto de estas opiniones, sólo hay que aclarar que los autores que niegan la posibilidad de atacar la inscripción por los defectos del título material, pero aceptan en abstracto la posibilidad de impugnar esta inscripción, en realidad reducen la posible impugnación a los casos de vicios formales del asiento o de su proceso de realización, lo que supone reducir las posibilidades de impugnación a unos casos tan inusuales que, en el fondo, se asimila en gran manera a una negativa a un posible ataque a la inscripción. Frente a esta variante a la teoría general, el resto de los autores que se pronuncian sobre el tema, niegan la posibilidad de impugnación de la inscripción por vicios derivados del título material sobre el que se practicó la inscripción. Sin embargo, esta independencia que la mayoría establece entre la inscripción y el título material no debe hacer olvidar el enunciado del artículo 33 LH. Cuando el título material que dio lugar a la inscripción sea nulo, la inscripción no convalidará este defecto, pudiendo ser, sin duda, impugnada; y lo mismo veremos que puede hacerse en el caso de otros defectos del título. De todas formas, ya nos ocuparemos con mayor extensión de este tema más adelante.

Vamos a volver, pues, a las líneas generales de esta teoría para ver los argumentos que se invocan en su apoyo. El primer argumento al que se suele acudir es a la afirmación, sin mayor justificación, de que el artículo 35 establece una equiparación entre la inscripción y el justo título (81). Profundizando un poco más en esta línea argumental, se alude al tenor literal del citado artículo cuando establece que «será justo título la inscripción». Como dice GARCÍA GARCÍA, «lo que dice este artículo es claro y la doctrina no puede hacer decir al precepto lo que no dijo, ya que de nada servirían las leyes». AZPIAZU manifiesta esto con claridad cuando establece que el artículo 35 emplea diversas expresiones para referirse al justo título y a la posesión: «Se

para la usucapción ordinaria» (*op. cit.*, pág. 45). En el mismo sentido de estas opiniones doctrinales, la sentencia del Tribunal Supremo, de 3 de octubre de 1974, afirma también la necesidad de título material de base.

(80) *Op. cit.*, pág. 557. Al admitir este autor que la cancelación pueda venir determinada por el ejercicio de acciones extrarregistrales, está permitiendo la hipótesis de que se relacione la nulidad o inexistencia del título que dio lugar a la inscripción con la cancelación de la misma.

(81) Así, por ejemplo, ocurre con DE CASSO (*op. cit.*, pág. 196) que se limita a afirmar que «el artículo 35 consagra la usucapción tabular en términos absolutos y acertadamente, de acuerdo con los presupuestos registrales de legitimación y *fides pública*». Más patente es el caso de CANO TELLO (*op. cit.*, pág. 296) que dice simplemente que «el justo título resulta de la inscripción», o el de MANRESA (*op. cit.*, págs. 1150-1151), que cita sin más las opiniones de CASTÁN y de ROCA SASTRE, sin aportar él nada por su parte.

presumen, se presumirán dice siempre el Código Civil con machacona insistencia, en todos los artículos que establecen alguna presunción (...). Y cuando hace afirmaciones, siempre, siempre las mismas palabras: serán, son, y nunca, nunca, en esas o parecidas frases han visto los exégetas el perfil de ninguna presunción» (82). El artículo 35, por tanto, es muy claro en su expresión, eludiendo claramente la idea de presunción que pretende la segunda de las posturas. Completando este argumento, se manifiesta que esta interpretación literal queda todavía más patente cuando se continúa leyendo el precepto y se compara con lo que se regula sobre la posesión y la buena fe. En estos dos requisitos de la usucapión ordinaria sí que se habla con claridad de presunción, por lo que, *sensu contrario*, donde el artículo 35 LH no menciona tal presunción es que la misma no existe.

Este argumento no se puede dejar pasar sin indicar que una cosa es afirmar que es distinto el valor que se da en el artículo al justo título y a la posesión o la buena fe (lo cual resulta obvio por su redacción) y otra diferente es atribuir a la inscripción todas las características del justo título. Como ya se verá, la equiparación entre ambos conceptos se puede interpretar de forma distinta a la de plena identificación, resultando tal interpretación coherente, asimismo, con la dicción del resto del artículo.

Otro argumento al que se acude frecuentemente para justificar esta teoría es, simplemente, la cantidad de autores que han sostenido las mismas opiniones; cantidad que, sin duda, supera a la de partidarios de la teoría contraria. Con ello, se busca atribuir a esta primera posición un mayor valor sobre la base de su supremacía cuantitativa. Así lo hacen, por ejemplo, ALBALADEJO o GARCÍA GARCÍA (83). Pero también, pasando de lo cuantitativo a lo cualitativo, se acude a argumentos de autoridad, como son las opiniones de PORCIOLES y de ROCA SASTRE, favorables a esta línea argumental. El mayor valor de la opinión del primero de estos autores se debe a que fue Director General de los Registros en la época de la reforma de la Ley Hipotecaria de 1944, reforma de la cual fue máximo artífice. Se considera, pues, que la opinión de PORCIOLES equivale a la intención del legislador, siendo un criterio que se ha de tener muy en cuenta a la hora de interpretar el artículo 35. Por otro lado, el valor de ROCA SASTRE se encuentra en sus propios y reconocidos méritos como jurista.

(82) Más sobre el tema «La prescripción y el Registro», en *RCDI*, 1945, págs. 427-428. ROCA SASTRE y ROCA-SASTRE MUNCUNILL emplean este mismo argumento cuando establecen que «hay que distinguir entre una norma que contiene un *dicere* y la que contiene una presunción». El artículo 35 claramente establece en este punto para los citados autores un *dicere* (*op. cit.*, pág. 557). DÍAZ GONZÁLEZ (*op. cit.*, pág. 178), por su parte, se limita a decir que «el artículo 35 lo establece de forma imperativa». Finalmente, DE LA RICA (*La buena fe*, *op. cit.*, pág. 550) emplea también este argumento al decir que «lo determinante del artículo 35 no admite interpretaciones».

(83) Respectivamente, *La inscripción*, *op. cit.*, pág. 28, y *op. cit.*, pág. 1722.

A estos argumentos hay que otorgarles tan sólo el valor que se merecen. La diferencia numérica entre los partidarios de una u otra teoría no es tan destacada como pretenden estos autores. Si se coloca a cada autor realmente en la posición que defiende, es cierto que resulta haber más opiniones favorables a la teoría de la equiparación; pero no es una mayoría tan *aplastante* como se pretende. Pero, además, no hay que olvidar que el hecho de que una teoría tenga más seguidores que otra, no le otorga la razón a la misma, sino que son los argumentos que conduzcan a ella los que le pueden atribuir tal mérito. El juego de las mayorías en las democracias sirve para adoptar decisiones, no para aportar argumentos. Por otro lado, y por lo que respecta al argumento de autoridad aludido, al margen del profundo respeto que haya que manifestar frente a las opiniones de juristas tan destacados como los aludidos, acudir a este tipo de razonamientos siempre resulta discutible, pues dependen del valor reconocido del autor y de su genialidad manifiesta en el caso concreto. Si bien ROCA SASTRE es un autor de gran valía, no hay que despreciar tampoco a los que sostienen la postura contraria, ya que entre ellos también se encuentran juristas de gran mérito, cuya opinión se ha de tener muy en cuenta. Finalmente, la opinión de PORCIOLES puede que indique cuál era su intención cuando contribuyó a la reforma de la Ley Hipotecaria de 1944, pero no hay que olvidar que fueron más los autores de esa reforma cuya opinión se debería considerar y, además, habrá que ver cuál fue el resultado final que recoge la Ley Hipotecaria en definitiva, puesto que puede diferir de la intención original de su artífice.

Enlazando en cierto modo con esto, se citan argumentos de tipo histórico o de examen de la intención del legislador. GARCÍA GARCÍA y el mismo PORCIOLES hacen alusión a ellos (84). El primero de estos autores hace referencia a que la Exposición de Motivos de la Ley Hipotecaria de 1944 mencionaba que la prescripción que se recoge en el artículo 35 «convalida y ratifica» las situaciones registrales; vocablos que son interpretados por este autor como una confirmación de la equivalencia entre inscripción y justo título, aunque fuera nulo el título en que se apoya la inscripción. Sin embargo, hay que leer la frase completa de la Exposición de Motivos («se regulan dos clases de prescripción: la que convalida y ratifica las situaciones registrales, llamada prescripción tabular, y aquella otra que actúa en contra de los derechos inscritos»), para darse cuenta de que se hace referencia a esta función convalidante y ratificadora cuando se habla de la usucapión *secundum tabulas* —cuya misión ya se vio que era precisamente ésa: adecuar las situaciones registrales a la realidad— y como contraposición al otro tipo de usucapión regulada en el Registro (la usucapión *contra tabulas*) que parte del ataque a las situaciones registrales. Por tanto, del pronunciamiento de la Exposición de

(84) Respectivamente, *op. cit.*, pág. 1719, y *op. cit.*, pág. 187.

Motivos no es posible extraer la conclusión de que se equipara la inscripción al justo título, ya que no hay ninguna alusión a este importante extremo que alejaría la regulación hipotecaria de la civil, a diferencia de lo que ocurre con el artículo 36 LH, del que sí se explica, de forma más o menos clara y extensa, su contenido y relaciones con la regulación general.

Por su parte, PORCIOLES, del que se dice que con sus palabras transmite la intención del legislador en la reforma, es cierto que manifiesta con claridad su opinión de que «a la inscripción se le concede el carácter de justo título». Sin embargo, cuando se refiere a los trabajos de la Comisión redactora (y, por tanto, al conjunto de las opiniones de los artífices de la reforma) indica que en la parte relativa a la prescripción se establecía tal convalidación «si el titular registral hubiese obtenido **con arreglo al Código Civil**, la usucapión de los derechos» (la negrita es mía). Por lo tanto, parece que tal Comisión redactora partía de la base de que la usucapión se tenía que haber consumado por los cauces y con los requisitos del Código Civil. Esta misma dirección es la que sigue ese mismo legislador que se invoca a favor de esta postura, cuando manifestó que no se buscaba modificar el Código Civil en lo relativo a la usucapión.

Mayor importancia tiene la opinión que sostiene, entre otros, GARCÍA GARCÍA, conforme a la cual carece de sentido rebajar a una mera presunción la equiparación de la inscripción al justo título, ya que supone privar de contenido al artículo 35 LH (85). Desarrollando este argumento, considera este autor que la presunción de justo título que, según la teoría contraria, contiene el artículo 35, carece de valor puesto que se trata de una mera repetición de lo que establece el artículo 38 LH. Además, este pretendido valor de presunción que concede el artículo debatido carece de eficacia práctica, ya que resulta muy fácil la prueba en contra de la presunción. Este último argumento, sin embargo, entra en contradicción con otro que esgrime NÚÑEZ LAGOS (86), que aboga por la equiparación entre inscripción y justo título sobre la base del sistema registral. Según este autor, normalmente no cabrá prueba en contra de la inscripción (punto donde choca con la opinión de GARCÍA GARCÍA), salvo su falsedad, porque la inscripción no puede hacerse sin título. Por ello, resulta, de hecho, muy probable que la inscripción sea efectivamente justo título, ya que el sistema de calificación registral es muy estricto e impide por lo general el acceso al Registro de la Propiedad de situaciones que se apoyan en títulos nulos o inexistentes. Esto lleva a que, además, no se pueda demostrar en general que la inscripción no responde a la realidad. Con esta línea de argumentación NÚÑEZ LAGOS olvida el hecho señalado al

(85) *Op. cit.*, pág. 1714. La misma postura parece sustentarla ALBALADEJO (*La inscripción*, *op. cit.*, págs. 33-34).

(86) *La reforma*, *op. cit.*, pág. 21, nota 24.

comienzo de que sí es posible que falle el sistema de calificación registral, por no tener conocimiento los registradores de algunas situaciones que pueden determinar la nulidad o anulabilidad del título a partir del cual se practica la inscripción. El hecho de que normalmente no tengan acceso al Registro las situaciones basadas en títulos nulos o inexistentes, no puede llevar a afirmar que toda inscripción registral practicada tras ese estricto proceso de calificación quede exenta de la posibilidad de que exista algún defecto en ella. El propio sistema registral está reconociendo su falibilidad al incluir en su regulación artículos tales como el 33, 34, 35 ó 36. Todos ellos hacen referencia a situaciones que aparecen en el Registro de manera distinta a como son en la realidad. Se admite, pues, la discordancia entre la realidad y el Registro; discordancia que puede afectar a la validez del título que sirvió de base a la inscripción, cuyos defectos no quedan subsanados por su acceso al sistema registral, puesto que así lo establece expresamente el artículo 33. Pero volviendo a los argumentos de GARCÍA GARCÍA, tampoco es cierto que el artículo 35 se limite a repetir lo que contiene el artículo 38. De hecho, por lo que respecta al título, el artículo 35 parte precisamente de la base de que se ha destruido ya la presunción del artículo 38, ya que el presupuesto de la usucapción *secundum tabulas* es el de un titular registral que realmente no es titular real, motivo por el cual precisa de la usucapción (87). Por ello, el artículo 35 no contiene la presunción de titularidad (como recoge el 38 LH), sino sólo la prueba de la existencia de un título *ad usucapionem*. Consiguientemente no se puede afirmar que los dos artículos digan lo mismo; pero, aunque lo dijeran, tampoco se podría aludir este hecho como argumento en contra del segundo de ellos. La posible redundancia que contenga una norma en su articulado no debe ser interpretada necesariamente de modo negativo, sino que a veces se justifica, como ocurre en este caso, por motivos de mayor seguridad jurídica. Se repite un mismo principio en dos sedes para dejar claro y fuera de dudas su aplicación a ambos supuestos. Por lo tanto, aunque del artículo 38 se pudiera deducir el contenido del artículo 35, esto no debe

(87) A partir de estas palabras se podría considerar una contradicción el que se entienda derivado del artículo 38 el artículo 35, ya que parte precisamente de un supuesto de inexactitud registral. Sin embargo, la relación entre ambas normas se puede ver por otra vía. Si se entiende que la presunción de exactitud del Registro abarca también a los títulos (y los derechos que recogen) que dan lugar a las inscripciones que en él constan (ya que las mismas no se practicarían si no se partiese de la validez del título presentado), el resultado de esto sería que la presunción de exactitud que deriva del principio de legitimación incluiría también a los títulos y derechos publicados. Ese es el punto en que entronca con el artículo 35, puesto que el valor del mismo es también atribuir efectos provisionales a la inscripción como justo título sobre la base del título material que le dio lugar. De esta forma, el artículo 35 parte también de la exactitud de la inscripción (como presunción, al igual que se establece en el principio de legitimación), de ahí la relación con el artículo 38.

llevar necesariamente a un desvalor de la regulación más específica de la usucapión *secundum tabulas*, puesto que su bondad puede estar, precisamente, en manifestar de forma expresa para el caso concreto lo que se regula en general.

Este tipo de razonamientos sobre la utilidad del artículo 35 entronca con aquéllos que aluden a que la equiparación entre la inscripción y el justo título es la forma que tiene el Registro de la Propiedad de proteger a sus titulares. Se dice, además, que la equiparación deriva de la publicidad de la inscripción, propia del sistema inmobiliario (88). Pero que la identificación entre inscripción y justo título constituya una clara protección al titular registral no significa que sea la única manera de protegerlo o de beneficiarlo. Por otra parte, el efecto propio de la publicidad registral no es éste que se pretende, sino la cognoscibilidad de los asientos registrales; posibilidad de conocimiento que deriva en la oponibilidad de su contenido frente a terceros. Esto, traducido al campo de la usucapión *secundum tabulas*, pudiera significar que el verdadero titular del bien tiene la posibilidad de conocer de la existencia de un usucapiente a través de la inscripción que existe a su favor y que el Registro de la Propiedad hará prueba frente a él de la usucapión consumada; pero no necesariamente habrá de significar que esa inscripción que recoge el derecho del titular registral se deba equiparar a justo título. No se ve realmente la razón para dar este salto cualitativo entre el principio de publicidad registral y la equiparación entre inscripción y justo título; sobre todo cuando se acepta en general que el artículo 35 y su contenido derivan del principio de legitimación, no del de publicidad registral. Hay que recordar también que el propio sistema registral, a la hora de declarar la titularidad y posesión de aquéllos cuyos derechos constan en él, se limita a establecer presunciones (las del art. 38), con lo que no se puede aludir a una justificación directa e inmediata de la tesis de la equiparación en materia de usucapión, cuando lo que se regula en general del título es una simple presunción.

Para acabar con las razones que se aducen en apoyo de esta primera teoría, hay que referirse a los argumentos que examinan las relaciones que mantiene el artículo 35 LH con la regulación general de la usucapión ordinaria en el Código Civil y que concluyen que no hay una contradicción entre las dos regulaciones, sino una simple modificación (89). En todo caso, se

(88) GARCÍA GARCÍA, *op. cit.*, pág. 1718.

(89) ALBALADEJO (*La inscripción, op. cit.*, pág. 21), por ejemplo, establece que la equiparación de la inscripción al justo título ni deroga ni destruye lo que establece el artículo 1.954 del Código Civil, sino que es tan sólo una excepción al mismo. Hay que aclarar que si se trae a colación este argumento por parte de esta teoría es porque autores de la tesis contraria, como BÉRGAMO LLABRÉS (*op. cit.*, págs. 281-283), han señalado que la equiparación entre inscripción y justo título tropieza justamente con el obstáculo de lo que dispone tal artículo.

puntualiza (y así lo hace BADOSA COLL) que estas modificaciones que realiza la Ley Hipotecaria sólo son «para la usucapión», pero que aunque las mismas trascendiesen de este punto y derogasen artículos del Código Civil o modificasen su redacción, habría que tener en cuenta dos extremos: que la Ley Hipotecaria es *lex posterior*, respecto del Código Civil, pudiendo, por lo tanto, modificarlo y que el legislador puede establecer lo que desee al regular con posterioridad (de manera que si quiere suprimir el justo título y sustituirlo por la inscripción, puede hacerlo. Igualmente, si quiere que con la usucapión *secundum tabulas* se puedan usucapir la propiedad o los derechos sobre la base de títulos nulos, al igual que con la extraordinaria se permite hacerlo en el ámbito civil, sólo tendrá que disponerlo). Ahora bien, aun siendo cierta esta potestad del legislador, resultaría como mínimo contradictoria en este caso con la propia intención del legislador hipotecario —según la interpreta la mayoría de la doctrina—, ya que en esta materia se acepta, como vimos al principio, que la Ley Hipotecaria no deseaba alterar el Código Civil ni la regulación general de la usucapión.

2. La inscripción como presunción de justo título

En esta segunda tesis se encuentran autores como BÉRGAMO LLABRÉS, CALVO MEIJIDE, CASTÁN, CHICO Y ORTIZ y BONILLA, COSSÍO Y DEL CORRAL, CUESTA SÁENZ, LACRUZ (et al.), LUNA SERRANO, MORALES MORENO, PEÑA, PUIG BRUTAU, SANZ FERNÁNDEZ y SCAEVOLA. Esta lista, al igual que ocurría con la que se recogía en la teoría anterior, debe ser matizada y justificada, ya que los autores no siempre manifiestan sus opiniones con una claridad suficiente como para adscribirlos de forma indubitada a una u otra tesis. Uno de los casos controvertidos es el de COSSÍO Y DEL CORRAL, al que se suele situar en la posición contraria en los listados que recoge la doctrina. Sin embargo, su opinión parece clara cuando escribe que «el artículo 35 deduce de la inscripción una **presunción** favorable al titular del derecho inscrito a los efectos de la prescripción adquisitiva, de posesión pública, ininterrumpida, pacífica, de buena fe y **con justo título**» (la negrita es mía) (90). Así pues, parece inclinarse más por esta segunda teoría, al incluir entre las presunciones del artículo 35 la de justo título. En igual situación indeterminada se encuentra CASTÁN. Sin embargo, se ha optado por incluirlo en esta tesis, a pesar de que establece que el beneficio que recoge el artículo 35 es que la inscripción haga las veces de justo título, porque sólo acepta que esto suponga la derogación del artículo 1.954 del Código Civil, con lo que implícitamente asume que la

(90) *Op. cit.*, pág. 248.

equiparación no se produce hasta el punto de que se constituya la inscripción también en título verdadero y válido (91). Estas palabras, de todas formas, son interpretables, desde el momento en que no hace alusión este autor a otros argumentos en apoyo de su opinión, sea cual sea. Resulta parecido el caso de PUIG BRUTAU, el cual alude sólo a que «la inscripción coadyuva al proceso adquisitivo con presunciones que pueden quedar desvirtuadas mediante prueba en contra» (y cita la sentencia del Tribunal Supremo de 26 de noviembre de 1970 que, como veremos, se limita a repetir el tenor del art. 35) (92). Como el autor no añade más, parece que se decanta por considerar presunciones a todos los elementos que recoge el artículo 35, de ahí que se le incluya en este punto. Igualmente dudosa pudiera parecer la opinión de SCAEVOLA (93), al establecer que «el 35 constituye una mera presunción de existencia de título; pero presunción constitutiva de una apariencia (al igual que la del art. 448 del Código Civil)». Se le incluye aquí por admitir que se trata sólo de una presunción (aunque la misma genere una apariencia y con independencia de las consecuencias que de esto puedan derivar). Finalmente, en cuanto a PEÑA, dice ALBALADEJO que no toma partido. Sin embargo, sí que lo toma para negar la equiparación completa entre justo título e inscripción, ya que establece que «el artículo 35 supone que será justo título (formal) la inscripción; pero presunción *iuris tantum* de justo título material a los efectos de la usucapión» (94). Por tanto, sí parece clara su inclusión dentro de esta segunda teoría.

Examinada la adscripción de estos autores a la tesis que ahora se trata, hay que pasar a ver en qué consiste ésta. Al contrario que la opinión anteriormente examinada, sostiene esta otra posición que la inscripción no puede sustituir al justo título ni suplirlo en su función de transmitir la propiedad. Su única virtualidad es presumir la veracidad y validez del título que la misma recoge. Esto supone, como indica MORALES MORENO, que, por medio del principio de legitimación, la presunción de justo título posibilita que se admita inicialmente que el titular registral goza de justo título para la usucapión ordinaria; pero sin que tal presunción llegue a suplir este requisito, por lo que es posible destruir la apariencia que ofrece la inscripción. Por lo tanto, el valor que tiene la afirmación, «será justo título la inscripción» es el de facilitar la prueba de este requisito. No obstante, hay que indicar que no parece haber unanimidad acerca de si lo que se presume es sólo el contenido del artículo 1.954 del Código Civil o si también entra en la presunción lo que dispone el artículo 1.953 (95). También

(91) *Op. cit.*, pág. 393.

(92) *Fundamentos...*, *op. cit.*, pág. 331.

(93) *Código Civil*, tomo XXXII, vol. 1.º, Madrid, 1965, págs. 621-622.

(94) PEÑA, J. M., «Comentario de la sentencia del Tribunal Supremo, de 5 de abril de 1961», en *ADC*, 1962, pág. 800.

es dudoso si en opinión de estos autores se trata propiamente de una presunción, como juicio lógico a través del cual se deduce de un hecho base un hecho consecuencia (opinión que parece sustentar la mayoría), o más bien, se trata de una alteración de la carga de la prueba, de forma que el beneficio que aporta el artículo 35 consiste en que el verdadero titular tiene que destruir el carácter de justo título de la inscripción para conseguir la estimación de su pretensión. Aunque no hay acuerdo en este punto, en lo que sí coinciden estos autores es en que para destruir el beneficio del artículo 35 no bastará con efectuar prueba en contrario o destruir la presunción, sino que además se deberá instar la modificación del asiento del Registro, pues mientras subsista éste operará a favor del titular registral el citado precepto.

A partir de esta base, al igual que hicimos con la otra posición, vamos a ver los argumentos a que los que se acude para justificar esta segunda teoría; enumeración a la que habrá que añadir los razonamientos que se han empleado anteriormente para contestar algunas de las afirmaciones que hacían los partidarios de la tesis contraria, ya que en muchas ocasiones esta segunda tesis se plantea y se argumenta no como opinión en sí misma considerada, sino como posicionamiento de oposición a la primera opinión expuesta. Por ello, los razonamientos que aquí se exponen, más que construir la base sobre la que apoyar la teoría de que el artículo 35 contiene una presunción de justo título, se dirigen muchas veces a rechazar la opinión contraria.

Un claro ejemplo es el argumento que sostiene que la presunción legitimadora típica de la inscripción es *iuris tantum* y no *iuris et de iure*. Esto ya se mencionó como crítica a la opinión que pretendía que la equiparación de la inscripción al justo título era un efecto de la publicidad registral; pero se trata de un razonamiento que no sólo se emplea como rechazo a la tesis anterior, sino también como argumento sustantivo en sí mismo, aunque teniendo siempre presente la posición contraria. En ese sentido se refieren a él tanto BÉRGAMO LLABRÉS como MORALES MORENO o SANZ FERNÁNDEZ (96). Interesa destacar en especial la opinión de estos dos últimos autores. Distingue el primero, dentro de los efectos que genera el sistema registral, entre los que son de tipo provisional y los definitivos. En el primer grupo están aquellos que derivan de la presunción *iuris tantum* de pertenencia del derecho inscrito al titular registral (el ámbito, por tanto, del art. 38). En el segundo se encuentra la protección que supone la fe pública registral. No sería adecua-

(95) Así, por ejemplo, LUNA SERRANO («Comentario a los arts. 1.952 a 1.954 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1993, pág. 2134) establece que «la inscripción supone con alto grado de probabilidad que el título que da lugar a ella es verdadero y válido; pero en sí misma no prueba que el título inscrito sea apto para transmitir. Esto ha de ser objeto de prueba».

(96) En sus obras respectivas, ya citadas, págs. 281-283, pág. 1136 y pág. 532.

do incluir en este segundo grupo el artículo 35, si su contenido se interpreta como una equiparación entre inscripción y justo título que prescinda de la validez del título que dio lugar a la primera. No se puede prescindir de tal validez porque incluso en el ámbito del artículo 34 LH, que pertenece sin duda a este segundo tipo de efectos del sistema registral, se exige la validez del título material en virtud del cual adquiere el sujeto protegido. Completando este razonamiento de MORALES MORENO, se debería añadir, quizá, que no es posible incluir el artículo 35 entre los efectos derivados de la fe pública registral porque de donde realmente deriva es del principio de legitimación. A través de este artículo no se está protegiendo, por tanto, la confianza que tuvo el titular registral en el contenido del Registro —porque, como vimos, no es esencial para la aplicación de este precepto ni siquiera que el titular registral que lo invoca adquiriese de otro titular registral en cuya titularidad confiaba—, sino que se le están otorgando a este sujeto una serie de beneficios por el hecho mismo de ser titular registral y presumirse su titularidad. Por tanto, el lugar que ha de ocupar la regulación del artículo 35 es el de los efectos provisionales, como presunción *iuris tantum* del requisito del justo título para la usucapción *secundum tabulas*. En otro orden de cosas, SANZ FERNÁNDEZ, que basa también su argumentación en la relación existente entre los artículos 35 y 38, opina que establecer una equivalencia entre la inscripción y el justo título supone ir en contra del artículo 38 y de los efectos de la legitimación registral, que consisten tan sólo en una presunción *iuris tantum* de titularidad. Tal contradicción ha de resolverse a favor del artículo 38 LH, como base de ambos preceptos. Por ello, ha de concluirse que el artículo 35 produce iguales efectos que el artículo 38: una mera presunción. Esta teoría puede darse por válida siempre que se entienda que la relación entre los dos preceptos expuestos no significa equiparar o identificar el artículo 35 y el 38, puesto que no son lo mismo, como veremos; sino sólo que parten de una misma raíz, motivo por el cual se pueden influir mutuamente (97). El artículo 35 establece una prueba del justo título de usucapción, lo cual supone unos requisitos específicos y diferentes a los de la presunción general de titularidad del artículo 38. La diferencia no ha de buscarse, como pretendía la primera teoría examinada, en que uno de los artículos convalida el requisito del título y el otro sólo lo presume, sino en qué tipo de título se presume.

(97) Estas teorías son criticadas por GARCÍA GARCÍA, quien rechaza que se pueda incluir sin más el artículo 35 en el ámbito de los efectos propios del artículo 38 LH. Frente a la opinión generalizada, niega este autor que el artículo 35 sea una secuela del principio de legitimación registral. Se trata, en su opinión, de dos preceptos diferentes que no se pueden referir a una misma cuestión. En esta última parte del razonamiento tiene parte de razón el autor invocado, ya que a pesar de la relación entre el artículo 35 y el 38, no contienen ambos la misma cuestión, como veremos. Si bien los dos parten de la misma base, la regulación es distinta.

Pasando a otro tipo de argumentos, la doctrina que sostiene la tesis de que el artículo 35 contiene una presunción de justo título alude a que el hecho de atribuir a la inscripción la característica de justo título supone ir contra el sistema establecido en nuestro ordenamiento en el que la inscripción no es nunca por sí misma título (y mucho menos título y modo), ya que su carácter no es, en general, constitutivo. Son nuevamente SANZ FERNÁNDEZ y MORALES MORENO quienes aportan este argumento (98). El primero de estos autores lo emplea para criticar el caso concreto en que se lograra la inscripción sin que existiese título de base, estableciendo que atribuir en este caso la condición de justo título al asiento registral «violentaría nuestro sistema civil e hipotecario, según el cual la inscripción no es nunca, por sí sola, título ni modo para la transmisión de dominio». Por su parte, MORALES MORENO se limita a señalar en este caso que el Código Civil invoca para la usucapión un título material (no meramente formal) y que la inscripción no puede ser considerada tal título. Frente a esto opone GARCÍA GARCÍA que el artículo 35 no tiene por qué repetir los requisitos de la usucapión ordinaria, sino que puede establecer especialidades. Sin embargo, hay que recordar de nuevo el espíritu de respeto a la regulación civil que inspiró la legislación hipotecaria en esta materia. Por ello, aunque pueden admitirse algunas especialidades en la regulación de la usucapión *secundum tabulas* respecto a la usucapión civil ordinaria, esto no supone una carta blanca para introducir todo tipo de variaciones, y menos aún las que en el fondo conllevan la creación de un tipo diferente de usucapión.

Siguiendo esta línea de razonamientos que exponen SANZ FERNÁNDEZ y MORALES MORENO, y para acabar con las argumentaciones de esta teoría, se advierte por los defensores de la tesis de que el artículo 35 contiene una presunción, que la admisión de la equiparación entre la inscripción y el justo título puede llevar a resultados inaceptables y que chocan con el sistema de usucapión que regula el Código Civil, rompiendo con el espíritu de armonía que persigue la Ley Hipotecaria. Efectivamente, la equiparación que pretende la tesis contraria podría llevar a que se consumase una usucapión ordinaria *secundum tabulas* sin que hubiese existido título material, o a adquirir por usucapión un derecho configurado por la inscripción de forma distinta a la prevista por el título material válido, o a la desaparición de determinadas circunstancias que afectasen al derecho usucapido que no estuviesen inscritas (99). Frente a esta opinión, sostiene ROCA TRÍAS que la tesis de la equiparación entre la inscripción y el justo título tampoco permite en ningún caso que se consume una usucapión

(98) En sus obras respectivas, ya citadas, pág. 532 y pág. 1130.

(99) En este sentido se podría decir que operaría la usucapión *secundum tabulas* como una *usucapio libertatis*, basándose la adquisición como libre del dominio en la inscripción y no en la libre posesión, que es el fundamento de esta institución de Derecho Civil.

sin título, puesto que es la inscripción la que cumple el papel de justo título por equivalencia. La autora acepta implícitamente con estas palabras que la inscripción deba ser considerada título material y no meramente formal, ya que es este primero el exigido por la usucapión ordinaria. Sin embargo, esta posición resulta equivocada en el seno de nuestro sistema registral, en el que la inscripción, como se ha dicho con anterioridad, no es por sí misma nunca título, sino que, como mucho, lo presume. Por otra parte, admitir como justo título, sin más, la inscripción, prescindiendo de la realidad que se esconde detrás de ella, supone olvidar que nuestro sistema regula una usucapión *secundum tabulas* y no una usucapión tabular, con lo que no se puede prescindir en este tema de la realidad extrarregistral. A pesar de esto, continúa la citada autora criticando el argumento expuesto por los partidarios de esta segunda teoría, sobre la base de que la teoría de la equiparación entre inscripción y justo título no permite igualmente la consumación de una usucapión de forma distinta a la prevista por el título material. El concepto posesorio queda determinado por los actos del poseedor, no por la inscripción, siendo, pues, la posesión y no la inscripción la que configura la usucapión. Sin entrar en lo acertado de este argumento, tan sólo hay que señalar, que pretender una equiparación entre la inscripción y el justo título que prescinda del título material de base dará lugar necesariamente a contradicciones entre el pretendido justo título que se configura por la inscripción y la posesión que ostente el titular registral, lo cual puede resultar perturbador.

b) *La jurisprudencia sobre el tema*

El criterio que sigue el Tribunal Supremo a la hora de enjuiciar los supuestos de usucapión *secundum tabulas*, no es ni claro ni uniforme; más bien parece adoptar en cada supuesto la solución más adecuada a la justicia del caso. Suele señalar la doctrina que el Tribunal da bandazos en este tema, como queda demostrado por el hecho de que el inciso del artículo 35 que aquí nos ocupa («será justo título la inscripción») ha sido a veces interpretado como una simple presunción y otras como verdadera equiparación de términos, sin que unos u otros pronunciamientos respondan a períodos de tiempo delimitados o a ponentes concretos. Tampoco se puede afirmar que sea mayor en número de sentencias que se decanta por alguna de las dos teorías enunciadas, puesto que la diferencia es muy poco sensible (100). Esta existencia de líneas jurisprudenciales

(100) Pese a esto, tanto MORALES MORENO (*op. cit.*, pág. 1137), como PEÑA Y BERNALDO DE QUIRÓS (*op. cit.*, pág. 137, nota 37) señalan que generalmente se ha inclinado el Tribunal Supremo por la teoría de la mera presunción *iuris tantum* (aunque en la mayoría de los casos que citan a modo de ejemplo los vicios del justo título iban acompañados de la falta de posesión que hacían más fácil al Tribunal adoptar esta opinión).

contrarias y contradictorias provoca que la materia quede abierta al debate, de manera que acudir a la opinión de la jurisprudencia a favor de una u otra postura no resulta un argumento determinante. La jurisprudencia menor, procedente de las Audiencias Provinciales, tampoco merece la pena como punto de apoyo para ninguna de las dos teorías expuestas, ya que, si bien hace alguna referencia al artículo que aquí nos ocupa, no realiza aportaciones originales en este extremo, sino que en la mayor parte de los casos se limita a citar la doctrina de alguna sentencia del Tribunal Supremo.

Junto a esto, hay que partir de que no son muchas las ocasiones en las que se resuelva sobre esta cuestión. El perfil habitual de los supuestos que llegan ante el Tribunal Supremo es el de un poseedor extrarregistral que demanda a un titular registral, el cual opone el artículo 35 LH (por lo general cuando ya ha pasado el tiempo necesario para la consumación de la usucapión). La escasez de supuestos en que el titular registral puede hacer uso del artículo 35 es uno de los motivos que pueden justificar la falta de sentencias sobre el tema, pero se une a esto el hecho de que en muchas ocasiones la solución al caso viene determinada por la ausencia de alguno de los demás requisitos que exige la usucapión ordinaria al margen del justo título, con lo que la invocación del artículo 35 no constituye la *ratio decidendi* de la sentencia. Así ocurre en las sentencias de 4 de junio de 1960, 3 de mayo de 1974, 8 de mayo de 1992, y la sentencia de la Audiencia Provincial de La Coruña de 4 de diciembre de 1998, que se refieren al artículo 35 LH, pero sin entrar en su consideración a la hora de dictar el fallo, por tratarse de supuestos en los que no había existido posesión por parte del titular registral, no siendo necesario, por lo tanto, entrar en mayores disquisiciones. De forma similar, la sentencia de 6 de mayo de 1961, declara intrascendente entrar a determinar si existe o no justo título a favor del titular registral, al constar probado que lo que faltaba era su buena fe.

En ocasiones, sin embargo, la doctrina acude en apoyo de su opinión a alguna de estas sentencias cuyos pronunciamientos sobre el contenido del artículo 35 son meros *obiter dicta* (en tanto que no constituyen la base a partir de la cual se extrae la solución del caso). A modo de ejemplo, hay que citar una de las sentencias que más se mencionan como apoyo de la teoría de la identificación entre justo título e inscripción: la sentencia de 11 de noviembre de 1969, que resuelve sobre la posible usucapión de unos islotes situados cerca del litoral. La verdadera razón de que se desestimase en este caso el recurso de casación en el que se invocaba el artículo 35 es que faltaba la posesión en el titular registral. Pero junto a este rechazo, *obiter dictum* (según ALBALADEJO), el Tribunal Supremo expresa su opinión sobre el tema del justo título, dentro de un razonamiento más amplio. Así, parte la sentencia de que el sistema de usucapión *secundum tabulas* en nuestro Ordenamiento no se basa sólo en la inscripción. Ahora bien, sobre ésta dice que «dada la redac-

ción del mencionado artículo [se refiere al 35] la inscripción debe estimarse equivalente a justo título para usucapir, aunque esto no implica que sea título inatacable». Sin embargo, continúa, es necesaria siempre la posesión, y en este caso no concurre. Por tanto, lo relativo a la equiparación de la inscripción al justo título es parte del argumento de la que se podría realmente prescindir sin alterar el fallo, pues bastaría con decir que el sistema precisa, además de la inscripción, la posesión, y aquí no la hubo (101). Otro ejemplo es la sentencia de 27 de mayo de 1991, que resolvió sobre un supuesto en el que faltaba la buena fe y la posesión en concepto de dueño de los supuestos usucapientes, ya que eran varios los que poseían. La solución al caso se extraía, pues, de la ausencia de estos requisitos; pero el Tribunal Supremo estimó oportuno realizar una serie de consideraciones sobre el artículo 35, refiriéndose a que su finalidad es la de facilitar la usucapición, suministrando «al titular inscrito un equivalente del *iustus titulus* o *iusta causa usucapionis* consistente en la inscripción misma» (102). De todas formas, no hay que pensar que son únicamente los partidarios de la primera teoría los que acuden a este tipo de sentencias, sino que también encontramos ejemplos en la opinión contraria. Tal es el caso de la sentencia de 5 de abril de 1961, que recoge también un supuesto de ausencia de los requisitos para la usucapición ordinaria. El supuesto sobre el que se planteó el proceso versaba sobre el presidente de una cooperativa que adquiría unos terrenos para ésta, pero a su propio nombre, inscribiéndolos en el Registro de la Propiedad también a su nombre. Tras dicha adquisición, la cooperativa entró a poseer de forma pública, pacífica e ininterrumpida. Fallecido este sujeto, sus herederos reclamaban a su favor la usucapición *secundum tabulas*. Lo determinante en este fallo fue que el titular registral no había tenido la posesión de los bienes. Pero junto a esto se declara que esta solución no se impide por el artículo 35, ya que «la inscripción no

(101) A pesar de ello, recientemente ha sido reiterado lo que esta sentencia establece por la sentencia de la Audiencia Provincial de Teruel, de 11 de febrero de 1998, pero de nuevo se trataba de un caso en que realmente lo que faltaba era la posesión y la buena fe, con lo que sobran las consideraciones sobre el valor de la equiparación entre inscripción y justo título.

(102) Esta sentencia es citada recientemente por la sentencia de 26 de febrero de 1999, en la que de nuevo se rechaza la usucapición *secundum tabulas* por faltar las «condiciones de naturaleza extrarregistral» que dan lugar a la prescripción. En concreto faltaba la posesión ininterrumpida de los titulares registrales, puesto que había existido una interrupción de la misma. En todo caso, lo relevante de esta última sentencia es que, aunque parte de la cita de la sentencia de 27 de mayo de 1991, posteriormente al hablar del título del usucapiente, niega su existencia sin hacer mención alguna al artículo 35. Por tanto, resuelve la cuestión del título sobre la base del título material de dominio del que carecía el titular registral, prescindiendo, por tanto, de esa característica de *iustus titulus* o *iusta causa usucapionis* que le atribuía la otra sentencia a la inscripción. Esto, como mínimo, demuestra el escaso valor que tenían tales palabras en la sentencia aludida. Se trataba de un mero *obiter dictum*.

tiene en nuestro derecho carácter constitutivo y el hecho de aparecer registralmente inscrito a nombre de otra persona la propiedad, no envuelve de justo título para usucapir, existiendo tan sólo una presunción *iuris tantum*». Como consecuencia de esto, estimó el Tribunal Supremo que el titular registral no podía invocar el artículo 35. Igualmente, la sentencia de 3 de octubre de 1974, que se cita en apoyo de la teoría de la falta de identificación entre inscripción y justo título, resuelve en realidad un caso en el que los usucapientes carecían de posesión. El Tribunal Supremo afirmó el valor de presunción del pronunciamiento sobre la posesión en el artículo 35 y añadió que el citado artículo, derivado de la legitimación registral, consagra unas presunciones que no gozan de un valor absoluto, sino *iuris tantum*, susceptibles de ser desvirtuadas por prueba en contra. Sin embargo, no extrajo de ello consecuencias respecto al justo título, ni hizo referencia expresa al mismo.

Al lado de estas sentencias, en que falta alguno de los requisitos de la usucapión ordinaria, nos encontramos con otras en las que se invoca el artículo 35, pero no se resuelve nada sobre la cuestión del justo título, bien porque se limitan a transcribir su contenido, sin entrar a valorarlo (como en las sentencias de 7 de mayo de 1975 y 18 de febrero de 1987 y la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 29 de enero de 1998), o bien por tratarse de supuestos en que se puede resolver el caso por otra vía menos problemática (como la sentencia de 3 de julio de 1963, en la que el Tribunal Supremo resolvió el caso aplicando directamente el art. 34 LH y mencionando también como posible la aplicación de la usucapión extraordinaria, en vez del art. 35). Otras sentencias realizan la operación contraria, es decir, se pronuncian sobre el artículo 35, cuando en realidad el caso tendría que haberse resuelto por otra vía. Así ocurre con la sentencia de 22 de enero de 1969, en que se trataba de un supuesto de doble inmatriculación, lo cual, como vimos, inhibe la aplicación de las normas del sistema hipotecario. Se hace alusión, sin embargo, al artículo 35 (cuya aplicación al final se rechaza, por ser una norma hipotecaria) y se dice que la inscripción en el Registro de la Propiedad y los documentos aportados al pleito «constituyen el justo título que para la usucapión ordinaria del dominio exigen los artículos 1.940, 1.952 a 1.954 y 1.957 del Código Civil». Pronunciamiento que aparece empañado en su claridad por la equivalencia al justo título no sólo de la inscripción, sino también de los documentos, y que era innecesario por no ser aplicable al caso el artículo 35 (103).

(103) En este mismo sentido, ALBALADEJO (*La inscripción...*, *op. cit.*, pág. 8) critica esta sentencia con las siguientes palabras: «es ciertamente claro que el justo título no podría nunca estar integrado por el acto adquisitivo y la inscripción registral. O es título aquel, y la inscripción constituiría presunción de título, o es título la inscripción, según la letra del artículo 35. De modo que la sentencia no resuelve nuestro problema».

Sin embargo, junto a todas estas sentencias que, o bien carecen de opinión sobre el tema que aquí estamos tratando, o bien tal opinión no forma parte de la *ratio decidendi*, existen otras que sí se decantan en su fallo por una de las dos teorías enunciadas. La sentencia del Tribunal Supremo de 30 de abril de 1997 es un ejemplo de la tesis de que la inscripción equivale o se identifica con el justo título. Trataba un caso en que una orden religiosa franciscana solicitaba la devolución de determinados terrenos y edificios de los que fueron privados por la Desamortización y que estaban en la actualidad en poder de la Administración. La demanda se desestima por considerar que el Estado había adquirido los bienes por usucapión, ya que los poseyó a título de dueño y tuvo a su favor la inscripción. A raíz de eso, manifiesta el Tribunal Supremo que «la inscripción es justo título, tiene el valor de éste». Dicho sea de paso, había transcurrido de sobra el plazo para la usucapión extraordinaria, con lo que no era tampoco necesario acudir al artículo 35 y a su sistema. En apoyo de la teoría contraria, se suele aludir a la sentencia del Tribunal Supremo de 18 de junio de 1992, que resuelve sobre la reivindicación de una finca que había poseído el demandado largo tiempo, constando inscrita a su favor. Sin embargo, parece deducirse de los hechos que también el demandante tenía a su favor otra inscripción, con lo que no queda claro si se trataba o no de un caso de doble inmatriculación. El Tribunal Supremo rechaza que se pueda invocar en este caso una usucapión *secundum tabulas* del artículo 35, ya que «la inscripción en el Registro de la Propiedad tiene en general en nuestro Derecho Hipotecario carácter declarativo, y el hecho de aparecer registralmente inscrita a nombre de otra persona la propiedad, no envuelve de justo título para usucapir, existiendo tan sólo una presunción *iuris tantum* a su favor, que cede al producirse una colisión entre la situación real y la registral, por la prueba en contrario».

Esta predilección por una u otra interpretación del artículo 35 resulta a veces patente; pero en otras ocasiones es la interpretación de los partidarios de una u otra tesis lo que conlleva la adscripción de los pronunciamientos del Tribunal Supremo a una de las dos opiniones. Un ejemplo de esto es la sentencia de 26 de noviembre de 1970, de la que se dice que confirma la tesis de la equiparación entre inscripción y justo título. Se trataba de una adjudicación en subasta de unas fincas a un sujeto que procedió a su inscripción en el Registro. Posteriormente otro sujeto demandó reivindicando la propiedad de las fincas y alegó que el adjudicatario fue sólo mandatario suyo. Al declararse probada esta condición de mandatario en el adjudicatario, se estimó que faltaba el requisito de la posesión en concepto de dueño por parte del mandatario, lo cual determinó el fallo; pero además estableció el Tribunal que «el artículo 35 preceptúa que la inscripción será justo título presumiendo que se posee pública, pacífica, ininterrumpidamente y de buena fe». Por tanto, se dice que la presunción no se extiende al justo título, aunque en realidad es una

mera repetición del tenor literal del artículo 35. También la sentencia del Tribunal Supremo de 8 de mayo de 1982, se cita en apoyo de la primera teoría estudiada a partir de una interpretación de su contenido. Este caso versaba sobre una finca que se adquiere por herencia en una mitad indivisa y se transmite sucesivas veces en el tiempo. Al igual que en la sentencia anterior, el pronunciamiento favorable a la teoría de la equiparación ha de deducirse de lo que el Tribunal Supremo no dice. Así, afirma el Tribunal que el artículo 35 «contiene dos presunciones *iuris tantum* y como tales susceptibles de prueba en contrario, relativas a la posesión y a la buena fe». Por tanto, al no incluir el justo título entre tales presunciones, se deduce que no tiene tal carácter. De todas formas se critica la innecesariedad de tales afirmaciones, ya que en ese caso bastaba con haber negado la concurrencia de la buena fe en los usucapiantes, que es de hecho lo que determina el fallo.

Las interpretaciones de la doctrina sobre los pronunciamientos de las sentencias del Tribunal Supremo a veces se oponen dentro de una misma sentencia que se cita como justificación del parecer de unos y otros. Así ocurre con las sentencias de 4 de octubre de 1969 y 13 de mayo de 1970, que niegan que a través del artículo 35 se puedan convalidar actos nulos. Algunos partidarios de la primera teoría sostienen que esta sentencia confirma su tesis de que la inscripción es justo título de usucapión, ya que lo que se niega es que se convaliden actos nulos, pero no los que adolezcan de otros defectos, pues éstos quedan subsanados por la equivalencia de la inscripción. No obstante, GARCÍA GARCÍA (partidario también de la primera teoría) considera que excluir del artículo 35 los actos nulos supone vaciar de contenido la equiparación entre inscripción y justo título. También MORALES MORENO considera estas sentencias (en concreto la segunda) como un punto de apoyo a la teoría de la presunción de justo título, ya que demuestra que la inscripción no equivale sin más a justo título. Otro ejemplo de lo mismo es la sentencia de 22 de junio de 1972, que se suele incluir entre las sentencias que apoyan la tesis de la presunción de justo título. El caso que dio lugar al proceso versaba sobre una doble inmatriculación en la que, además, no hubo posesión por parte del que alegaba la usucapión *secundum tabulas*. Al examinar lo relativo a la posesión exigida por el artículo 35, señala el Tribunal Supremo que «no se establece únicamente la presunción de justo título en base de la inscripción», sino también la de posesión. No obstante, esta sentencia parece diferenciar entre la presunción de justo título y la de posesión, calificando a esta última de *iuris tantum*, con lo que su adscripción a esta tesis es dudosa, como señala ALBALADEJO, quien, de hecho, la incluye en la otra postura. Igualmente, la sentencia del Tribunal Supremo de 28 de marzo de 1980, se incluye por unos en la primera tesis y por otros en la segunda. De forma similar a la anterior, recoge un caso de doble inmatriculación en el que faltaba también la posesión por parte del titular registral demandado que invocaba a su favor

el artículo 35. Junto a esto, se habla de que el artículo 35 favorece el desarrollo de la usucapión para el titular registral «por dotarla en gran parte solo presuntivamente de todos los ingredientes necesarios para que actúe la prescripción ordinaria». De todas formas, al hacer referencia a que sólo en gran parte se dota presuntivamente, pudiera pensarse que no todos los ingredientes (y en concreto el justo título) carecen de este carácter de presunción, con lo que esta sentencia da pie a incluirla en ambas teorías, según cómo se interpreten sus pronunciamientos.

Estas diferentes interpretaciones de unas mismas palabras confirman lo dicho en un principio sobre la jurisprudencia: no se decanta claramente por ninguna de las dos posturas, motivo por el cual es muy escaso su valor en este tema. La confusión sobre el tema es patente y aunque sí existen pronunciamientos claros del Tribunal Supremo en apoyo de una u otra teoría, muchas veces no se pueden aportar como argumentos de apoyo de las mismas por tratarse de meros *obiter dicta* que carecen del valor de constituir jurisprudencia.

c) *La interpretación del inciso será justo título la inscripción*

Como se habrá deducido de las páginas precedentes, la opinión que aquí se sostiene en relación a este primer inciso del artículo 35 LH es que no resulta adecuada una equiparación total entre la inscripción y el justo título, en el sentido de que, prescindiendo de la existencia o validez del título que dio lugar a la inscripción se permita que se consume la usucapión. La base de esta argumentación está en que la Ley Hipotecaria no desea modificar el Código Civil y que, por tanto, lo que establezca con respecto de la usucapión no tiene que suponer una alteración sustancial de la regulación que hace el Código. Admitir en este punto la equiparación de inscripción y justo título podría llevar a prescindir realmente de este último requisito, con lo que se estaría permitiendo una usucapión abreviada diferente a la que regula el Código Civil, esto es, un *tertium genus* que no parece desear el legislador.

Rechazar esta teoría deja abierta la puerta, sin embargo, a una interpretación diferente del artículo 35 que coordine adecuadamente los beneficios de la inscripción en el sistema registral con el respeto de la regulación civil de la usucapión. Tal interpretación se establece sobre la base de que el inciso «será justo título la inscripción» supone que la inscripción es justo título a efectos del artículo 1.954 del Código Civil (104). De la misma forma que se

(104) Apoya esta tesis la opinión de MIGUEL GONZÁLEZ, J. M. (voz «Usucapión», en *EJB*, tomo IV, Madrid, 1995, pág. 6770), cuando dice que «la inscripción, en virtud del principio de legitimación registral, es lógico que proporcione una prueba del título, pero esto no significa que sustituya al título o haga irrelevante su nulidad».

interpreta en el artículo 464 (por parte de la doctrina minoritaria) que el mismo contiene una prueba del título a través de la posesión de buena fe, el artículo 35 supone para el titular registral que tiene facilitada la prueba del título a los efectos que indica el artículo 1.954 del Código Civil (105). Esta afirmación abre la puerta a dos tipos de consideraciones:

1. En primer lugar, tal interpretación no contraviene el tenor literal del artículo 35, ya que donde éste habla de que la inscripción *será* justo título se puede entender sin problemas que *lo probará* (en el sentido de que la inscripción equivaldrá a la aportación de la prueba del justo título). Será, pues, a esos efectos probatorios, el justo título; y seguirá siéndolo mientras que no se impugne tal carácter por parte de quien pretenda lo contrario. De esta manera, quien impugne, deberá probar la falta de justo título y no podrá afirmar que el usucapiente no haya probado este requisito. El beneficio que recoge el artículo 35 no consiste en una presunción, como parecía pretender la segunda de las tesis examinadas, sino que se trata de una verdadera inversión de la carga de la prueba. A efectos de prueba, por tanto, la inscripción será justo título, como dice el propio artículo 35 LH. Por tanto, es cierto que se equiparan el justo título y la inscripción, pero sólo en el plano de la prueba, no de la validez (a diferencia de lo que sostenía la primera de las teorías examinadas).

Esta interpretación, sin embargo, parece enfrentarse con la propia redacción del resto del artículo 35, ya que suscita la cuestión de por qué son diferentes las fórmulas con las que este artículo se refiere por un lado al justo título y, por otro, a la posesión y la buena fe, si en ambos casos el efecto es el de eximir de su prueba al titular registral que alega a su favor la usucapición. La diferencia se podría explicar estableciendo una relación de coordinación

(105) Este efecto es distinto del que se atribuye al artículo 448 del Código Civil. Como indica la sentencia del Tribunal Supremo, de 22 de mayo de 1999, el artículo 448 se emplea en los supuestos en que, ejercitada una acción reivindicatoria contra quien alega haber usucapido el bien reivindicado, el titular reivindicante no prueba su titularidad dominical. Sólo en este caso se aplica el artículo 448, eximiendo al poseedor en concepto de dueño del deber de probar su título de usucapición; pero si el reivindicante prueba su derecho, el poseedor quedará obligado a probar el hecho extintivo de la acción contra él ejercitada. Se trata, por tanto, de una norma que respeta las reglas generales de la carga de la prueba. Por el contrario, el efecto que establece el artículo 35 es el de invertir la carga de la prueba. El titular registral que alega la usucapición tiene la prueba de su título con la inscripción. Quien discuta la titularidad de este sujeto, se verá obligado a probar la falta de este requisito, ya que, si no realiza tal prueba se desestimará su pretensión. Por tanto, en el caso descrito, ante la prueba del título de dominio del reivindicante, al titular registral le bastará con oponer su inscripción. Trasladará con ello al reivindicante la carga de probar, en su caso, la falta de concurrencia de los requisitos de la usucapición y la inexactitud del contenido del Registro. Cf., al respecto, MIQUEL GONZÁLEZ, J. M. («Comentario al art. 448», en *Comentarios al Código Civil*, Madrid, 1993, págs. 1206-1208; y voz «Justo título», en *EJB*, tomo III, Madrid, 1995, pág. 3906).

entre los dos incisos del artículo 35, en vez de ver entre ambos una contraposición. Conforme a esta posible explicación, el valor de la conjunción «y» que une las dos partes del citado artículo sería el de suma o adicción, de manera que habría que entender que los dos incisos van en un mismo sentido y que lo que se regula es la enumeración de las presunciones que establece el artículo 35 a favor del titular registral. Aunque esta interpretación sea gramaticalmente correcta, no es la que habitualmente se da al tenor del artículo 35. Por ello, hay que salvar la objeción que la dicción del propio artículo 35 supone para la interpretación aquí sostenida a través de otro argumento. De hecho, la explicación ha de obtenerse de la propia regulación del artículo 1.954 del Código Civil, que exige expresamente la prueba del justo título; exigencia que no se manifiesta de igual manera en la regulación civil para la buena fe o la posesión. De esta manera, el contenido del artículo 35 reproduce la distinta regulación que recoge el Código Civil para los requisitos de la usucapión ordinaria y por ello establece una diferencia en su redacción. Por lo que respecta al justo título, respeta la exigencia civil de la prueba del título y admite que se ha de aportar un principio de prueba, pero a la vez la facilita, estableciendo que la inscripción será tal prueba. En cambio, respecto de la buena fe y la posesión no regula una inversión de la carga de la prueba, sino verdaderas presunciones, como ya veremos.

Siguiendo con este punto, afirmar que la inscripción es justo título, en el sentido de que lo prueba, no contraviene tampoco de forma directa el artículo 1.954, sino que supone el cumplimiento de lo que el mismo exige. Dice ese artículo, en concreto, que el justo título «no se presume nunca», y realmente con la interpretación que aquí se propone no se elude este requisito, sino que se cumple, ya que la inscripción, acreditada a través de certificación registral, es un medio de prueba real y será esto lo que deba exhibir el titular registral para que se considere que ha probado el requisito del justo título, recayendo en este caso en la parte contraria la prueba consistente en impugnar el contenido de dicha certificación y con ello, la inscripción misma. Pero, además, esta interpretación del artículo 35 se ha de completar con algo que veremos a continuación que es la exigencia de que la inscripción se fundamente en un título material válido, por lo que siempre habrá una base real en la que se apoye la pretensión del titular registral. En todo caso, si no se acepta esta explicación y se considera que la interpretación aquí propuesta contradice el artículo 1.954, no por ello se ha de concluir que el artículo 35 deroga este otro precepto. La regulación hipotecaria sería, en este caso, una excepción o modalización dentro del supuesto concreto de la usucapión *secundum tabulas* (106); excepción que no implicaría una modificación del Código Civil de

(106) Así parece aceptarlo PUIG PEÑA (*op. cit.*, págs. 292-293). La sentencia de la Audiencia Provincial de Burgos, de 29 de marzo de 1997, sin embargo, sí que habla de

tal entidad que contradijese la intención del legislador de la Ley Hipotecaria que tantas veces hemos puesto de relieve, puesto que facilitar de este modo la prueba del título no supone alterar de forma sustancial la regulación de la usucapión ordinaria, ni crear un nuevo tipo de usucapión. Como es lógico, una cosa es la usucapión y sus requisitos, y otra diferente, su prueba.

2. La segunda consideración que se ha de hacer a partir de la interpretación que proponemos es la relativa a qué le aporta al titular registral la equiparación entre inscripción y justo título a los efectos de la prueba del mismo. Hay que admitir que esta interpretación no conlleva un beneficio de grandes proporciones, o al menos no tan grande como el que resultaría de la aplicación de la primera teoría que analizamos. Pero tampoco se puede afirmar que la interpretación propuesta carezca de ventajas para el titular registral. Es cierto que el sistema registral regula un gran beneficio para éste en el artículo 34 LH, en el que, por la fuerza de la inscripción y el principio de fe pública se convalida de forma automática una adquisición *a non domino*. No obstante, el favorecimiento y protección del titular registral en el resto de los preceptos se desarrolla a través de presunciones, alteraciones de la carga de la prueba o disposiciones cuya fuerza no alcanza la del artículo 34, en tanto que no modifican situaciones jurídicas existentes. Por lo tanto, dar al artículo 35 valor de prueba del justo título, ni priva de beneficios al titular registral, ni le trata de forma distinta a como se le trata en general en el sistema hipotecario.

Si se observa atentamente, esta prueba facilitada resulta, además, una ventaja considerable para el titular. Al interpretar el contenido del artículo 1.954 del Código Civil, aluden los autores a que no sólo exige la prueba del justo título, sino también de su condición de verdadero y válido (107). Por lo tanto, cuando se equiparan a efectos probatorios el justo título y la inscripción, con la finalidad de cumplir la exigencia del artículo 1.954 del Código Civil, la inscripción se constituye en prueba de que el título del usucapiente es justo, así como verdadero y válido. Se favorece ampliamente al titular registral, que, a diferencia de los demás usucapientes, cumple el requisito de la prueba al presentar la inscripción que existe a su favor, tras pasando con ello la carga de impugnar lo que consta en la inscripción al que niegue su contenido.

De todas formas, aunque la prueba del título a través de la inscripción suponga la acreditación de su carácter de verdadero y válido, esto no puede llevar a prescindir de estos requisitos, ya que se estaría alterando sustancial-

esta derogación; pero no alude a que con ello se acabe con el sistema civil y, por tanto, no es contraria a lo aquí expuesto.

(107) En concreto es LUNA SERRANO (*op. cit.*, págs. 2133-2134) el que establece que este requisito exige la prueba de la idoneidad del título para transmitir, así como de su veracidad y validez.

mente el sistema del Código Civil. Por ello se ha de partir aquí de la misma premisa que con respecto al justo título: la inscripción hace prueba de la existencia de un título verdadero y válido a los efectos del artículo 1.953, pero no suple tales requisitos, sino que arroja la carga de probar su ausencia a quien discuta este carácter. Pero esto no impide que se pueda impugnar la inscripción que está en la base de esta prueba, no sólo por sus defectos formales, sino también por los defectos del título material o real que están en su base y que no quedan convalidados con el acceso al Registro. El artículo 35 ni modaliza ni excepciona el contenido del artículo 1.953 del Código Civil. Por tanto, si existe una inscripción, no se podrá atacar la usucapión por falta de prueba del título, pero sí se podrá impugnar su carácter de justo, verdadero o válido.

Esto nos lleva a la cuestión relativa a la posibilidad de que la usucapión *secundum tabulas* subsane algún vicio que afecte al título del usucapiente. Habiendo determinado que el valor de la inscripción en el artículo 35 no es el de sustituir este requisito del justo título, sino tan sólo aportar la prueba del mismo conforme a las exigencias del artículo 1.954 del Código Civil, la referencia a los vicios del título de usucapión no hay que entenderla hecha a los posibles defectos de que pueda adolecer la inscripción, sino a aquéllos que afecten al título de adquisición que justifica la transmisión producida a favor del usucapiente (108). No obstante, desde el momento en que tal título ha constituido la base sobre la cual se ha practicado la inscripción del Registro de la Propiedad, a partir de la cual alega el titular registral la usucapión *secundum tabulas*, no se puede afirmar que exista una independencia entre los vicios de este título material o real y la inscripción registral. Por el contrario, los defectos de que adolezca el título de adquisición del titular registral que determinen su nulidad, anulación o cualquier otro tipo de impugnación se transmiten a la inscripción, de forma que la declaración de nulidad, la anulación o la impugnación de cualquier clase del título que se encuentra en la base de la inscripción necesariamente debería conllevar la nulidad de la misma y la rectificación del contenido del Registro. Por ello, aunque aquí veamos los vicios que pueden afectar al título material de adquisición del usucapiente,

(108) Frente a esta opinión, ya vimos que GARCÍA GARCÍA (*op. cit.*, pág. 1739) prescinde del título material y le concede ese efecto a la inscripción, refiriéndole a ella los requisitos del justo título, verdadero y válido. Igualmente, ALBALADEJO, antes de su cambio de opinión (*La inscripción...*, *op. cit.*, pág. 30), parece remitir a la inscripción las características del justo título al exigir que se trate de una «inscripción realmente practicada que valga registralmente como tal». Ambos autores parten de la pretendida equiparación que realiza el artículo 35 entre el justo título y la inscripción, tesis que ya hemos anteriormente rechazado, por lo que, coherentemente con nuestra opinión, hemos de partir de referir los requisitos del justo título a aquél por el cual adquirió el titular registral usucapiente.

hay que recordar que los mismos constituyen también defectos, por así decirlo, materiales, de la inscripción (109).

Centrándonos ya en la cuestión que se planteaba, lo que se trata de ver es qué ocurre con los defectos que vician el justo título real o efectivo del usucapiente cuando el mismo posee el bien o derecho durante el tiempo que establece el artículo 1.957 del Código Civil, constando su adquisición en los libros registrales. Si bien ya vimos cómo la institución de la usucapición civil ordinaria no cumple esta función —sino la de subsanar los defectos derivados de la falta de titularidad del transmitente—, la cuestión que ahora hay que resolver es si puede la usucapición *secundum tabulas*, conforme a la regulación del artículo 35, convalidar este tipo de defectos o si, por el contrario, se sigue aquí el mismo principio que en la regulación civil. Esta última solución es la que nos parece correcta y coherente con las opiniones que se desarrollan en este estudio. La usucapición *secundum tabulas*, como reflejo hipotecario de la usucapición civil ordinaria (puesto que tal fue el deseo del legislador hipotecario de la reforma de 1944), sólo subsana los defectos de la transmisión derivados de la falta de titularidad o poder de disposición del transmitente; no los defectos del título, sean del tipo que sean (110). El hecho de que esta usucapición se desarrolle en conexión con los libros registrales no modifica este punto de partida, puesto que tal modificación supondría crear un nuevo tipo de usucapición que permitiese, en el plazo abreviado de la usucapición ordinaria, convalidar las situaciones que se remiten, en su caso, a la usucapición extraordinaria, como plazo prescriptivo general. Tal modificación no parece que fuera pretendida por el legislador hipotecario cuando promulgó el artículo 35,

(109) Junto a estos vicios materiales, la inscripción puede adolecer de otros de tipo formal derivados de algún tipo de defecto en el proceso de inscripción o en la inscripción misma. Este tipo de defectos pueden dar lugar a una impugnación de la inscripción que lleve a su cancelación. Tal resultado, sin embargo, no supondrá la destrucción del justo título que tiene a su favor el usucapiente (hasta entonces *secundum tabulas*), porque ya hemos visto que este justo título no es la inscripción, sino el título material por el cual adquirió y éste, seguirá cumpliendo ese papel mientras que no se le impugne por los defectos de que pudiera adolecer. Lo que supondrá la impugnación de la inscripción y su cancelación será el fin de las presunciones y beneficios en torno a la prueba de todos los requisitos de la usucapición. En todo caso, lo que nadie parece discutir es que estos defectos formales a los que aquí nos estamos refiriendo no quedan subsanados por la usucapición que, en su caso, se consume. Por tanto, la inscripción que adolezca algún tipo de vicio formal siempre será posible impugnarla, dentro de los cauces y plazos normales del Registro de la Propiedad.

(110) Así lo acepta de forma expresa la sentencia del Tribunal Supremo, de 18 de febrero de 1987, que ya hemos citado anteriormente, al establecer que «la *ratio* o motivación finalista del citado artículo 35 es posibilitar al titular registral adquirente de un *non dominus*, sin estar protegido por el artículo 34 de la propia ley, que pueda consolidar abreviadamente esta adquisición por vía de usucapición ordinaria, cuando de otra suerte debiera utilizar la usucapición extraordinaria; o bien la de facilitar la usucapición ordinaria en orden a la prueba de las circunstancias exigidas por ésta».

sino que su intención era la de respetar la regulación civil de la usucapión y, con ello, los tipos de usucapión existentes y sus requisitos (111). No se puede aceptar, por tanto, lo que sostiene parte de la doctrina respecto a la necesidad de que la usucapión *secundum tabulas* convalide los títulos que adolezcan de defectos de nulidad; opinión que se fundamenta sobre la base de que ése es precisamente el valor que cumple esta institución, que quedaría privada de contenido si se negase su utilidad para convalidar las adquisiciones basadas en contratos con algún tipo de defecto (112). Esta argumentación olvida que la usucapión que recoge el artículo 35 LH, como usucapión ordinaria, no desempeña esta función, sino la de convalidar las adquisiciones *a non domino* que no reúnan los requisitos del artículo 34. Por tanto, no es cierto, como pretenden estos autores, que negar esta convalidación de los defectos del título suponga privar de contenido al artículo 35, porque tal contenido viene conformado por la convalidación de esas otras adquisiciones no consumadas: las adquisiciones *a non domino* (113).

(111) Por ello, no se puede aceptar, como pretendía ALBALADEJO en un primer momento, que el artículo 35 pueda aplicarse para convalidar títulos defectuosos, ya que no distingue en su tenor literal la aplicación de los beneficios que contiene según si la inscripción proviene o no de acto nulo. Si bien es cierto que no hay distinción expresa en el artículo, viene implícito en la propia regulación de la usucapión ordinaria, que es lo que contiene este precepto, excluir los títulos con ese tipo de vicios, y es ésta regulación de la que parte la Ley Hipotecaria.

(112) Así lo manifiestan autores como BORRELL Y SOLER (*op. cit.*, pág. 283) y CALVO MEJIDE («Reflexiones sobre la usucapión y la protección registral del tercero hipotecario. Comentarios al art. 36 de la Ley Hipotecaria», en *AcCiv*, 4, 1999, pág. 133). Por su parte, ALBALADEJO se muestra en un principio partidario de esa postura (*Derecho...*, *op. cit.*, pág. 206); pero la rectifica en su *Comentario* (*op. cit.*, pág. 327) con las siguientes palabras: «¿Para qué la usucapión?, para con título plenamente válido usucapir las cosas que nos enajenó quien no era su dueño». Acepta, por tanto, que ésa sea la única utilidad de la usucapión ordinaria.

(113) Un equívoco similar es el que se produce entre aquellos autores que, a la hora de examinar el requisito del justo título que exige la usucapión ordinaria, manifiestan que no tiene sentido exigir del mismo una validez total, porque en tal caso, se priva de sentido a la usucapión; basta con que concurren las circunstancias que exija el sistema para el otorgamiento (el art. 1.261 del Código Civil), contenido o legitimidad del título (por ejemplo, la licitud, respeto de normas imperativas o la ausencia de prohibiciones). Se plantea en este sentido DE LA CÁMARA («Contribución al estudio del art. 464 del del Código Civil», en *RDN*, 1979, pág. 60, nota 91), qué sentido tendría exigir una validez total, ya que «si ese título reuniera todos los requisitos precisos para ser eficaz, la usucapión sobraría, pues por obra del título se habría adquirido la propiedad». El error en este caso no se limita al hecho de que se olvida que la usucapión ordinaria y, por extensión, la usucapión *secundum tabulas*, se emplea para otro tipo de situaciones, sino también en remitir el efecto del traspaso de la propiedad únicamente al título. Esta afirmación merece ser criticada, puesto que remite a un sistema como el francés, en que la transmisión se produce *solo consensu* y que no responde a la regulación que existe en nuestro derecho, donde se exige para la transmisión del dominio y los derechos reales no sólo el título, sino también el modo (art. 609 del Código Civil). Es en este segundo elemento donde se

Por otra parte, hay que preguntarse también si realmente se puede afirmar que el artículo 35 LH permita realizar esta convalidación de los defectos materiales que determinen la nulidad, anulación o impugnación en general del título material en el cual se apoya la inscripción o si esto contradice al propio sistema registral. Si interpretamos este precepto de forma sistemática, la respuesta a esta cuestión debe ser negativa ya que, dentro del mismo texto legal, el artículo 33 proclama expresamente que «la inscripción no convalida los actos o contratos que sean nulos con arreglo a las leyes». De ello se deduce con claridad que mediante la usucapión *secundum tabulas*, que recoge el artículo 35, no se podrán subsanar aquellos títulos que sean radicalmente nulos. Sin embargo, este tenor literal del artículo 33 LH no ha de llevarnos a pensar que los demás defectos («menores», por así decirlo) sí puedan ser convalidados por el sistema registral. El acto o contrato viciado de un defecto que pudiera determinar su anulación, resolución o rescisión no queda tampoco sanado por su acceso al Registro de la Propiedad. Lo que el Registro le proporciona a este tipo de actos o contratos es una apariencia en virtud de la cual el titular registral en estas condiciones podrá actuar en el tráfico. Pero este principio de la legitimación no equivale a una verdad inatacable, sino a una presunción *iuris tantum* de veracidad del contenido del Registro. La inscripción registral no hace decaer automáticamente las acciones de impugnación que hasta entonces pudieran ser ejercitadas; tales acciones podrán ser aún invocadas con éxito, obligando con ello a una rectificación del contenido del Registro. Incluso en el caso del artículo 34 LH, por cuya virtud se consolida una adquisición que resulta ser *a non domino* por haber sido impugnado con éxito el título del transmitente de este tercero de buena fe, el efecto del Registro no es el de validar o subsanar ese defecto del contrato por el cual adquirió el transmitente del tercero, sino perfeccionar o convalidar la transmisión operada a favor del sujeto protegido por la fe pública registral; sujeto del cual se exige, a su vez, que haya adquirido válidamente, esto es, en virtud de un título apto para transmitir la propiedad que carezca de defectos que lo invaliden (114). Esto es así porque lo único que se subsana a través del

encuentra el defecto que impide la transmisión de la propiedad: la falta de titularidad del transmitente. Como afirma MIGUEL GONZÁLEZ, J. M. («Presunción de propiedad y exhibición del título», en *Centenario del Código Civil*, tomo II, Madrid, 1990, pág. 1341, nota 16), «el defecto de titularidad del transmitente no es un vicio del título, por ello la usucapión no sobra, aunque se exija que el título sea verdadero y válido». Esta misma opinión la ha reiterado en varias de sus obras, tanto anteriores (*La posesión...*, *op. cit.*, págs. 349 y sigs.), como posteriores (*El registro...*, *op. cit.*, págs. 49 y sigs.).

(114) Así lo declara la sentencia del Tribunal Supremo de 19 de octubre de 1988: «La jurisprudencia (...) proclama que para el surgimiento de la figura del tercero hipotecario, conforme a los requisitos que exige el artículo 34, el acto adquisitivo del tercer adquirente (presunto tercero hipotecario) ha de ser necesariamente válido, pues dicho precepto sólo protege frente a la nulidad del acto adquisitivo anterior, no del propio».

artículo 34 es la falta de titularidad del transmitente; elemento que, como hemos repetido varias veces con anterioridad, forma parte del requisito del modo, no del título. A partir de esto, hay que concluir que la interpretación del artículo 35, favorable a que a través del mismo se convalida cualquier tipo de defecto del título del usucapiente, contradice directamente la esencia del sistema registral que, por definición, no subsana los defectos de los contratos que a él accedan.

A pesar de lo dicho, un sector de la doctrina se muestra disconforme con el argumento sistemático de la regulación hipotecaria sobre la base de que la aplicación del artículo 35 en el caso de títulos nulos no supone ir contra el pronunciamiento del artículo 33, porque no se trata en este caso de una convalidación general de tales títulos, sino tan sólo su convalidación a efectos de usucapión (como si con esta concreción se eludiese la posible contradicción con el artículo 33) (115). Se argumenta también que a lo que se da valor y efectos no es al título, sino a la inscripción (116), razonamiento que deriva de la equiparación entre justo título e inscripción, y que hemos de rechazar no sólo por lo inadecuado de esta interpretación, sino también porque, como ya hemos visto, tampoco existe una independencia entre estas dos instituciones, sino que los defectos del primero se transmiten a la segunda. Por ello, aunque se considerase que a lo que se otorga realmente efectos es a la inscripción, la misma estaría viciada por el defecto de que adoleciese el título material que le sirvió de base. Sin embargo, estos autores van más allá y consideran que, en todo caso, si su argumentación contradice el artículo 33, habrá que interpretar que el artículo 35 excepciona en este punto al 33, de manera que su relación dentro del mismo cuerpo legal es la de regla-excepción. Esta argumentación no se puede admitir; es un recurso demasiado sen-

(115) Con mención de éstos y de otros argumentos, aceptan la posibilidad de que la usucapión *secundum tabulas* permita la convalidación de títulos nulos, los siguientes autores: BADOSA COLL («Justo título», en *NEJ*, tomo XIV, Barcelona, 1971, pág. 698), BÉRGAMO LLABRÉS (*op. cit.*, págs. 277 y 282), GARCÍA GARCÍA (*op. cit.*, págs. 1711 y 1718-1720), NÚÑEZ LAGOS (*Dos acciones*, *op. cit.*, pág. 19), PORCIOLES (*op. cit.*, pág. 178), ROCA SASTRE y ROCA-SASTRE MUNCUNILL (*op. cit.*, pág. 556), y ROCA TRÍAS (*op. cit.*, pág. 45). Junto a ellos, ALBALADEJO (*Derecho...*, *op. cit.*, pág. 211), mantiene esta opinión en sus primeros trabajos, pero la rectifica posteriormente en *La inscripción* (*op. cit.*, pág. 30) al establecer que «la inscripción ha de basarse en título material válido». Por otra parte, la posición de ESPÍN CÁNOVAS (*Manual...*, *op. cit.*, pág. 209) no está del todo clara, ya que, si bien parece rechazar la posibilidad de que se convalide un título nulo, acepta que el mismo pueda desempeñar efectos como justo título, con lo que su postura no queda fuera de dudas.

(116) Tal es la opinión que manifiestan, entre otros, ALBALADEJO (*Derecho...*, *op. cit.*, pág. 211), aunque posteriormente la rectifica en *Comentario* (*op. cit.*, págs. 323-327); BÉRGAMO LLABRÉS (*op. cit.*, pág. 282) y GARCÍA GARCÍA (*op. cit.*, págs. 1718-1719). BADOSA COLL (*op. cit.*, pág. 698) establece que esta convalidación supone, en realidad, que la inscripción «crea realmente un nuevo título autónomo con virtud *per se*».

cillo acudir ante una contradicción a la teoría de la relación regla-excepción, sin buscar realmente una interpretación sistemática que mantenga ambos artículos. No se puede aceptar que el artículo 35 sea una excepción al artículo 33, porque el propio contenido del artículo 35 contradice esta solución. Desde el momento en que el mismo recoge la regulación de una usucapión ordinaria, ha de partir de los requisitos de la misma y, en concreto, de la exigencia de justo título, verdadero y válido, requisito a partir del cual se justifica la mayor brevedad del plazo para usucapir. Esto, excluye de principio los títulos nulos a los que se refieren estos autores. Tales títulos pueden ser justos (en cuanto que aptos en abstracto para transmitir la propiedad), pero no serán verdaderos ni válidos; elementos que no pueden ser sanados a través de la usucapión ordinaria que parte, precisamente, de este presupuesto. Si se intenta prescindir a través del sistema hipotecario de esta exigencia del artículo 1.953 se altera sustancialmente el sistema civil, puesto que se elimina uno de los principales elementos de la usucapión ordinaria. La jurisprudencia apoya esta opinión y rechaza de forma unánime la aplicación de la usucapión *secundum tabulas* cuando se trata de un título nulo. Sirvan de ejemplo las sentencias del Tribunal Supremo de 23 de octubre de 1954, 13 de mayo de 1963, 11 de diciembre de 1965, 4 de octubre y 5 de diciembre de 1969 y 13 de mayo de 1970 (117). Sin embargo, sí que hay sentencias que admiten la aplicación del artículo 35 los casos de titularidades impugnables, a pesar de los argumentos aquí empleados. Así, por ejemplo, las sentencias del Tribunal Supremo de 14 de abril de 1958, 13 de mayo de 1963, 25 de junio de 1966, 6 de junio de 1969 ó 4 de octubre de 1969 (118). Pero ésta no es la jurisprudencia dominante, ya que en este tema el Tribunal Supremo tampoco mantiene una opinión unánime. De hecho, en algunas de las sentencias en que se niega la posibilidad de aplicar el artículo 35 a los títulos nulos, como la sentencia de 8 de mayo de 1982, se extiende esta negación a los títulos que adolezcan de cualquier vicio (119).

(117) La sentencia citada de 13 de mayo de 1970, establece que «cuando se está en presencia de un acto nulo con nulidad absoluta, lo cierto e indudable es que lo que no existe no puede producir efecto alguno, ni registral, ni extrarregistral».

(118) Dispone esta última sentencia que «el artículo 35 abarca la amplia gama de los contratos meramente susceptibles de invalidación, comprendido a los anulables, rescindibles, revocables o resolubles y a las adquisiciones no derivadas del legítimo dueño, pero no a los actos jurídicos inexistentes o incursos en nulidad radical». Ahora bien, tal sentencia, a pesar de su claridad, resulta incongruente, ya que exige junto a esto que el que aplica el artículo 35 a su favor sea tercero. Como ya vimos, tal situación es propia de los casos en que falta para la transmisión del dominio o derecho real la titularidad del transmitente, mientras que lo normal en los casos de vicios del título en general es que se dé una situación de *parte*.

(119) Esta sentencia establece que la inscripción no purga «defectos sustanciales» y deja entrever que considera como tales a otros, además de los de nulidad o inexistencia. Junto a ella, también las sentencias del Tribunal Supremo, de 23 de octubre de 1954 y

Por tanto, para concluir con este punto, hay que establecer que la usucapión *secundum tabulas*, al igual que la usucapión ordinaria en general, cumple únicamente la misión de convalidar las adquisiciones operadas *a non domino*. El contenido del artículo 35 LH no se puede emplear para convalidar a través del Registro de la Propiedad los defectos de los que adoleciera el título de adquisición en el que se basa el usucapiente. Estos defectos subsisten, por tanto, aún después de transcurrido el plazo necesario para la usucapión. El primer inciso del citado precepto cubre el requisito que exige el artículo 1.954 del Código Civil; pero no sustituye, ni olvida al artículo 1.953 del mismo texto legal.

Siguiendo la tesis que se desarrolla en este trabajo, hay que completar la argumentación viendo qué efectos distintos de la convalidación, despliega el artículo 35 sobre estos títulos viciados. La apariencia que engendran tales títulos a través de la inscripción les otorga cierto grado de eficacia (meramente probatoria, como se viene interpretando), en tanto que un juez no declare su nulidad o los impugne. Si tal declaración se produce, la situación se retrotraerá al momento anterior al comienzo del vicio, sin que pueda oponerse la usucapión ordinaria consumada, pues, a falta de justo título material, dicha usucapión nunca existió. El Código Civil exige para la usucapión ordinaria un título perfecto, válido y buena fe, elementos ambos que estima necesarios para abreviar el plazo de posesión y consagrar en menos tiempo lo que, a fin de cuentas, significa privar a un sujeto de su propiedad. Conforme a la interpretación aquí sostenida, en tanto no se obtenga su anulación, el título impugnado, nulo o inexistente que queda probado con la inscripción podrá ser todavía alegado. Ahora bien, se podrá impugnar mientras dure tal acción, atacando el vicio que está en la base del título que se aporta para la usucapión. Tal impugnación deberá (y podrá) ir dirigida también a la inscripción (cuya vigencia depende también de lo que se deduce sobre el título material en cuya base se practicó), puesto que si la misma se mantiene, a pesar de la anulación declarada del título, seguiría desplegando sus efectos (120). Así pues, se tendrá que acudir también a la rectificación del Registro inexacto. El artículo 40.d) LH permite expresamente la rectificación de los asientos por inexactitud procedente de falsedad, *nulidad, o defecto del título*, lo cual es un nuevo punto de apoyo a la teoría aquí sostenida de que estos defectos no los subsana la inscripción.

4 de octubre de 1969, no sólo niegan que tenga efectos el artículo 35 respecto de los títulos nulos, sino que tampoco parecen admitir efectos para los que adolezcan de otros tipos de vicios. También hay que recordar que existen sentencias que llevan implícita esta negación en su contenido, como es el caso de aquéllas que entienden que el artículo 35 sólo recoge una adquisición *a non domino* (sentencia de 18 de febrero de 1987).

(120) Asimismo opina MIGUEL GONZÁLEZ, J. M. (voz *Usucapión...*, *op. cit.*, pág. 6771) que sostiene que «la inscripción no convalida la nulidad de un título, pero obliga a atacar la inscripción si se quiere atacar la usucapión por falta de título».

Esto último nos lleva a una cuestión diferente con la que se ha de acabar este apartado y que es la relativa al plazo y motivos que pueden llevar a la impugnación de una usucapión consumada conforme al artículo 35 LH. Como señala GARCÍA GARCÍA (121), este tema está muy ligado con la solución que se haya dado a las relaciones entre inscripción y justo título, ya que, en principio, la coherencia lleva a aceptar que si se establece entre ambos elementos una equiparación, una vez consumada la usucapión no cuentan los vicios del título material (ya que es la inscripción la que cumple la función del justo título y sólo por sus posibles defectos se podría atacar). Por el contrario, si se acepta la teoría de la presunción, siempre se podrá impugnar la usucapión por falta de título cuando el mismo no hubiera reunido los requisitos del artículo 1.953 del Código Civil. Este vicio del título permitirá atacar también la inscripción que sirve de base a las presunciones del artículo 35, estableciendo con ello su fin. El problema se centra, pues, en la impugnación de la usucapión por defectos del título material. Esta cuestión parece plantearse sólo entre la doctrina, porque, aunque los casos que llegan al Tribunal Supremo suelen contemplar impugnaciones posteriores a la consumación de la usucapión (así, por ejemplo, en las sentencias del Tribunal Supremo de 6 de mayo de 1951 y 4 de octubre de 1969), no se plantea este Tribunal si es pertinente o no en tal momento la impugnación. Igualmente, no parece que se cuestione la posibilidad de que se pueda impugnar tal usucapión por defectos distintos a la falta de título. Algunos autores distinguen, de hecho, entre ambos tipos de defectos, afirmando la posibilidad de impugnación tras la usucapión «sólo para la falta de posesión» o, más claramente, «no por vicios de título». Otros autores, sin embargo, afirman o niegan tal posibilidad de ataque de la usucapión consumada con independencia del requisito cuya falta de cumplimiento se alegue (122).

Tampoco parece dudarse de la posible impugnación de la usucapión mientras que no se haya consumado, por ejemplo, mediante el ejercicio de una

(121) *Op. cit.*, pág. 1741.

(122) Entre los autores que distinguen, según el defecto, se encuentra GARCÍA GARCÍA (*op. cit.*, pág. 1724), que cita la opinión de NÚÑEZ LAGOS (*Dos acciones, op. cit.*, págs. 17-18). Por otra parte, algunos de los autores que no establecen distinción y aceptan la impugnación tras la consumación de la usucapión son LACRUZ, y cols. (*Elementos...*, *op. cit.*, pág. 211); MORALES MORENO (*op. cit.*, pág. 1141) y ROCA SASTRE y ROCA-SASTRE MUNCUNILL (*op. cit.*, pág. 565), el cual, sin embargo, restringe esta posibilidad de impugnación hasta la consumación de la usucapión extraordinaria. ALBALADEJO ha variado en este punto su postura, ya que en *Derecho...* (*op. cit.*, págs. 206-207) negaba la posibilidad de impugnación posterior a la usucapión, aceptándolo sin embargo en *La inscripción* (*op. cit.*, pág. 32). Finalmente, contrarios a la impugnación tras la usucapión, se muestran BÉRGAMO LLABRÉS (*op. cit.*, pág. 284), COSSÍO y DEL CORRAL (*op. cit.*, pág. 255) y LUNA SERRANO (*op. cit.*, págs. 2131-2132), *op. cit.* De esta misma opinión parece ser la sentencia del Tribunal Supremo, de 10 de noviembre de 1955, cuando dice que «la usucapión subsiste a pesar de la anulación posterior del título».

acción reivindicatoria o confesoria del verdadero titular; pero en tal caso se hablará de interrupción de la posesión (natural o civil) y no de impugnación de la usucapión, puesto que en tanto no se consume la usucapión no existe como tal, sino que sólo hay *possessio ad usucapionem*. El artículo 35 LH, a diferencia del 36, no ofrece protección a esta usucapión *en curso*, por lo que su interrupción no ofrece dudas (123). Ahora bien, en este caso de interrupción es todavía más importante acabar con la inscripción que consta a favor del usucapiente en el Registro de la Propiedad, ya que, si no se cancela, seguirá desarrollando sus efectos presuntivos y, aunque probablemente falte ya la buena fe, sí podrá tener efectos de cara a la alegación de una usucapión extraordinaria (si es que ha seguido poseyendo el usucapiente cuya posesión se interrumpió).

Volviendo al tema, lo lógico y coherente con la postura aquí sostenida es aceptar que pasado el plazo de la usucapión sin haber sido impugnada, puede la misma atacarse si se estima que faltó alguno de sus requisitos, sea el justo título (válido y verdadero), la posesión o la buena fe. La inscripción en la usucapión registral se puede atacar por los vicios del título en cuya base se practicó, al igual que en la usucapión extrarregistral se puede impugnar el título material. A fin de cuentas, hay que recordar que si se permite el efecto de la adquisición en el usucapiente es porque el mismo reúne una serie de requisitos que el Ordenamiento valora. Si resulta que alguno de estos requisitos ha fallado, no se podrá decir realmente que la usucapión se haya consumado, o que haya existido siquiera, siendo posible, por lo tanto, su discusión.

La última cuestión que queda por dirimir es si existe algún plazo para realizar la impugnación. La solución a este tema parece que ha de pasar por distinguir entre los diversos requisitos que se exigen para la usucapión. Por lo que respecta a la ausencia de buena fe, se ha de limitar la posible impugnación al transcurso del plazo para la usucapión extraordinaria. Se podrá impugnar la usucapión en tanto no se consume la misma extraordinariamente, ya que este tipo de usucapión no precisa buena fe. En el caso de los defectos del título, la solución ha de ser la misma: una vez transcurrido el plazo de la usucapión extraordinaria no se podrá impugnar ya por ese motivo la usucapión consumada, porque este elemento no es necesario en esta otra modalidad de usucapión. El plazo de los treinta años, transcurridos los cuales se consuma

(123) La usucapión en curso no queda protegida por el artículo 35, en el sentido de que no se equipara a una usucapión ya consumada, con lo que no se entiende convalidada la adquisición. Pero el titular registral que está usucapiendo sí podrá verse favorecido por las presunciones que establece a su favor el artículo 35, de manera que será quien impugne su posesión el que haya de probar la falta de concurrencia de los requisitos de la usucapión.

la usucapión ordinaria, es, por tanto, el límite general fuera del cual ya no se puede impugnar la usucapión por la falta de buena fe o del título (124). En ese punto dejaría de poder ejercitarse la acción de nulidad y todas las demás acciones, puesto que se interpondría una situación (la usucapión extraordinaria) a la que el Ordenamiento valora lo suficiente como para permitir que a través de la misma se convaliden todo tipo de adquisiciones (mediando la posesión y el paso del tiempo) (125). En esta tesitura, la impugnación de la inscripción por nulidad del título de base podría llevar a la cancelación de la misma, y con ello a la pérdida del que fue titular registral de los beneficios del artículo 35. Esto no llevaría, sin embargo, a dejar sin efecto la usucapión extraordinaria que había consumado (que prescinde del justo título, de manera que la inscripción no le aporta en ese sentido ningún beneficio), pero sí a que se viese obligado a probar sus elementos (la posesión), al no favorecerle ya en ese sentido el artículo 35 LH.

Finalmente, en cuanto al requisito de la posesión, se trata de un elemento que exigen tanto la usucapión ordinaria como la extraordinaria. Por ello, no puede referirse el plazo de la impugnación de la usucapión por este motivo a la consumación de la usucapión extraordinaria. El plazo se deberá referir a la prescripción extintiva de las acciones del verdadero titular (reivindicatoria, confesoria, etc.), las cuales no habrán quedado enervadas en cuanto a su posibilidad de ejercicio por la «consumación» de la usucapión (sea ordinaria o extraordinaria), ya que a falta de la posesión no se podrá afirmar que la usucapión se haya consumado nunca.

B) LA PRESUNCIÓN DE POSESIÓN

La redacción del artículo 35 LH continúa estableciendo que se presumirá que el titular registral ha poseído «pública, pacífica e ininterrumpidamente». Este requisito de la usucapión, básico para la misma (en tanto que esta institución, como ya se señaló, se fundamenta principalmente en este ejercicio continuado del derecho durante el tiempo marcado) ha merecido, sin embargo, mucha menor atención por parte de la doctrina que se ocupa del estudio

(124) Resulta patente que en muchos casos no habrá que esperar ya a este plazo límite de los treinta años de la usucapión ordinaria para considerar inimpugnable la usucapión por estos problemas del título, ya que la posibilidad de impugnación del defecto del título vendrá determinado por el plazo que otorgue el Código Civil a esta impugnación (que podrá haber transcurrido, prescribiendo la acción) y a la persona legitimada para ejercitarla, que en muchas ocasiones no será el dueño del bien usucapido, ajeno a la relación en la cual existe el vicio.

(125) Parecen adoptar también esta solución ROCA SASTRE y ROCA-SASTRE MUNCUNILL (*op. cit.*, pág. 565).

de este tema. Tanto la doctrina como la jurisprudencia, sobre la base de los artículos 447 y 1.940 del Código Civil, parten de que la concurrencia de justo título y de buena fe no es suficiente para que opere la usucapión, sino que es necesario poseer el bien a título de dueño. Por lo tanto, además de la ostentación formal del bien, derivada de la inscripción registral, es necesaria la posesión real. Así lo afirma el Tribunal Supremo en varias sentencias, como las de 12 de abril de 1951, 3 de mayo de 1974, 28 de marzo de 1980, de 8 de mayo de 1992, 30 de diciembre de 1994, 17 de julio de 1995 y 26 de febrero de 1999 (126), así como la doctrina mayoritaria. Si bien en el derecho romano se fue espiritualizando la posesión, esa tendencia no se consolidó y por ello en la actualidad se exige la concurrencia de los dos requisitos: *corpus* (poder físico o al menos de disposición) y *animus* (elemento psíquico intencional). Esta es la razón por la que no es adecuada como posesión *ad usucapionem* la tabular, como ya se vio.

A pesar de las presunciones es necesario, pues, que el titular registral sea poseedor. Por ello su situación será normalmente incompatible con la coexistencia en la posesión de otro sujeto también a título de dueño, sea el verdadero titular o un usucapiente *contra tabulas*, en el sentido de usucapiente contra su título inscrito (127). Este segundo supuesto que planteamos es el de un titular registral que invoca a su favor la usucapión conforme al artículo 35 frente a otro sujeto, externo al sistema registral, que invoca en contra de ese

(126) De forma clara establece la sentencia citada de 8 de mayo de 1992, que «se requiere la posesión efectiva del derecho real que se trata de adquirir, sin que sea suficiente la presunción derivada de la legitimación registral». Por otro lado, ya con anterioridad condensó toda la doctrina sobre este punto la sentencia del Tribunal Supremo de 3 de mayo de 1974, que dijo que no se puede admitir que «por el juego del transcurso del tiempo y justo título o por solamente el primero unido a una mera detentación o posesión unilateral, se pueda adquirir el dominio de una cosa, cuando falta el *animus* determinante de la posesión civil, esto es, de la posesión en concepto de dueño».

(127) Sí es posible, sin embargo, que coincida en el propio usucapiente *secundum tabulas* la condición de usucapiente *contra tabulas*, siempre que no se tratase de la existencia de doble inmatriculación. El caso sería el de un adquirente *a non domino* a título gratuito, cuyo transmitente hubiera adquirido también de titular inscrito. Desde el momento en que se anulase el derecho del transmitente del tercero, éste no podría quedar protegido por el artículo 34, por tratarse de título gratuito, debiendo acudir al artículo 35; pero a la vez volvería el dominio al primitivo titular que consiguió la anulación, con lo que el tercero adquirente estaría usucapiendo contra su inscripción. La situación es complicada, pero parece ser la que actualmente puede quedar resuelta por el artículo 1.949 del Código Civil (y así lo parece aceptar CALVO MELIJE, *op. cit.*, pág. 134, que declara que el artículo 1.949 está regulando un caso de usucapión *secundum tabulas*), comenzando a correr el tiempo de la prescripción desde la segunda inscripción. La solución del caso a través de la aplicación del 35 o del 36 LH quedaría probablemente dirimida según cuál de ellos fuera más ventajoso en la situación concreta, pero quizá habría que considerar que al tratarse del choque entre dos titulares registrales se debía aplicar la misma doctrina que para la doble inmatriculación, es decir, remitirse a la legislación civil (y, en concreto al citado art. 1.949).

titular registral el artículo 36. En estos casos, siempre que se cumplieran los presupuestos de cada uno de estos artículos, la solución tendría que venir dada por la constatación de cuál de los sujetos había reunido los requisitos de la usucapión, y en concreto, la posesión del bien. Es interesante a este respecto la sentencia de la Audiencia Provincial de Teruel, de 3 de marzo de 1999, en que planteado un caso como el expuesto, resolvía la cuestión sobre la base del análisis de cuál de los implicados había tenido realmente la posesión del inmueble cuya propiedad se debatía, resultando en este caso preferido el titular extrarregistral, por ser quien había poseído pública, pacífica e ininterrumpidamente en concepto de dueño. Anteriormente, esta misma Audiencia Provincial, en sentencia de 12 de mayo de 1992, se decantó por una solución muy similar sobre la base del tema de la posesión, estableciendo que se tenía que aplicar la usucapión *secundum tabulas*, como determinante de la consolidación del dominio sobre la finca cuya titularidad se debatía «a menos que extrarregistralmente se haya producido la llamada usucapión *contra tabulas* que regula el artículo 36 LH con los efectos que el mismo determina». La misma solución se ha de aplicar a los casos en que la posesión sea detentada por cualquier otro sujeto distinto al titular registral que invoca a su favor el artículo 35. El Tribunal Supremo resolvió, en este sentido, en sentencia de 28 de marzo de 1980, que «no produce sus efectos, tanto en el mero alcance posesorio, como en su proyección a fines de prescripción adquisitiva cuando se acredite que la posesión efectiva en la realidad jurídica vino siendo realizada por otro». Igualmente resuelve la Audiencia Provincial de Navarra en sentencia de 4 de marzo de 1999, que el artículo 35 «introduce una presunción *iuris tantum* de posesión que puede ceder, como aquí ha acontecido, por la realidad material». Por lo tanto, ha de estarse en todo caso a la situación real de posesión del bien cuya usucapión se pretende para poder considerar consumada la misma.

Un último caso que hay que plantearse a la hora de constatar la posesión efectiva por parte del titular registral es el relativo al ejercicio de esta posesión de forma mediata (por ejemplo, en el caso de usufructo, arrendamiento..., etc.). En estos supuestos, si bien la posesión material o el ejercicio de la misma no es desarrollado directamente por el titular registral, no se puede negar que concurra en el mismo el requisito que exige la usucapión, en tanto que, como poseedor mediato, también ejercita la posesión, aunque con diferente contenido al que tiene la posesión inmediata. Esta posesión podrá ser admitida a los efectos de la usucapión, siempre que reúna todos los requisitos de la misma; requisitos que se deberán constatar conforme a las circunstancias del caso, analizando si el titular registral ejerce esta posesión mediata en concepto de dueño, pública, pacífica e ininterrumpidamente. El primero de estos elementos, que puede ofrecer mayores problemas por el hecho de concurrir dos sujetos distintos en el ejercicio de esta posesión, se tendrá que

determinar por los hechos que concurran en el caso que demuestren el reconocimiento expreso o tácito por parte del poseedor inmediato acerca de la titularidad del poseedor mediato, así como por los actos de ejercicio de la posesión que este segundo realice. Así pues, aunque se trate de una posesión mediata, tendrá que tratarse de una posesión efectiva (dentro de los propios límites de este tipo de posesión) de la misma a fin de que se pueda producir la usucapión.

De todas formas, esta exigencia de una posesión real de base podría llevar a cuestionarse la utilidad de la presunción que recoge el artículo 35; cuestión que deja de tener sentido si se tiene en cuenta que aquí se está hablando de una presunción, no de una sustitución de este requisito a través de la inscripción registral (lo cual sí pudiera llevar a considerar absurdo o incongruente la exigencia de una posesión de base). Sobre esta base, resulta perfectamente normal la exigencia de posesión real para evitar la posible destrucción de la presunción. De todas formas, y para evitar toda duda, los autores destacan el beneficio que esta presunción reporta al titular registral, pues tiene la ventaja de trasladar a la parte contraria la prueba de los hechos que destruyan la presunción. El titular registral tiene la presunción a su favor y por tanto no necesita prueba que puede resultar en ocasiones dificultosa. El contradictor habrá de impugnar la presunción, bien en su base o en la realidad del hecho presumido (128).

Establecido esto, hay que pasar a ver qué tipo de posesión presume el artículo 35 LH. En el seno de una usucapión *secundum tabulas*, como afirma la sentencia del Tribunal Supremo de 3 de mayo de 1974, el tipo de posesión que se debe presumir es la posesión *ad usucapionem*, y efectivamente eso es lo que contiene el citado artículo. Las características de la posesión que recoge el artículo 35 (pública, pacífica, ininterrumpida) coinciden sustancialmente con las que contiene el artículo 1.941 del Código Civil, si bien este último artículo recoge también la necesidad de que la posesión sea «en concepto de dueño», a lo cual ya nos referiremos más adelante. Ahora bien, por lo que respecta al contenido de esta presunción, se debate acerca de si lo que se presume es realmente la posesión o sólo sus características. Algunos autores, como ROCA TRÍAS (129), opinan que el artículo 35 presume sólo los caracteres de la posesión (no la posesión misma) y que por ello se necesita

(128) A pesar de que resulta claro el valor de esta presunción en la jurisprudencia, señalan LACRUZ BERDEJO y SANCHO REBULLIDA (*Derecho...*, *op. cit.*, págs. 152-153) que el comportamiento de los Tribunales varía según que se trate de un caso en que el titular registral trata de reivindicar de quien poseyó (en cuyo caso se exige la posesión efectiva y se da el valor a la presunción de una mera prueba inicial) y aquél en que el titular sea poseedor actual y sea el demandado (en cuyo caso se aplica plenamente la presunción y la inversión de la carga de la prueba).

(129) *Op. cit.*, págs. 40-41.

una posesión real de base. Otros, como BÉRGAMO LLABRÉS o CHICO Y ORTIZ (130), consideran que sin duda se presume la posesión, reforzando y completando en materia de usucapión la presunción general de posesión que recoge el artículo 38, íntimamente ligado con el 35. Ante este pequeño debate, la solución ha de plantearse de forma no excluyente, admitiendo que el artículo 35 presume tanto la posesión como sus características. Como precepto derivado en cuanto a su sentido del artículo 38, comparte la misma base: la presunción de posesión; pero como precepto independiente incluye una especialidad: atribuir a esa posesión que se presume las características propias de la *possessio ad usucapionem*. De todas formas, este debate sobre el contenido del artículo 35 carece realmente de trascendencia, no sólo porque es claro que si este precepto presume unos requisitos de la posesión, la presume a ésta también (ya que no es lógico presumir las características de una institución, sin presumirla también a ella); sino también porque, aunque se considerase que no recoge la presunción de posesión, no obstaría para que el titular registral usucapiente se viese favorecido por la misma, pues contaría en todo caso con la presunción general del artículo 38, completada con las características del 35. Lo que muestra el debate es que la relación entre ambos artículos es estrecha, ya que ambos se refieren en el fondo a la posesión. Esta similitud no ha de llevar a una identificación entre ambos o a considerar que el artículo 35 es una reiteración innecesaria del 38 para el ámbito de la usucapión; por el contrario, existen también diferencias que los individualizan y que llevan a considerar al artículo 35 como una especialidad del artículo 38. En concreto, se señala que la posesión que contempla el artículo 35 es cualificada respecto de la del 38. Mientras que el 38 presume una posesión actual y simple, el 35 se refiere a una posesión pretérita y adornada con los atributos de pública, pacífica e ininterrumpida. Por tanto, el contenido de ambos artículos es distinto; pero, además, se distinguen por su aplicación y finalidad: el artículo 38 actúa en el ámbito de la legitimación, mientras que el 35, aunque derivado de esta legitimación, actúa en el de la adquisición de los derechos (a través del juego de la usucapión). El artículo 38 presume la titularidad en los casos en que la misma es dudosa, pero no en aquéllos (como en la usucapión) en que se parte precisamente de la ausencia de titularidad. Para evitar cuestionarse en estos casos la posible aplicación del artículo 38 se estableció expresamente la presunción en el artículo 35 LH (131). En conclusión, el artículo 35 recoge una presunción de posesión adornada con una

(130) Respectivamente, *op. cit.*, pág. 283, y *Estudios sobre Derecho Hipotecario*, tomo I, 3.^a edición, Madrid, 1994, págs. 353-354.

(131) Tales argumentos, que nos parecen adecuados, son igualmente expuestos por ALBALADEJO (*La inscripción*, *op. cit.*, pág. 26), BADOSA COLL (*op. cit.*, pág. 699) y MORALES MORENO (*op. cit.*, pág. 1141).

serie de características que la distinguen de la presunción del artículo 38. Estos caracteres son los que vamos a analizar a continuación.

Siguiendo el orden que establece el propio artículo 35, el primero de ellos es la posesión **«pública»**. La necesidad de presumir este elemento en el seno de un sistema registral —que se distingue precisamente por este principio de publicidad— es discutida por algunos autores, como GARCÍA GARCÍA o SANZ FERNÁNDEZ (132), quienes niegan que a este efecto que deriva *per se* del contenido de los asientos registrales se le pueda atribuir el carácter de presunción (o, en todo caso, de presunción *iuris tantum*) y, consiguientemente, se permita la prueba en contra. Esto constituye un ataque a la base del sistema hipotecario. Frente a esta opinión, MORALES MORENO (133) destaca que la publicidad que otorga la inscripción se considera insuficiente para los fines de la usucapión y por ello se completa con esta presunción del artículo 35, siendo posible su impugnación a través de prueba en contra. La publicidad del Registro de la Propiedad contribuye, pero no suple la publicidad que aporta la posesión de hecho. Ante posturas tan enfrentadas, se ha de partir de analizar a qué publicidad se hace referencia en materia de usucapión y qué publicidad es la que proporciona el Registro, pues ahí puede estar la solución. Cuando la regulación de la usucapión exige una posesión pública, esto requiere que el poseedor ostente la posesión del bien, que ejercite su derecho *de facto*. En definitiva, se trata de la exigencia de que concurra un hecho: la posesión. La publicidad que proporciona el Registro de la Propiedad, en cambio, no manifiesta ni prueba el goce o el ejercicio de los derechos, ya que estas situaciones de hecho son ajenas por definición al sistema registral; lo que publican y garantizan los asientos registrales es el nacimiento, modificación o extinción de tales derechos. Esa diferencia es la que aporta la solución a este tema. Si bien la inscripción conlleva una publicidad (gracias a la cual no hay clandestinidad en la titularidad del usucapiente, ni puede alegar el *verus dominus* contra el Registro su desconocimiento de la situación, pues le es oponible) sí se podrá probar la falta de ejercicio público y efectivo de la posesión, puesto que es materia extrarregistral. Por eso es posible cuestionar la publicidad de la posesión que presume el artículo 35, porque no es un efecto directamente derivado del sistema registral, sino el favorecimiento de una situación de hecho ajena al Registro. Al quedar este aspecto posesorio fuera de los límites registrales, el sistema hipotecario se ha de limitar a esta-

(132) Respectivamente, *op. cit.*, pág. 1744 y *op. cit.*, pág. 534. También CALVO MEJIDE (*op. cit.*, pág. 139) deduce el carácter de publicidad de la posesión que contiene el artículo 35 LH del principio de publicidad registral contenido en los artículos 607 del Código Civil y 221 LH; pero esto no le lleva a cuestionarse, en este punto, la necesidad del contenido del artículo 35, sino a justificar su inclusión en el citado precepto.

(133) *Op. cit.*, pág. 1132.

blecer su presunción, que podrá ser impugnada en todo caso por su contraste con la realidad extrarregistral.

Pasando al siguiente elemento de la posesión, se presume su carácter de «**pacífica**». Esto supone establecer la presunción de que la posesión no está afectada por violencia actual o pretérita cuyos efectos no se hayan extinguido. Aunque esta presunción pudiera calificarse de poco práctica, tiene la virtud de establecer el hecho sin que se haya de probar el mismo. No es, pues, el titular registral quien tiene que demostrar que su adquisición y posesión se vieron libres de violencia; se parte de esa premisa y para desvirtuarlo se deberá probar la violencia o atacar el hecho de base de la presunción. Esta prueba se puede lograr por distintos medios a los que alude la doctrina y la jurisprudencia. Por ejemplo, según GARCÍA GARCÍA, la existencia de demanda contra el titular registral en que se discuta la posesión por el mismo puede desvirtuar la presunción. Sin embargo, esto puede resultar a veces excesivo cuando la demanda sea temeraria o carezca de base. Igualmente señala MORALES MORENO que también destruye esta presunción la prueba de la falsedad del título, puesto que la misma es demostrativa de que la inscripción se produjo sin el consentimiento del titular real (134). No obstante, la cuestión en este caso es la posesión del bien, no cómo llegó a inscribir su derecho el titular registral, luego es a la primera a la que se ha de referir el requisito estudiado. En este sentido, la falsedad del título puede manifestar la falta de consentimiento del titular real; pero no necesariamente su oposición. Finalmente, la sentencia del Tribunal Supremo, de 27 de mayo de 1991, consideró destruida la presunción de posesión pacífica por el hecho de haber concurrido más de un poseedor del bien.

En tercer lugar, presume el artículo 35 LH la posesión «**ininterrumpida**». Esto significa que presume una posesión continuada mientras no se deduzca lo contrario de los asientos del Registro. Dejando para más adelante el estudio pormenorizado de lo que supone el citado artículo en este aspecto (la extensión de la presunción durante el tiempo de vigencia del asiento del usucapiente y de sus antecesores de los que traiga causa), sólo hay que decir aquí que la presunción se podrá desvirtuar, como es lógico, por la prueba de la interrupción civil o natural de la posesión.

Mayor interés tiene averiguar si se incluye entre los elementos que presume este artículo la posesión «**en concepto de dueño**». Alrededor de este tema se plantea un nuevo debate doctrinal, si bien menos encarnizado que los

(134) *Op. cit.*, pág. 1133. De todas formas, hay que tener en cuenta que en el caso de que se pruebe la falsedad del título del usucapiente, el problema no será sólo si se mantiene o no la presunción de posesión, sino si se puede hablar ya de usucapición *secundum tabulas*, puesto que declarada la falsedad del título de usucapición, la misma no será posible.

anteriores, puesto que no se duda la respuesta afirmativa. La mayoría de la doctrina —entre los que se encuentra CASTÁN y CALVO MELJIDE (135)— estima que este requisito está implícito en el propio artículo 35, derivado de su relación con el artículo 38 (que, además de la posesión, presume la titularidad). Otros consideran, en cambio, que este carácter se deduce del hecho de que la inscripción, a partir de la cual se puede invocar el artículo 35, ha de ser, como vimos, de dominio (136), por lo que es el contenido de ésta lo que lleva a que presumir dueño al titular registral. Efecto que, a fin de cuentas deriva del sistema registral y del artículo 38, con lo que ambas posturas son muy similares. Por tanto, el debate se centra en averiguar de dónde se ha de derivar este elemento; pero no se discute que esté implícito. De todas formas, quizá convenga ampliar un poco el razonamiento de la doctrina para ver cómo se llega a la presunción en concreto de posesión «en concepto de dueño». Las dos vías de razonamiento expuestas llevan a la conclusión de que el titular registral se presume titular del dominio del bien o derecho que consta inscrito a su favor, pero no llevan directamente a la posesión en concepto de dueño. El paso es, sin embargo, sencillo, pues basta con unir este resultado a la presunción general o especial de posesión: si se presume, por un lado que el titular registral posee el bien o derecho y, por otro lado, que es dueño del mismo, lo lógico es dar el paso y entender que esa posesión que desarrolla es en concepto de dueño. No hace falta mayor aclaración. La razón por la que no se recoge esto expresamente en el artículo 35 estriba precisamente en que se sobreentiende que deriva del sistema registral o del contenido de la inscripción en que se apoya el titular registral (137). No obstante, esto no implica que en un caso concreto no se pueda atacar la usucapión por haber faltado la posesión «en concepto de dueño», puesto que la presunción que recoge el artículo 38 es *iuris tantum*.

(135) Respectivamente, *op. cit.*, pág. 393 y *op. cit.*, pág. 139.

(136) Tal es la opinión de CANO TELLO (*op. cit.*, pág. 296), CHICO Y ORTIZ y BONILLA (*Apuntes de Derecho inmobiliario registral*, tomo I, 2.^a edición, Madrid, 1967, pág. 301), ESPÍN CÁNOVAS (*Manual, op. cit.*, págs. 216-217) y ROCA SASTRE y ROCA-SASTRE MUNCUNILL (*op. cit.*, pág. 355).

(137) Recientemente la sentencia del Tribunal Supremo, de 24 de julio de 1998, afirmaba que «no hay ningún precepto que sostenga que la posesión en concepto de dueño deba presumirse». Efectivamente, como hemos visto, el artículo 35 LH no recoge este requisito, pero sería más dudoso afirmar que tampoco el artículo 38 lo contiene, ya que el mismo contiene en su seno (párrafo 1.º) la presunción de titularidad y de posesión (que necesariamente ha de entenderse en concepto de dueño). Está claro que la sentencia citada no tenía *in mente* este precepto, ya que versaba sobre un supuesto de usucapión civil, al margen de los pronunciamientos registrales, con lo que las palabras referidas se remitían al artículo 448 (del que ya vimos que tan sólo contenía una presunción de título en ciertas condiciones), no a la legislación hipotecaria. Cf. en este tema, MIGUEL GONZÁLEZ, J. M. (*Comentario...*, *op. cit.*, págs. 1206-1208, y voz «Justo título...», *op. cit.*, pág. 3906).

Para acabar con este segundo inciso del artículo 35 hay que establecer que no hay duda entre los autores, ni entre la jurisprudencia (como demuestran, entre otras, las sentencias del Tribunal Supremo de 5 de abril de 1961, 24 de junio de 1967, 16 de noviembre de 1967, 3 de octubre de 1967, 28 de marzo de 1980, 8 de mayo de 1992 y 26 de febrero de 1999) de que la presunción de posesión del artículo 35 es *iuris tantum* y, por tanto, susceptible de ser destruida probando hechos distintos a los que recoge utilizando cualquier medio de prueba. A diferencia del inciso relativo al justo título, en este caso hay propiamente una presunción, porque hay un hecho de base (la inscripción) del que se deduce un hecho consecuencia (la posesión). No es que se equiparen ambos elementos a efectos de prueba, sino que se presume a partir de la titularidad registral que el sujeto titular posee el bien que consta inscrito a su favor. Quien desee atacar tal presunción habrá de probar la ausencia de posesión, debiendo impugnar, a continuación, la inscripción para que no siga desplegando sus efectos (138); pero también podrá atacar la presunción impugnando directamente su hecho de base, esto es, la inscripción, no ya por cuestiones relativas a la posesión sino por sus defectos o, en general, por alguna de las causas que lleven a su nulidad. En todo caso, si la impugnación de la presunción de posesión no va acompañada de la cancelación de la inscripción, la misma seguirá desplegando sus efectos a favor del titular registral.

C) LA PRESUNCIÓN DE BUENA FE

El tercer elemento al que se refiere el artículo 35 LH es la buena fe del poseedor, con lo que se completa el último requisito que exige el artículo 1.940 del Código Civil para la «prescripción ordinaria»; requisito que se

(138) En contra de esto, dice PEÑA Y BERNALDO DE QUIRÓS (*op. cit.*, pág. 137, nota 35) que «se puede atacar [la posesión] sin impugnar el asiento». Esto, no obstante, va en contra del artículo 38, párrafo 2.º LH (siempre que el ataque a la posesión determine el ataque a la titularidad que consta en el Registro), además de que tampoco tiene mucho sentido, en vista del efecto favorable al titular registral que despliega la inscripción mientras está vigente. Lo que sí es cierto es que un ataque a la presunción de posesión que no lleve implícita la impugnación de la titularidad del sujeto que consta como dueño en los libros registrales, ni necesariamente llevará consigo la impugnación de la inscripción, ni ésta será posible. La posesión, como circunstancia de hecho, no tiene acceso al Registro más que en la medida en que se relacione con algún derecho real. Por ello, si sólo se ataca la posesión del titular registral, es cierto que no será imprescindible impugnar el asiento en que se apoya su dominio. De todas formas esto no será muy frecuente dentro del tema que aquí estudiamos en que la discusión no se limita a averiguar cuál es el sujeto poseedor de los bienes o derechos cuya titularidad se debate, sino que se va más allá y se cuestiona en concreto la titularidad que puede derivar de esta posesión. Por ello, en estos casos, el ataque a la posesión normalmente conllevará el ataque a la titularidad, siendo en este caso necesaria la impugnación del Registro.

valora especialmente, puesto que es a partir de él y del justo título, que se permite abreviar los plazos de usucapión. Este elemento se recoge en el artículo 35 como una presunción, no como inversión de la carga de la prueba, ya que el elemento de la buena fe se deduce de la existencia de la inscripción. Es, por tanto, el mismo caso de la presunción de posesión que hemos visto. Y al igual que ocurre con la posesión, la presunción de buena fe se configura como *iuris tantum*, admitiendo, por tanto, prueba en contra; prueba que, de producirse, deberá ir acompañada de la impugnación de la inscripción en que se apoya la presunción, para que la misma no siga desplegando sus efectos. El Tribunal Supremo ha admitido reiteradamente este carácter de la presunción de buena fe en diversas sentencias, como las de 5 de abril y 6 de mayo de 1961, 11 de noviembre de 1969, 22 de junio de 1972, 7 de mayo de 1975 y 27 de mayo de 1991, si bien en la mayoría de ellas se limita a afirmar el carácter de presunción *iuris tantum* o a examinar si en el caso concreto concurría o no la buena fe, sin entrar realmente en un análisis del sentido y ámbito de esta presunción. Algo similar ocurre entre la doctrina, que suele resolver esta cuestión en unas pocas líneas. Los pocos problemas que se plantean en este tema derivan en muchas ocasiones de la distinta concepción que se mantenga respecto del primer inciso del artículo 35. Al margen de esto, son escasas las materias que aquí se debaten.

Los preceptos que definen la buena fe en el campo de los derechos reales la regulan, no como un elemento relativo a la conducta de aquél en quien se observa, sino como un elemento subjetivo: sólo tiene que ver con lo que el adquirente creía (139). Tal interpretación se obtiene de los artículos 433 y 1.950 del Código Civil. Estos artículos aportan un concepto de buena fe compuesto por dos facetas: una positiva y otra negativa. La primera faceta (derivada del art. 1.950) consiste en la creencia del adquirente de que su transmitente era dueño de la cosa y podía transmitir su dominio; la segunda (que deriva del 433), consiste en la ignorancia de este sujeto de la existencia de un vicio en su título o en el modo de adquisición que invalida la transmisión. Trasladando estos elementos a la usucapión ordinaria, la buena fe en ésta consiste en que el usucapiente cree adquirir del verdadero dueño e ignora que en realidad adquiere *a non domino*, circunstancia que inhibe el traspaso de la propiedad a su favor y vicia la transmisión (140). Este error, basado en

(139) Así lo proclama expresamente la sentencia del Tribunal Supremo, de 17 de julio de 1999.

(140) Esta segunda faceta de la buena fe en materia de usucapión parece ser olvidada o excluida por algunos autores y también por la jurisprudencia en algunas ocasiones. Sin embargo, no hay que olvidar que el artículo 1.951 del Código Civil incorpora a la interpretación de la buena fe en materia de prescripción del dominio las condiciones que recogen los artículos 433 a 436 del Código Civil. Por este motivo ha de incluirse aquí también esta segunda faceta a la que hemos hecho referencia.

la apariencia que genera la situación del transmitente, es lo que fundamenta la protección que dispensa el Ordenamiento al adquirente de buena fe. Por lo tanto, no se tiene en cuenta a efectos de usucapición, la mayor o menor diligencia que haya tenido el usucapiente para cerciorarse de la realidad de aquello que resulta aparente. El Ordenamiento considera ya suficientemente protegible la situación del que ignora la falta de titularidad de su transmitente, unido a los requisitos de justo título y posesión en concepto de dueño por un período de diez o veinte años (según sea entre presentes o ausentes). Por ello permite en estos casos una usucapición abreviada.

Al aplicar esta doctrina general sobre la buena fe en la usucapición al supuesto concreto de la usucapición *secundum tabulas*, indica GARCÍA GARCÍA que en este caso la ignorancia del titular registral ha de referirse a los defectos de la inscripción y no a los defectos del título de adquisición (141). Este cambio responde a la teoría de la equiparación entre la inscripción y el justo título, que prescinde de este segundo y concentra en la primera todas las exigencias de la usucapición; tesis que ya fue en su momento rechazada, puesto que no es posible eliminar el requisito de un título material que sirve de base a la inscripción y que es al que se han de remitir los requisitos del justo título. Por lo tanto, hay que partir de la premisa de que también en el ámbito de la usucapición *secundum tabulas* la buena fe ha de referirse a las vicisitudes del título de adquisición, no a la inscripción. La ignorancia del adquirente puede referirse, por tanto, a esos defectos del título o, como se dijo, a los defectos de que adolezca el modo. Si el titular registral conoce cualquiera de estos defectos de su título o del modo de adquisición, no podrá producirse la usucapición, por carecer este sujeto de buena fe. Pero el hecho de que los ignore, no motiva el que queden subsanados por la usucapición *secundum tabulas*. Una vez más, hay que recordar que este tipo de usucapición no convalida otro defecto de la transmisión diferente al de la falta de titularidad del transmitente. Por lo tanto, el requisito de la buena fe exige que el adquirente desconozca todo tipo de defecto que vicia su adquisición, si bien sólo podrá subsanar a través de la usucapición ordinaria los que deriven de haber adquirido de un sujeto que no era titular del bien. Una cuestión interesante en este punto es la relativa a la posibilidad de que pueda coexistir la buena fe del titular registral con la existencia de defectos en el título; es decir, si el hecho de que este título tenga un defecto, destruye la buena fe del titular registral, que debiera haberlo reconocido. Coincidimos con ALBALADEJO (142) en que la buena fe es compatible con la falta de título. En tanto que

(141) *Op. cit.*, pág. 1745. MORALES MORENO, cuya opinión es contraria a las teorías de GARCÍA GARCÍA, califica de «perturbadora» esta idea, que rechaza explícitamente (*op. cit.*, pág. 1135).

(142) *La inscripción, op. cit.*, pág. 13. Cita en contra de esta doctrina que él sostiene una sentencia del Tribunal Supremo, de 3 de octubre de 1974, a la cual critica por los pronunciamientos que contiene.

estado de conocimiento del titular registral, es posible que el mismo crea tener un título que le haya atribuido la titularidad sobre el bien o derecho que consta inscrito a su favor (título putativo). La solución contraria supondría tratar peor a estos adquirentes que a aquéllos en cuyos títulos existe algún tipo de defectos que los invalida, para los cuales se acepta también esta compatibilidad con la buena fe. Ahora bien, en este caso de título inexistente, si bien nada obsta a la buena fe del titular registral, lo cierto es que no será posible la usucapión *secundum tabulas*, porque el título putativo o inexistente no es, por definición, «verdadero» y, por ello, no puede ser justo título de usucapión. Algo parecido ocurre con el resto de los problemas que pueden afectar al título del usucapien-te. En estos casos hay que admitir la aplicación de la presunción de buena fe que recoge el artículo 35 (que deberá ser impugnada por quien mantenga lo contrario), así como la posibilidad real de que concurra la buena fe del titular. Esto es así porque lo principal en este tema, como se dijo, es el aspecto subjetivo o la creencia del titular registral. No se puede, por tanto, estudiar aquí la buena fe bajo el parámetro de la diligencia que tendría que haber desarrollado el titular registral para reconocer que existía el defecto en el título de adquisición, sino de su conocimiento efectivo, que parece ser lo único que tiene en cuenta el legislador en los artículos 433 y 1.950 del Código Civil (143). Por tanto, la falta de título o la existencia de un vicio en el mismo no determina por sí la destrucción de la buena fe del titular registral; otra cosa será que en estos casos no se pueda consumir finalmente la usucapión por no concurrir el requisito del justo título.

Por lo que respecta al posible ataque a la presunción de buena fe, como presunción *iuris tantum*, establece AZPIAZU (144) que no basta con probar la existencia de un poseedor extrarregistral para destruir la presunción que establece el artículo 35. La posesión no expresa la causa por la cual se posee, de manera que no tiene por qué hacer dudar sobre la titularidad del transmitente del derecho que haya otro sujeto poseyendo o ejercitando el mismo, ya que esta posesión puede haber sido tolerada o autorizada por el titular registral. Ahora bien, a pesar de que estas afirmaciones abren un campo cuyo estudio es muy interesante, como es el relativo a qué hechos destruyen la buena fe y si toda posesión tiene tal efecto, lo cierto no es sólo que esto exceda del contenido de este trabajo, sino que, además, se tratará de casos que normalmente quedarán excluidos de la aplicación del artículo 35 LH. Desde

(143) En este punto hay que citar las palabras de la sentencia del Tribunal Supremo, de 10 de julio de 1987, que establece que la buena fe «es compatible con la posible insuficiencia o inexistencia de justo título, porque, aunque justo título y buena fe son materias de íntima relación, cabe que, por parte del poseedor, se haya producido un error en la interpretación de los hechos o documentos, excluyente, en principio del dolo, término equivalente al de la mala fe y contrario al de buena fe».

(144) *Más sobre el tema...*, *op. cit.*, pág. 429.

el momento en que se afirme que hay un poseedor extrarregistral, la cuestión que habrá de plantearse no es si el titular tiene o no de buena fe, sino si el mismo ostenta y ejerce de hecho la posesión del bien. Será, por tanto, un problema de posesión real o efectiva el que se haya de probar. En el caso de que se constate efectivamente que posee un sujeto distinto al titular registral, habrá que comprobar además si este último es un poseedor mediato que ha autorizado o consentido la posesión inmediata por parte del otro sujeto. En este caso no habrá un problema de buena fe, porque esta situación consentida por el titular registral no destruye su creencia sobre su correcta adquisición, sino que más bien confirma que este sujeto cree en su propia titularidad. Por tanto, el problema aquí volverá a estar en la prueba de la posesión por parte del titular registral, siendo necesario demostrar la inexistencia de vínculo entre el que está poseyendo y el que alega a su favor el artículo 35, para poder negar la consumación de la usucapión (145).

Pasando del contenido de la presunción a sus efectos, el beneficio que aporta en este punto el artículo 35 consiste en que el poseedor tabular no tiene que probar su buena fe para conservar su condición de usucapiente *secundum tabulas*, ya que el artículo 35 le protege en este sentido —aunque esta protección se manifieste en una mera presunción *iuris tantum*— obligando a quien discuta este elemento a atacar la presunción. Siendo éste el efecto de la presunción de buena fe que contiene el artículo 35, se suele hacer mención a que se trata de un mero reflejo o una simple repetición en el ámbito hipotecario de la presunción de buena fe que recogen los artículos 434 y 1.951 del Código Civil a la hora de regular la usucapión civil. Por este motivo se critica el artículo 35 sobre la base de que ni innova nada, ni tiene eficacia o valor. Ahora bien, al margen del beneficio que contiene este precepto para el titular registral —obligar a quien contradiga la presunción a desvirtuarla mediante prueba en contra—, beneficio que también se deriva de los dos artículos referidos del Código Civil, el valor de este precepto se encuentra en establecer la presunción de forma expresa en el ámbito registral. La Ley Hipotecaria no contiene una presunción general de buena fe para los

(145) En este caso parece que la prueba no ha de caer del lado del que impugna la usucapión, pues se trataría de probar un hecho negativo (la inexistencia de relación o vínculo), lo cual es harto difícil. Por ello ha de ser el titular registral el que demuestre que le une algún tipo de relación con el sujeto que está poseyendo por la cual él ostenta la condición de poseedor mediato. Esto no supone ir contra lo que llevamos dicho del artículo 35, puesto que se trata de un paso posterior a la aplicación de las presunciones que este precepto contiene. Efectivamente, en estos casos se parte de la presunción de posesión a favor del titular registral que, conforme al juego del artículo 35, deberá ser rebatida por quien la discuta. Sólo hasta aquí actúa el citado precepto, de manera que si el sujeto que impugna demuestra la posesión por parte de un individuo distinto al titular registral, será éste el que tenga que acreditar su posesión efectiva, puesto que ya habrá quedado destruida la presunción que establece el artículo 35 LH.

titulares registrales; silencio que se podría interpretar en el sentido de que el legislador optó en este punto por una regulación distinta a la civil. Por ello el artículo 35 resuelve esta cuestión expresamente en sentido afirmativo para el caso de la usucapión (146). CHICO Y ORTIZ y ROCA TRÍAS señalan además, que la peculiaridad de este artículo se encuentra en la extensión de la presunción de buena fe a los predecesores de los que trae causa el titular registral (147). Sin embargo, esto no es realmente una peculiaridad, ya que la presunción general de buena fe que se recoge en las normas civiles supone también su aplicación a todo sujeto, como titular y como poseedor. Por tanto, a partir de ahí se puede afirmar la buena fe en todos los anteriores adquirentes al usucapiente. No se trata aquí de una transmisión de la buena fe que concurre en el titular registral, ya que la buena fe es un requisito subjetivo que ni se transmite, ni se acumula, sino que se trata de establecer la presunción de buena fe para cada uno de los poseedores anteriores a aquél que invoca a su favor la usucapión. Igualmente, en el artículo 35 LH se establece que todos los predecesores del usucapiente, como titulares registrales y como poseedores, gozan de la presunción a su favor en el marco de la usucapión. Por tanto, al igual que en la regulación civil, se recogen en el momento presente las respectivas presunciones de buena fe que favorecieron en su momento a los anteriores titulares registrales. Por tanto, el hecho de que se reitere en la legislación hipotecaria lo que ya se puede deducir de la civil no es necesariamente negativo, sino que es un complemento o refuerzo del sistema civil general en el ámbito registral. Finalmente, podría cuestionarse, para acabar con este tema, por qué o para qué extiende el artículo 35 estas presunciones hacia el pasado si la buena fe que ha de concurrir en la usucapión es sólo la del titular actual y no la de sus causantes. La respuesta a esta pregunta se encuentra en el intento de lograr que el titular registral pueda consumar antes su usucapión, uniendo a su posesión la de sus causantes. Como es lógico, para que con estas uniones se llegue a consolidar una usucapión ordinaria es necesario que también en la posesión de sus causantes concurrieran los requisitos que para la misma exige el artículo 1.940 del Código Civil. De ahí que se favorezca también la prueba en ese sentido, extendiendo las presunciones a ese momento anterior.

(146) Conforme con tal interpretación, declaran ROCA SASTRE y ROCA-SASTRE MUNCUNILL (*op. cit.*, págs. 560-561) que la repetición del contenido de los artículos 434 y 1.951 del Código Civil es acertado, pues «se desvanecen las dudas que hubiera suscitado su silencio».

(147) Así lo señalan en sus obras respectivas (pág. 354 y pág. 49) calificando esta especialidad de «notable», en tanto que se trata de un beneficio que no proporciona el Código Civil (pues lo impide el art. 442). De todas formas, esta mención que hacen al artículo 442 del Código Civil no resulta muy acertada, ya que el supuesto que el mismo regula es distinto del que aquí se debate.

D) EL CÓMPUTO DEL PLAZO DE LA USUCAPIÓN

El último de los beneficios que proporciona el artículo 35 al titular registral usucapiente es el relativo al cómputo del plazo y a la persistencia de los elementos que exige el Código Civil para la consumación de la usucapión ordinaria. La posesión en concepto de dueño, pública, pacífica e ininterrumpida, el justo título y la buena fe se han de mantener a lo largo de todo ese tiempo que indica el artículo 1.957 del Código Civil —diez años entre presentes y veinte entre ausentes—, sin que sea suficiente que concurran en el momento de la entrada en posesión del bien o del ejercicio del derecho, si con posterioridad no se mantienen (148). En este sentido, el beneficio que aporta el artículo 35 LH es doble.

En primer lugar, establece que todos los elementos necesarios para la usucapión ordinaria se han mantenido durante el plazo de vigencia del asiento del titular registral actual que invoca a su favor el artículo 35, así como durante la vigencia de los asientos de sus predecesores de los que trajera causa. Si bien este último beneficio no puede ser aplicado a uno de los supuestos típicos del artículo 35 (el del inmatriculante), el mero hecho de extender la presunción durante la vigencia del propio asiento ya implica un favor a este nuevo titular registral, que queda exonerado de esa prueba en el período en que mantiene su inscripción. En todo caso, lo que el artículo 35 aporta, una vez transcurrido el tiempo fijado por el artículo 1.957 del Código Civil, es la presunción o la prueba (según cuál sea el elemento al que nos refiramos) del cumplimiento de los requisitos que exige la usucapión durante todo el plazo en que se desarrolla dentro del sistema registral (lo que es especialmente importante con respecto a la posesión, cuya prueba, en especial de la falta de interrupción, puede resultar a veces difícil) y, con ello, la consumación de la usucapión del bien o derecho de que se trate. Este beneficio se ha relacionado usualmente con el artículo 1.960.2.º del Código Civil que recoge una norma muy parecida para la usucapión civil. A pesar de la similitud entre ambos preceptos, derivada de que los dos establecen una presunción relativa a la persistencia de alguno de los elementos de la usucapión ordinaria, el beneficio del artículo 35 es mayor puesto que, a diferencia del precepto civil, no sólo presume ininterrumpida la posesión, sino también los demás requisitos de la usucapión ordinaria y puesto que no sólo tiene en cuenta el tiempo que posee el titular registral, sino también el de sus antecesores de los que traiga causa.

Este es el segundo de los beneficios que aporta el inciso final del artículo 35. A partir de él se establece una regla de cómputo del plazo por

(148) Así lo establece el Tribunal Supremo ya desde antiguo, por ejemplo, para la buena fe en sentencias de 25 de enero de 1945, 22 de enero de 1969 y 26 de noviembre de 1970.

la que se permite unir a la propia posesión la de los antecesores causantes, posibilitando así que el usucapiente acelere el cumplimiento del requisito del plazo. Esto ha sido calificado por la mayoría de la doctrina como una *accessio possessionis* de igual sentido a la que establece el artículo 1.960.1.º del Código Civil. Se dice que la regulación que contiene el artículo 35 LH es el corolario lógico de este otro precepto y que se limita a trasladar al ámbito registral lo que ya opera en el civil (conforme a la idea de cooperación entre Ley Hipotecaria y Código Civil tantas veces aludida) (149). Sin embargo (y al margen de lo que ya se dijo anteriormente acerca de las posibles redundancias en que pueda incurrir el legislador y el hecho de que no han de verse siempre como algo negativo) el contenido del artículo 35 no es una mera transposición o repetición del citado precepto del Código Civil, ya que introduce modificaciones respecto de su supuesto modelo, que amplían o restringen el beneficio que aporta en el ámbito civil el artículo 1.960.1.º del Código Civil. Podría verse como una primera diferencia entre ambos la extensión hacia el pasado de la presunción. Mientras que el artículo 1.960.1.º habla de «causante», en singular, el artículo 35 se refiere a «antecesores de los que traiga causa», en plural, con lo que no sólo se remite a la vigencia del asiento de su transmitente, sino también de los anteriores, ampliando de esta forma el beneficio. Esto, no obstante, parte de una interpretación demasiado literal del artículo 1.960.1.º que no se ha de aceptar. De esta forma, hay que entender que la regulación del citado precepto no se aplica sólo al causante directo del usucapiente, sino también a los anteriores en la cadena transmisiva. Donde realmente se distinguen estos artículos es en la cualidad que han de reunir el antecesor o los antecesores para que su posesión pueda ser unida a la del actual poseedor. El artículo 35 restringe esta posible unión al caso de que los antecesores a los que se refiere fueran titulares registrales, puesto que remite el cómputo del plazo de posesión al tiempo de vigencia del propio asiento «y de los de» aquéllos de quienes traiga causa. Esta restricción, normal dentro del sistema registral (que lógicamente sólo se remite al contenido del Registro en vez de a la realidad extrarregistral), no se encuentra en el artículo 1.960.1.º del Código Civil, que sólo se refiere al «causante» (150). Así pues, hay que concluir

(149) Esta opinión la sostienen autores como CHICO Y ORTIZ, ESPÍN CÁNOVAS, GARCÍA GARCÍA, DE LA RICA y SANZ FERNÁNDEZ. Por su parte, Díez-PICAZO (*Fundamentos*, *op. cit.*, pág. 717) califica a esta situación, no de una unión de posesiones, sino «del vínculo jurídico propio de una adquisición derivativa». Saliéndose también de la corriente mayoritaria ROCA SASTRE y ROCA-SASTRE MUNCUNILL (*op. cit.*, pág. 563) aluden junto al artículo 1.960.1.º, a la *successio possessionis* del 440 del Código Civil, completando el elenco de los casos.

(150) La restricción que contiene el artículo 35 excluye la aplicación de este beneficio al supuesto del inmatriculante, ya que éste, por definición, no trae causa de ningún

que, si bien ambos artículos establecen un beneficio parecido en su sentido y efectos, el desarrollo que contienen no es el mismo.

Centrándonos ya en concreto en el cómputo del plazo de la usucapión *secundum tabulas*, resulta interesante determinar cuál es el momento desde el que se ha de contar el plazo para la usucapión, o, dicho de otra forma, qué valor tiene la posesión que se ejercitó con anterioridad a la inscripción del dominio por parte del sujeto que invoca a su favor el artículo 35. Aunque este problema se ha tratado frecuentemente, mezclando las dos cuestiones enunciadas, la respuesta correcta a la cuestión ha de pronunciarse sobre la base de una distinción entre ambas preguntas. Una cosa será determinar desde cuándo ha de computarse la *possessio ad usucapionis* y otra cosa será desde cuándo se pueden aplicar los beneficios que recoge el artículo 35. La primera cuestión se ha de resolver indudablemente conforme a las normas de Derecho Civil: el plazo necesario para la usucapión comienza a computarse desde que entra en posesión del bien o en ejercicio del derecho el usucapiente, pues ésta es la base de la usucapión, sea o no *secundum tabulas*; solución que, además, parece la más acertada, si se tiene en cuenta el espíritu que inspira a la Ley Hipotecaria con respecto a sus relaciones con el Código Civil (151). Sin embargo, el artículo 35 y los beneficios que ofrece al titular registral únicamente se pueden aplicar a partir de la vigencia del asiento a favor del sujeto que los invoca, pues sólo desde ese momento entra bajo la protección del sistema registral. Conforme a esta solución, cuando la posesión comienza a ser ejercitada, se inicia el cómputo del plazo que el poseedor ha de reunir para

titular registral. Esto implicará que este sujeto no pueda verse favorecido por esta parte del contenido del artículo 35 LH (debiendo acudir en este punto a la regulación civil); pero sí se podrá servir del resto de los beneficios que el mismo regula. Lo mismo ocurrirá con los sujetos que hayan completado con anterioridad a la inscripción el plazo de usucapión. En este caso indican ROCA SASTRE y ROCA-SASTRE MUNCUNILL (*op. cit.*, pág. 564) que el artículo 35 no servirá de mucho; afirmación que no puede considerarse correcta. Estos titulares registrales podrán valerse del citado artículo para verse favorecidos por el resto de las presunciones que el mismo recoge, beneficio que el propio autor citado admite; pero, además, podrá ser empleado este precepto por los usucapientes para acreditar el cumplimiento del requisito del plazo, uniendo a la vigencia de sus asientos la de los asientos de los antecesores de los que traigan causa (siempre que, como se ha dicho, no se trate de un inmatriculante). Podrá valerse, por tanto, de esta presunción, con el consiguiente beneficio que ello le reporta.

(151) Esta es la opinión de ROCA TRÍAS (*op. cit.*, págs. 47-52), que se pronuncia a favor de la aplicación en este punto de las normas de Derecho Civil. Suponer que el plazo cuenta desde la vigencia del asiento del titular registral conllevaría una interrupción de la posesión que no está prevista en la Ley (arts. 1.943 y sigs. del Código Civil), con lo que no se puede admitir. Frente a esto, CHICO Y ORTIZ (*op. cit.*, pág. 355) declara que se debe contar desde la vigencia del asiento del usucapiente. Sin embargo, esta opinión, que deja sin resolver qué ocurre con la posesión anterior a tal inscripción, está confundiendo la aplicación y los efectos del artículo 35 con la consumación de la usucapión.

consumar la usucapión; pero sólo desde que este poseedor accede al Registro puede verse favorecida su posesión por los beneficios que recoge el artículo 35 LH; beneficios que no se extenderán a la situación extrarregistral anterior. Por tanto, el sujeto que en esta situación alegue la usucapión *secundum tabulas* —consumada por el transcurso del tiempo necesario desde que entró en la posesión— quedará exonerado de la prueba de los elementos de la usucapión ordinaria desde la vigencia de su asiento registral; pero no de la concurrencia anterior a este punto de esos mismos requisitos, salvo que así lo disponga la regulación civil.

¿Y qué ocurre si este sujeto entra a poseer realmente después de la inscripción? La solución que se ha de mantener en este punto ha de ser similar a la que se aplica en Italia. Si no ha habido posesión anterior a la inscripción, se computará el plazo de la usucapión desde la vigencia del asiento registral, puesto que el titular registral se verá favorecido por las presunciones de posesión a su favor. Pero si posteriormente se demuestra un inicio de la posesión posterior a la vigencia de la inscripción, se tendrá que remitir a ese momento el inicio del cómputo del plazo, no sólo porque, como ya se dijo, el requisito de la posesión efectiva sea básico para la usucapión, sino además porque en este supuesto ya se habrá destruido la presunción de posesión *ad usucapionem* que ofrece el artículo 35 al titular registral.

Ya para finalizar con este estudio, hay que hacer referencia a una cuestión a la que se aludió por encima con anterioridad, y que, en cierto modo, entronca con el análisis de este inciso final del artículo 35. Parece deducirse del encabezamiento del citado precepto («a los efectos de la prescripción adquisitiva»), así como de la propia naturaleza de la usucapión (que sólo recibe reconocimiento jurídico como tal una vez completado el plazo que para la misma se exige) que la usucapión que protege este artículo es la consumada, no la mera «usucapión en curso». Por tanto, el asiento que se tiene en cuenta para determinar el titular registral usucapiente es el que está vigente en el momento de la consumación. Esto no significa que el titular registral que esté usucapiendo el bien o derecho de que se trate no reciba ninguna protección con anterioridad a la consumación de la usucapión. Como titular registral podrá invocar a su favor las presunciones y demás beneficios que recoge el artículo 35; pero si con el tiempo de vigencia de su asiento y los de sus posibles antecesores no completa los diez o veinte años, a los que se refiere el artículo 1.957 del Código Civil, no obtendrá ninguna protección por parte del Registro a esa situación pendiente, puesto que en el artículo que aquí se estudia no hay ninguna norma similar a la del párrafo 2.º del artículo 36. Al igual que en los supuestos en que se pruebe, frente al contenido del artículo 35, que el usucapiente careció de título, buena fe o posesión, si se acredita que no se consumó la usucapión por la falta del transcurso del plazo necesario, no habrá situación que pueda ser amparada o protegida por el Regis-

tro (152). En todo caso, al margen de esta «escasa» (si se quiere) protección, lo que está claro es que, mientras la usucapión no se consume, será posible interrumpir la posesión de este titular registral, al igual que ocurre en la usucapión civil (153).

ANDREA MACÍA MORILLO

(152) Aludiendo a otro tipo de beneficios de los que puede valerse ese titular registral que ostenta una *possessio ad usucapionis*, opinan NÚÑEZ LAGOS (*Dos acciones...*, *op. cit.*, págs. 20-22) y CHICO Y ORTIZ (tanto en solitario, *op. cit.*, págs. 355-356; como junto a BONILLA, *op. cit.*, pág. 302) que el titular registral en tal situación puede ejercitar la acción publiciana (acción cuya existencia es dudada en nuestro derecho, señalando algunos autores que se recoge en la actualidad en el art. 445 del Código Civil), a la que se califica de una «acción reivindicatoria venida a menos». Esta acción no pretende probar el dominio, sino el mejor derecho. Así pues, ante una colisión de títulos el titular registral, aun no teniendo consumada la usucapión, debe tener preferencia, ya que su título civil, recogido en la inscripción, es justo título en virtud del artículo 35. A esto se oponen ROCA SASTRE y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, que consideran que el 35 no ofrece ninguna ventaja a la usucapión en curso y, por tanto, no permite que una usucapión en curso que pueda servir de base a la acción publiciana. Al pronunciarse el artículo 35 LH en pretérito, está admitiendo efectos tan sólo para la usucapión consumada. A pesar de la opinión de este autor, existe bastante jurisprudencia favorable a la aplicación en estos casos de la acción publiciana. Baste citar las sentencias del Tribunal Supremo, de 26 de octubre de 1931, 21 de febrero de 1941, 6 de marzo de 1954, 17 de febrero de 1961 y 7 de octubre de 1982. Sobre este tema, cf. también CUESTA SAENZ (*La acción publiciana*, Madrid, 1984) y MIGUEL GONZÁLEZ, J. M. (voz «Acción publiciana», en *EJB*, tomo I, Madrid, 1995, págs. 129-131).

(153) No obstante, señala la doctrina que esta interrupción tendrá algunas peculiaridades en el ámbito hipotecario. Así, por lo que respecta a la interrupción natural, se dice que deberá hacerse constar en el Registro de la Propiedad, pues de lo contrario, el asiento a favor del titular registral continuará estableciendo la presunción de posesión no interrumpida, obligando a probar lo contrario a quien ataque la presunción. En cuanto a la interrupción civil, parece que se acepta que la anotación preventiva de demanda interrumpirá la posesión (siempre que dicha demanda se estime), ya que se considera que la interrupción se produce realmente por la causa que da origen a la anotación (es decir, el procedimiento judicial), no por la anotación misma. Finalmente, en el caso de renuncia a la prescripción ganada o de inversión del concepto posesorio, opina ROCA TRÍAS (*op. cit.*, pág. 49) que estos hechos podrían tener acceso al Registro, rectificando con ello su contenido. A pesar de ello, si no se recogía esto en los libros registrales, tampoco se podría invocar ya el artículo 35 por el titular registral, puesto que carecería, respectivamente, de posesión en concepto de dueño (en el caso de inversión del concepto posesorio) y de buena fe (en el caso de renuncia a la prescripción ganada).

Las uniones de hecho y sus efectos patrimoniales. Parte segunda:

Efectos patrimoniales (*)

SUMARIO: I. INTRODUCCION.—II. POSIBILIDAD DE SU REGULACION POR PACTO: A) ASIMILACIÓN A LOS RÉGIMENES MATRIMONIALES. B) CONFIGURACIÓN DE LA UNIÓN COMO SOCIEDAD. C) CONSTITUCIÓN DE UNA COMUNIDAD DE BIENES.—III. FALTA DE PACTO O CONVENCION: A) POSIBILIDAD DE ACUDIR A RÉGIMENES MATRIMONIALES SUPLETORIOS. B) ¿ASIMILACIÓN A LA FIGURA DE LA «SOCIEDAD DE HECHO»? C) TEORÍA DE LA COMUNIDAD DE BIENES. D) EL ENRIQUECIMIENTO INJUSTO Y LA EQUIDAD COMO SUPLETORIOS.—IV. EFECTOS DURANTE LA CONVIVENCIA: A) CARGAS Y GASTOS. B) ALIMENTOS. C) VIVIENDA: a) *Vivienda propia*; b) *Vivienda arrendada*. D) CONTRATACIÓN ENTRE CONVIVIENTES: a) *Relaciones laborales*; b) *Donaciones*. E) EFECTOS FRENTE A TERCEROS.—V. EXTINCIÓN DE LAS UNIONES DE HECHO: A) CAUSAS. B) EFECTOS. C) SUCESIÓN HEREDITARIA: a) *Regla general*; b) *Ley de Cataluña*; c) *Ley de Aragón*; d) *Ley Foral de Navarra*.—VI. JURISPRUDENCIA: A) SENTIDO GENERAL. B) CONFIGURACIÓN JURISPRUDENCIAL DE LA UNIÓN DE HECHO.—CONCLUSION.

I. INTRODUCCION

La vida en común de las parejas de hecho origina, inevitablemente, una serie de relaciones patrimoniales y económicas, ya que los convivientes han de hacer frente a las necesidades y gastos, ordinarios o extraordinarios, que se presenten. Si adquieren bienes, pueden hacerlo conjunta o separadamente, y ahí está el problema de su titularidad o el destino de los frutos que produzcan. ¿Se comunican los salarios o productos de los negocios? Puesto que no hay entre ellos un régimen matrimonial aplicable, ¿hay sociedad o sólo comunidad, y de qué tipo? Son problemas variados y múltiples que necesitan solución (69).

(*) Trabajo dirigido por el Profesor Doctor don JOSÉ MARÍA CASTÁN VÁZQUEZ.

(69) Se ocupan de este tema, en su planteamiento:

— GALLEGO DOMÍNGUEZ, obra dicha, pág. 125.

— ESTRADA ALONSO, obra citada, pág. 169.

— SIMÓ SANTONJA, discurso citado, pág. 23.

Para los que abogan por la analogía con el matrimonio, lo más oportuno sería aplicar a las relaciones de hecho el mismo régimen económico matrimonial vigente en el país o región de la residencia de los convivientes. Pero tanto la doctrina como la jurisprudencia rechazan esta solución, sencillamente porque el matrimonio y la unión de hecho son realidades distintas y por ello no cabe aplicarles igual tratamiento jurídico.

En algunas legislaciones se permite a los unidos de hecho acudir a pactos, previos o posteriores, o se regulan las soluciones para si esos acuerdos faltan. En el Derecho español no hay disposiciones específicas sobre el particular, y por ello habrá que aplicar en cada caso concreto la norma más adecuada, que no siempre será pacífica. Téngase en cuenta que, normalmente, las relaciones patrimoniales quizá no presenten problemas en el transcurso de la convivencia; pero cuando llega el momento, bastante frecuente en la práctica, de la extinción de esa convivencia, es cuando surgirán las disputas entre los convivientes o los herederos sobre las aportaciones efectuadas, la participación en las ganancias o la remuneración de los servicios prestados por uno o por otro.

Como dice SIMÓ SANTONJA, para solucionar estos problemas hay dos grandes grupos de posibilidades: por una parte, se trata de bucear en disposiciones legales extrañas al Derecho de familia, que, caso a caso, puedan resolver las cuestiones planteadas; por otra, se trata de utilizar analógicamente reglas del Derecho familiar para encontrar salidas válidas o al menos útiles.

Si adoptamos el primer sistema, se trata de recurrir, de forma simultánea o complementaria, a diversas figuras o instituciones como la normativa societaria, la renta vitalicia, la comunidad de bienes, el enriquecimiento sin causa, la retribución por servicios prestados, etc.

La analogía con el régimen económico matrimonial es rechazada, como hemos dicho, por la generalidad de la doctrina, que no admite la posibilidad de que los que se van a unir de hecho pacten el acogerse a los regímenes que la ley establece para el matrimonio. Sin embargo, hay países donde se admite que la pareja no casada pueda reglamentar contractualmente su convivencia, creando una especie de asociación basada en la igualdad de derechos y deberes.

En el Derecho comparado hay variedad de sistemas, empezando por legislaciones que no se ocupan del tema, como es España, y otras que lo abordan de diversos modos:

- Algunas legislaciones hispanoamericanas permiten, expresa o por asimilación, la aplicabilidad del régimen económico matrimonial existente en el país a la unión de hecho, con remisión genérica a sus normas. Así ocurre en Bolivia, Guatemala, Estados de Hidalgo y Tamaulipas de México, y Panamá. En Paraguay, según su Código Civil de 1987,

se considera constituida una sociedad de hecho entre los convivientes. En Venezuela se presume la existencia de una comunidad de bienes, según el artículo 767 de su Código de 1942.

- Otras legislaciones especifican que los convivientes no tienen derecho alguno sobre el patrimonio del otro integrante de la pareja, tal como se establece en el Estado mexicano de Zacatecas.
- En otros países se deja al arbitrio judicial resolver las cuestiones que se presenten. El artículo 43 de la Constitución de Cuba establece la posible aplicación por los jueces del régimen económico matrimonial a las uniones de hecho por razones de equidad. Y en Nueva Gales del Sur (Australia), la *De Facto Relationship Act* de 1984, otorga a los jueces un gran poder de decisión para distribuir los bienes de los convivientes, según lo estimen justo y en equidad.
- Y hay países donde se admiten, a veces con limitaciones, las convenciones previas de las uniones de hecho, siguiendo el patrón de los pactos matrimoniales. Así, el artículo 52 de la *Family Law Reform Act* de 1978, de Canadá, permite a las parejas heterosexuales, no casadas, pactar su régimen de vida de modo bastante análogo al de las parejas casadas, regulando las mismas cuestiones que concurren en un contrato matrimonial. En Alemania hay incluso modelos impresos de contratos privados que se pueden adquirir para rellenarlos, cuya validez es discutida por los juristas alemanes, que consideran su posible inconstitucionalidad. En Bélgica la ley limita la libertad contractual de las parejas no casadas, considerando inválido, por contrario al interés público, todo pacto que pretende aplicar efectos jurídicos específicos del matrimonio. En Holanda y Suecia estos pactos pre-únión de hecho son considerados legales y se orientan a través de un contrato atípico de sociedad civil un tanto análogo a las capitulaciones matrimoniales.

II. POSIBILIDAD DE SU REGULACION POR PACTO

Aunque, según hemos visto, en las leyes autonómicas de Cataluña, Aragón y Navarra se contempla como algo normal el que los componentes de las uniones de hecho hagan constar la convivencia y sus relaciones subsiguientes por medio de escritura pública, la verdad es que este medio será muy poco frecuente y hasta excepcional. La situación de hecho comienza casi siempre de modo totalmente informal y con pocas o ningunas ganas de pensar en la reglamentación de su futuro, que de momento se contempla de color de rosa. La regulación de los aspectos económicos de las parejas no casadas suele pasar inadvertida mientras conviven, pero al sobrevenir la ruptura se revela de

forma contenciosa; es en ese momento cuando se plantea saber de quién son los bienes que hasta entonces han compartido y cuál será la norma a seguir para su reparto.

Se dirá que algo parecido ocurre cuando se produce la ruptura de un matrimonio, pero con la diferencia de que entonces hay unas normas legales que determinan claramente el régimen a seguir para liquidar la sociedad conyugal, lo que no se da en las uniones de hecho, a no ser que se haya previamente pactado por los convivientes. ¿Son posibles estos pactos entre los convivientes de hecho? Si, como parece, sí lo son, ¿cuáles con sus límites? ¿Qué es lo que pueden y no pueden pactar?

Como dice MARÍA DEL CARMEN BAYOD LÓPEZ (70), tanto en el Derecho español como en los ordenamientos extranjeros, se consideró que los pactos concluidos entre los convivientes no casados eran nulos de pleno derecho por ser considerados contrarios a la moral, a las buenas costumbres y al orden público, siendo ilícita su causa. Se oponían, por tanto a los artículos 1.255 y 1.274 del Código Civil.

Sin embargo, dentro de los límites que veremos, las opiniones doctrinales y las declaraciones jurisprudenciales han cambiado, permitiendo la posibilidad de estos pactos patrimoniales entre los convivientes de hecho. El profesor LACRUZ BERDEJO (71) reconoce que está claro que los argumentos clásicos contra la validez de las convenciones entre convivientes *more uxorio* tienen hoy escaso alcance, cuando los hijos matrimoniales y extra-matrimoniales tienen igual consideración; actualmente, dice, la convivencia duradera entre hombre y mujer fuera del matrimonio no se considera, en círculos sociales muy amplios, como una infracción a las buenas costumbres y, por tanto, tampoco hay razón para que los sean las correspondientes convenciones.

El Tribunal Supremo ha admitido igualmente la posibilidad de que los convivientes no casados pacten su situación patrimonial. En este punto puede verse la sentencia de 18 de mayo de 1992, en la que se declara que no se trata de situaciones totalmente ilegales, sino toleradas y fragmentariamente objeto de atención legal, sin haberse desprovisto plenamente de su forma de vida compartida, marginales a las uniones matrimoniales; se crean unas situaciones de hecho, a las que, en términos de estricta justicia y por imperio de equidad, ha de tenerse en cuenta en la mayoría de los supuestos, pues en otro caso, las consecuencias negativas superarían a las positivas.

(70) En su trabajo «Parejas no casadas, capítulos matrimoniales y normas de régimen económico matrimonial», en *RCDI*, núm. 626, enero-febrero de 1995, pág. 129.

(71) *Elementos de Derecho civil. Derecho de familia*, 1982, pág. 583.

A) ASIMILACIÓN A LOS RÉGIMENES MATRIMONIALES

Vista la posición doctrinal y jurisprudencial que admite la validez y posibilidad de que los convivientes pacten de modo expreso sus relaciones patrimoniales, surge la cuestión de si tales pactos son asimilables a las capitulaciones en las que los esposos regulan su régimen económico matrimonial.

La idea inicial y la que mantiene la mayoría de la doctrina es la de que no cabe esa equiparación. En efecto, admitir lo contrario supondría una auténtica discriminación para los casados, pues éstos están obligados a capitular siempre que quieran modificar el régimen económico que fija la ley; los de Derecho común han de excluir expresamente los gananciales, los catalanes y baleares, precisan de capitulaciones si quieren un régimen distinto a la separación. ¿Por qué se va a conceder que los convivientes en uniones de hecho puedan acordar, sin más, cualquier otra forma de régimen económico sin seguir las reglas de los matrimonios?

No han faltado autores que han manifestado su opinión favorable a la posibilidad de que los convivientes no casados regulen su régimen patrimonial acogiéndose a cualquiera de los regímenes matrimoniales existentes, basándose en la libertad de pacto que se pretende deducir del artículo 1.255 del Código Civil.

Es célebre una sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba, de 21 de abril de 1986, que aplicó las normas de la sociedad de gananciales a la liquidación de una unión de hecho, presumiendo que esa era la voluntad de los convivientes, para lo que se basó en que se habían comprado su vivienda con manifestación de que lo hacían *para su sociedad conyugal* y como tal se había inscrito en el Registro de la Propiedad. Y la sentencia del Tribunal Supremo antes citada, de 18 de mayo de 1992, declaró que si las personas convivientes han tenido semejante previsión, cabe aplicar el régimen de gananciales o cualquier otro que hayan pactado.

Consideramos que no es posible pactar en las uniones de hecho un régimen equivalente o paralelo al del matrimonio. La analogía a la que se pretende acudir es demasiado forzada para admitirla y contra ella se ha manifestado la mayoría de la doctrina y la jurisprudencia de nuestro entorno jurídico. La unión de hecho y el matrimonio no son situaciones idénticas y por ello no cabe la igualdad de trato normativo. Así, ESTRADA ALONSO (72) nos dice que la unión libre está exenta del acto matrimonial que concede una serie de derechos y obligaciones que constituyen un verdadero *status jurídico*, y en consecuencia, no será posible aplicar analógicamente a la unión de hecho el régimen económico matrimonial que se encuentra incluido en ese *status*. No existe en la convivencia *more uxorio* ninguna

(72) Obra citada, pág. 174.

voluntad nupcial, pues se trata de una simple situación de hecho que no produce ningún efecto jurídico por sí misma y que adquiere una formación diferente a la del matrimonio. Aplicar el régimen económico matrimonial iría en contra de las normas imperativas que regulan las formalidades exigibles para celebrar matrimonio.

De la misma opinión es GALLEGO DOMÍNGUEZ (73), según el cual, si bien esta solución de aplicar el régimen de gananciales tiene la ventaja práctica de facilitar la liquidación de las uniones de hecho, no la admite, porque parte de la base de la incorrección de asimilarla al matrimonio cuando son situaciones distintas. Pueden tener aspectos materiales comunes, pero son por completo diferentes y además, en el caso de las uniones, falta por completo la publicidad que proporciona el Registro Civil. Por ello piensa que debe excluirse la idea de aplicar el régimen de gananciales a las uniones extramatrimoniales por el mero hecho de su existencia. Y debe excluirse, no sólo porque no lo admiten las normas hoy vigentes en nuestro sistema, sino que incluso *de lege ferenda* debería consagrarse por ley la vigencia de un principio de separación entre los unidos, por ser el más adecuado a la voluntad de dos sujetos que no contraen matrimonio porque no desean quedar sujetos a las normas reguladoras del mismo.

Efectivamente, el régimen económico matrimonial tiene como presupuesto legal el matrimonio. Los propios preceptos del Código que se refieren al régimen de gananciales, los artículos 1.344 y 1.345 hablan de *marido y mujer* y de *matrimonio*, conceptos que son estrictos y no extensivos.

Por estos razonamientos nos inclinamos resueltamente por la postura que no admite entre convivientes *de facto*, la remisión genérica y en globo a regímenes matrimoniales regulados por el Código y menos aún el régimen de gananciales. No cabe una aplicación analógica entre la sociedad de gananciales y las uniones de hecho, pues falta la *eadem ratio*.

Menos dificultad aparenta la equiparación de la unión de hecho con la separación de bienes, pues entre los convivientes parece que existe en principio una total separación en la propiedad, la administración y la disposición de los bienes de cada uno de los componentes de la unión de hecho. La Ley catalana, ya lo hemos visto, así lo presupone, a falta de pacto en contrario, en el artículo 3 para las parejas heterosexuales, y en el artículo 32 para las homosexuales.

Pero, como advierte GALLEGO (74), no se puede equiparar la separación de bienes de los convivientes con la regulada en el Código Civil, ya que aquéllos no están unidos por matrimonio, que es el requisito esencial para poder aplicar los artículos 1.435 a 1.444. Simplemente, cada uno de los convivientes

(73) Tesis dicha, págs. 158 y 164.

(74) Obra citada, pág. 170.

tendrá la propiedad, administración y disposición de los bienes que adquiere con su trabajo o como rendimiento de sus bienes. No obstante, termina, esta separación de patrimonios no puede llevar a resultados injustos o abusivos, pues no se debe ignorar el hecho de que la convivencia prolongada puede dar lugar a enriquecimientos y correlativos empobrecimientos injustificados. De ello hablaremos después.

Por otra parte, decir *separación de bienes* no impide que quepan pactos de tipo societario o que no sea posible la existencia de sociedades irregulares, como veremos a continuación.

B) CONFIGURACIÓN DE LA UNIÓN COMO SOCIEDAD

Según el artículo 1.665 del Código Civil, la sociedad es un contrato por el cual dos (*o más*, dice, pero en este caso serán sólo dos) personas se obligan a poner en común dinero, bienes o industria, con ánimo de partir entre sí las ganancias. La sociedad debe tener un objeto lícito y establecerse en interés común de los socios (art. 1.666).

Según sean las aportaciones de los socios y sus efectos, las sociedades pueden ser universales o particulares. Las primeras pueden ser de los bienes presentes o de todas las ganancias. En virtud de la sociedad universal de todos los bienes presentes, se ponen en común los bienes que pertenecen a los socios en el momento de constituirse la sociedad y sus frutos mientras dure la asociación, pero no los que adquieren después a título gratuito (arts. 1.673 y 1.674 del Código Civil). La sociedad universal de ganancias comprende sólo lo que adquieren los socios por su industria o trabajo mientras dure la sociedad (art. 1.675). La sociedad civil particular es la que tiene únicamente por objeto cosas determinadas, su uso y sus frutos, una empresa concreta o el ejercicio de una profesión o arte (art. 1.678).

Nos ha parecido útil anteponer estos conceptos iniciales a fin de mejor abordar la cuestión de si es admisible que los convivientes, antes de iniciar su unión de hecho o en el transcurso de la misma, pueden pactar la constitución de una figura societaria para regir sus relaciones patrimoniales.

No han faltado opiniones contrarias, bien basándose en el argumento de la ilicitud de la causa, que se veta en el artículo 1.666 del Código Civil, como en la equiparación de la sociedad universal de ganancias con el régimen matrimonial de gananciales. Así, CERDÁ GIMENO (75) opinó que los convivientes pueden celebrar un contrato válido de sociedad cuando sus relaciones personales, con independencia absoluta de su situación personal, lo justifi-

(75) Artículo citado en el libro *Estudios de Derecho de Familia*, pág. 537.

quen, con la sola excepción de la sociedad universal, que por sus características especiales equivaldría a dotar de un verdadero régimen matrimonial a la unión ilícita.

GALLEGO DOMÍNGUEZ (76), tras analizar los requisitos que el maestro CASTÁN señalaba para el contrato social (capacidad, objeto social, constitución de un fondo social, intención de obtener un lucro común partible y *affectio societatis*), y en su aplicación a una unión de hecho, concluye que entiende admisible que los convivientes regulen su régimen económico mediante la figura de una sociedad civil y cree que el tipo más adecuado es la sociedad de ganancias, si lo que se quiere es una cierta similitud con el régimen de gananciales. De lo que no tiene ninguna duda este autor es de que los convivientes pueden pactar una sociedad civil particular, aunque ésta será poco útil para resolver las cuestiones de las adquisiciones y ganancias obtenidas durante la unión.

ESTRADA ALONSO (77) admite la sociedad universal de ganancias, pero no la de todos los bienes presentes. En cuanto a la primera, dice que si los convivientes pueden celebrar contratos, siempre que éstos no sean ilícitos, también podrán constituir una sociedad universal de ganancias. En cambio, rechaza la constitución entre convivientes de una sociedad universal de todos los bienes presentes, que difícilmente podrá presumirse, desde el momento en que incluye aspectos y vínculos de naturaleza personal que deben permanecer ajenos a la regulación de la unión de hecho. Recuerda al efecto la nulidad de cualquier acuerdo entre los convivientes cuya intención sea regular sus relaciones personales y que les obligue más que el propio matrimonio. Admite la sociedad particular, pero expresamente pactada, pues no se presume por el simple hecho de la convivencia; no cabe aquí la llamada *sociedad irregular*, por falta de escrito o publicidad; la práctica totalidad de la doctrina entiende que no basta la convivencia y patrimonio en común para que se entienda constituida una sociedad entre convivientes; ni siquiera, remacha, es suficiente que se dé una explotación común de un comercio y que los unidos vivan de los beneficios de ese comercio.

El autor francés BERNARD DEMAÏN (78) estudia detalladamente la jurisprudencia que en su país exige la concurrencia de determinados requisitos para admitir la existencia de sociedades entre concubinos, y se pregunta cuál es realmente la naturaleza jurídica de estas sociedades y cuáles los efectos que producen tanto respecto de los concubinos como respecto de terceros.

(76) Tesis dicha, pág. 147 y sigs.

(77) Obra citada, pág. 180.

(78) *La liquidación de bienes de las uniones de hecho*, Editorial Reus, Madrid, 1992, traducción del Profesor GONZÁLEZ PORRAS y prólogo a la edición española del Profesor CASTÁN VÁZQUEZ.

Y concluye diciendo que si la jurisprudencia no exigiese esas condiciones, vendría a crearse entre concubinos, bajo la cubierta de una sociedad de hecho, una verdadera comunidad, un verdadero régimen matrimonial, se daría de esta manera al concubinato los efectos pecuniarios equivalentes a los del matrimonio.

También el Notario SIMÓ SANTONJA (79) admite claramente la posibilidad de pactar las relaciones patrimoniales en la unión de hecho bajo la forma de sociedad civil. No considera insalvable la objeción de que aquí no hay el *ánimo de partir las ganancias* que exige el artículo 1.665 del Código Civil, pues eso incluso se da en la sociedad de gananciales y no es obstáculo para su existencia. Igualmente desecha el inconveniente que podrá dimanar del artículo 1.666, que exige un objeto lícito; la objeción, dice, carece de peso si se tiene en cuenta que diversos textos legales españoles reconocen ciertos efectos a la relación de hecho. Las posibilidades que brinda la solución de pactar una sociedad a quienes pretenden resolver su problema de vida en común sin matrimonio son amplísimas, pues el artículo 1.672 admite la sociedad universal, el 1.674 reconoce que puede pactarse la comunicación recíproca de las ganancias, el 1.680 fija la duración de la sociedad, el 1.707 reconoce la posibilidad de disolución antes del plazo pactado si falta uno de los compañeros a sus obligaciones, y el 1.708, que se remite a las reglas de la herencia para la partición. SIMÓ SANTONJA llega a más, en una idea que nos parece bastante atrevida y difícil de admitir, y es que, dice, incluso cabe pensar hasta qué punto sería válido, no el pacto de remitirse a los artículos que regulan la sociedad legal de gananciales, sino la adopción de pactos concretos en que tradujeran a la sociedad civil como las mismas normas de los gananciales. Dice también SIMÓ que igualmente podrá constituirse una sociedad mercantil de responsabilidad limitada. Nos parece una solución exagerada, por las formalidades de escritura e inscripción en el Registro Mercantil, y poco apropiada para quienes por principio dicen que huyen de toda formalidad; dice que el Notario MERINO HERNÁNDEZ expuso en el coloquio de Messina que él la había utilizado en un caso concreto, con resultado satisfactorio hasta el momento. Como anécdota puede valer.

Como resumen de estas opiniones doctrinales, parece que puede admitirse que los convivientes pacten como régimen patrimonial cualquiera de las formas societarias, excepto la sociedad universal de bienes y ganancias, en cuanto que en ésta habrían de expresar como causa la unión de hecho, que, como tal, sería una causa no lícita, y por tanto, el contrato que se hiciere caería en la inefectividad que declara el artículo 1.275 del Código Civil.

(79) Discurso académico dicho, pág. 29.

C) CONSTITUCIÓN DE UNA COMUNIDAD DE BIENES

Si hemos considerado posible construir una sociedad civil y aún mercantil para regular los aspectos patrimoniales de las uniones de hecho, ¿cabría que los convivientes pudieran pactar sólo la existencia entre ellos de una comunidad de bienes?

Nuestro Código Civil regula la comunidad de bienes en el Título III de su Libro II, donde comienza definiéndola en su artículo 392, al decir que *hay comunidad cuando la propiedad de una cosa o derecho pertenece proindiviso a varias personas*. Según el artículo 393, *el concurso de los partícipes, tanto en los beneficios como en las cargas, será proporcional a sus respectivas cuotas, que se presumen iguales mientras no se pruebe lo contrario*.

Por supuesto, la comunidad que regula nuestro Código es la llamada romana, en oposición a la germánica, que tiene supuestos distintos. El Maestro CASTÁN (80) dice con su claridad habitual que en la comunidad o condominio romano la cosa pertenece a los condóminos por partes intelectuales o cuotas o partes proindiviso; en la comunidad germánica, o sea, la llamada propiedad colectiva o en mano común, la cosa pertenece a la colectividad, sin ninguna división ideal de cuotas. En la primera, aclara, cada comunero puede disponer de su cuota, mientras que en la segunda, no existiendo cuotas propiamente dichas, no existe la posibilidad de disponer y enajenar. Si la sociedad de gananciales es precisamente la germánica, según su regulación legal y repetidas declaraciones del Tribunal Supremo y la Dirección General, no parece que este tipo sea el adecuado para aplicarlo a la unión de hecho, y por ello se debe entender que si los convivientes pactan comunidad de bienes, ha de ser del tipo romano, y no otro.

En esto coincide actualmente la doctrina que se ha ocupado del tema. En Francia, donde la regulación de la comunidad en el *Code* no es tan adecuada como en nuestro Código, varios autores quisieron ver en la unión extramatrimonial una especie de comunidad de hecho, cosa que critica BERNARD DEMAINE (81), diciendo que esto es tanto como aplicar a la unión de hecho un pseudorégimen matrimonial.

En España no se ha presentado la duda, según nos dicen ESTRADA ALONSO y GALLEGU DOMÍNGUEZ (82). Los convivientes, valiéndose de los medios transmisivos ordinarios (cesión, permuta, donación) pueden conseguir que todos o parte de los bienes de titularidad de uno pasen a pertenecer a ambos proindivi-

(80) *Derecho Civil Español, Común y Foral*, edición de 1984, tomo segundo, volumen I: Derecho de cosas, pág. 417.

(81) Ver libro citado, pág. 111.

(82) Ambos en sus libros citados, el primero en la pág. 183, y el segundo en la pág. 154 de su Tesis.

so, sujetándose a las normas generales de la contratación. Pueden alcanzar voluntariamente este resultado como modo de traducir en términos jurídico-patrimoniales la comunidad de vida y confusión de hecho que puede existir en sus relaciones económicas. Junto a esto, es evidente que en el momento de adquirir un bien o derecho concreto puede hacerse proindiviso por ambos convivientes.

El Notario SIMÓ SANTONJA (83) dice que puede darse comunidad en particular sobre cada casa o derecho, expresándolo así en el momento de su adquisición, con lo que niega la posibilidad de un pacto de comunidad, mirando al futuro. Aunque pudiera deducirse otra cosa de la libertad de pactos que permite el artículo 1.255 del Código Civil, es evidente que el artículo 392 del mismo indica claramente que tal comunidad ha de acordarse en el momento de adquirir cada cosa o derecho, lo que hace inviable un pacto de comunidad futura sobre bienes inconcretos aún no adquiridos. Nada obsta, sin embargo, para que cada vez que se adquiriera un bien se modalice la comunidad con reglas especiales protegidas y amparadas por el párrafo segundo de dicho artículo. Así, se pueden establecer pactos especiales respecto a varios puntos que autoriza el propio Código, por ejemplo: fijar el concurso de los partícipes en los beneficios y las cargas (art. 393), regular el servicio que puede prestar la cosa a cada partícipe (art. 394), fijar la contribución a los gastos de la casa o derecho común (art. 395), el tiempo de duración de la comunidad y su posible prórroga (art. 400), etc.

III. FALTA DE PACTO O CONVENCION

Los artículos 1.315 y 1.316 del Código Civil señalan, para las regiones de Derecho Civil común, que el régimen del matrimonio será el que los cónyuges estipulen en capitulaciones matrimoniales y a falta de las mismas, o cuando sean ineficaces será el de la sociedad de gananciales. En Cataluña, el régimen legal es la separación de bienes; en Aragón, la comunidad de muebles y adquisiciones, y en Navarra es régimen legal supletorio el de conquistas, según la Ley 82 de su Fuero Nuevo.

Si partimos de la idea clara de que no cabe equiparar los sistemas matrimoniales, determinados por ley, con las uniones de hecho, ¿cuál será la solución a adoptar para el caso, el más frecuente, de que los convivientes no se hayan preocupado de establecer por pacto las reglas que han de regir sus relaciones patrimoniales?

No han faltado autores y aun decisiones judiciales que han acudido a la analogía para facilitar la solución a los problemas planteados. La Ley de Parejas de Cataluña presupone la separación al decir que *cada miembro de la*

(83) Discurso académico dicho, pág. 29.

pareja conserva el dominio, el disfrute y la administración de sus bienes (arts. 3 y 22), reservando la posibilidad de pacto solamente para otras cuestiones distintas. La Ley aragonesa no regula nada sobre el particular, guardando silencio.

Ante esto, hay que decidir la cuestión de cuál será el régimen patrimonial, pues si durante la convivencia quizá ni se plantea, tendrá importancia decisiva a la hora de la ruptura o del fallecimiento de uno de los convivientes.

Porque el problema no se ciñe a determinar la propiedad de los bienes adquiridos, cosa que sería relativamente fácil con sólo mirar al título con que se hizo la adquisición. Hay otros problemas relacionados con las ganancias producidas durante la unión, de origen no siempre determinado. Como dice GALLEGU DOMÍNGUEZ (84), los problemas que pueden plantearse son arduos y variados; lo que debe evitarse en todo caso es un enriquecimiento injusto de uno de los convivientes a costa del oro. Las modalidades de la vida extramatrimonial que podemos encontrar en la práctica son plurales, y cada una de ellas ha de valorarse conforme a sus circunstancias. Es justo atender a las pretensiones del conviviente que dedicó su trabajo, atenciones y aportaciones al hogar común, mientras que su otro compañero dedicó su esfuerzo y trabajo a la obtención de ganancias; por otra parte, la comunidad de vida ha producido gastos y cargas y éstos han de tenerse en cuenta.

A falta de pacto expreso se aventura como soluciones acudir a la analogía de los regímenes matrimoniales de comunidad o separación, aplicar las reglas de una *sociedad de hecho*, considerar que hay una simple comunidad de bienes, y, por último, considerar que debe evitarse el enriquecimiento injusto o aplicar la equidad.

A) POSIBILIDAD DE ACUDIR A REGÍMENES MATRIMONIALES SUPLETORIOS

Algunos países admiten en sus legislaciones como solución jurídica la aplicación a las uniones de hecho del régimen económico matrimonial supletorio vigente en cada ordenamiento.

Así, en ciertos países hispanoamericanos, quizá por razones sociológicas, se admite la equiparación, total o parcial, entre unión de hecho y matrimonio a efectos del régimen económico. GALLEGU DOMÍNGUEZ (85) señala los siguientes:

- Bolivia, que en su Código de Familia de 1972 establece que en las uniones de hecho entre personas hábiles para contraer matrimonio se

(84) Obra citada, pág. 156.

(85) Mismo lugar, págs. 159 y 160, a pie de página.

dan efectos similares tanto en las relaciones personales como en las patrimoniales.

- Cuba, en la Constitución de 1960, remite a los Tribunales la facultad de equiparar unión y matrimonio por razón de equidad.
- Guatemala, en su Código Civil, admite una equiparación de efectos cuando la unión tenga al menos tres años de duración y esté inscrita en el Registro Civil.
- En el Estado mexicano de Hidalgo, el Código de Familia de 1983 asimila el concubinato al matrimonio, cumpliendo unas condiciones especiales.
- En Panamá, la Ley de 1956 señala que surtirá los efectos del matrimonio la unión de hecho bajo determinadas condiciones y concurriendo las notas de singularidad y estabilidad.
- En Perú, el Código de 1984 admite que la unión de hecho de personas libres de impedimento matrimonial origina una sociedad de bienes que se sujeta al régimen de gananciales, si la unión hubiera durado al menos dos años.

Pero en la mayoría de los ordenamientos de nuestro entorno europeo las leyes no regulan esta cuestión y lo normal es que tanto la doctrina como la jurisprudencia concuerdan en no admitir la aplicabilidad como supletorio de un régimen matrimonial, sencillamente porque no hay matrimonio (86).

En España la situación es esta última: no hay normas que señalen la posibilidad de aceptar un régimen legal supletorio para las uniones tomándolo del régimen del matrimonio. Los gananciales en el régimen común, la comunidad más o menos amplia de Aragón, Navarra, Vizcaya y Fuero del Baylío, o la separación en Baleares y Cataluña, están establecidos para el matrimonio, pero nada más; tan sólo, como se ha dicho, en Cataluña, sin hacer equiparaciones, se establece la separación de bienes entre los convivientes, incluso con cierto aire imperativo, sin posibilidad de pacto en contra.

Salvo esta excepción, ¿serían aplicables a las uniones de hecho las soluciones supletorias dadas para el matrimonio?

Las tesis favorables a la aplicación de la sociedad de gananciales a las uniones de hecho es una postura minoritaria, sólo excepcionalmente admitida por la doctrina y la jurisprudencia; al efecto sólo hay una sentencia de la Audiencia Provincial de Logroño de 3 de abril de 1992.

En cambio, la tesis contraria cuenta con la gran mayoría de las opiniones doctrinales y la que forma doctrina del Tribunal Supremo, que está consolidada, como veremos, en las varias sentencias que resumiremos al final de este

(86) ESTRADA ALONSO, obra citada, pág. 174.

trabajo. Nos parece la más acertada, pues si no aceptábamos la posibilidad de que los convivientes pactasen de modo expreso un régimen de gananciales, ¿cómo aceptarlo cuando el consentimiento en tal sentido no ha existido? Por otra parte, los artículos 1.344 y 1.345 del Código hablan estrictamente de *marido, mujer y matrimonio*; no es posible acudir a los gananciales cuando no existen esos supuestos básicos.

GALLEGO DOMÍNGUEZ la defiende (87), apoyándola en varias razones de peso, e igualmente se adhiere a ella ESTRADA ALONSO (88), diciendo que no existe en la convivencia *more uxorio* ninguna voluntad nupcial, pues se trata de una situación de hecho que no produce efecto jurídico alguno y que adquiere una formación diferente a la del matrimonio: las obligaciones que nacen del matrimonio son instantáneas y, por el contrario, las de los compañeros son la consecuencia y no la causa de una vida en común duradera. Por ello, concluye, aplicar analógicamente el régimen económico matrimonial iría en contra de las normas imperativas que regulan las formalidades exigibles para contraer matrimonio.

Nos parece atinada la idea que expresa GALLEGO (89) de que los sujetos que no contraen matrimonio no desean formar un régimen de comunidad, sino que más bien lo que desean es mantener, en principio, sus patrimonios y ganancias separados, aunque eso no signifique que rija el régimen económico matrimonial regulado por el Código Civil en sus artículos 1.435 a 1.444. No hay, ni debe haber equiparación ni analogía con algo que ellos por principio rechazan, que es el matrimonio y sus consecuencias. Eso es lo que hace, como hemos visto, la Ley catalana; nada de acudir a su régimen legal de separación, que se establece en el Código de Familia; simplemente se dice que *cada miembro de la pareja conserva el dominio, el disfrute y la administración de sus bienes*.

En la Ley Foral de Navarra no se dice nada de que sea aplicable el régimen de conquistas a falta de pacto, por lo que habrá que entender que no es aplicable.

B) ¿ASIMILACIÓN A LA FIGURA DE LA «SOCIEDAD DE HECHO»?

Según hemos visto antes, es posible que los convivientes adopten la forma societaria en sus distintas modalidades, excepto la universal de bienes y ganancias, pactándolo expresamente, si reúnen los requisitos señalados en la legislación vigente.

(87) Obra citada, pág. 166.

(88) Libro dicho, pág. 174.

(89) Mismo libro dicho, pág. 170.

Aquí la cuestión es otra: se trata de ver si, cuando no ha existido contrato alguno al efecto, se puede considerar que hay en la realidad una figura societaria de hecho en las relaciones patrimoniales entre convivientes.

La cuestión ha sido discutida tanto en la doctrina como en la jurisprudencia. En Francia, BERNARD DEMAÏN (90) recoge varios fallos judiciales que exigen, junto a otros requisitos, la concurrencia de la *affectio societatis* para considerar que se da realmente la figura de la sociedad. Esta *affectio* supone una actitud de los socios de la que se deduce una colaboración activa y consciente con ánimo de repartirse los beneficios, lo que diferencia a la sociedad de la comunidad. Entre los concubinos no existen generalmente documentos o signos externos que permitan presumir su intención de constituir una sociedad, no suele haber contrato por escrito y rara vez hay una razón social: en efecto, el negocio, aunque se explote realmente por los dos concubinos, está a menudo a nombre de uno solo. Cita una sentencia del Tribunal de Lyon que ordenó un dictamen pericial para determinar el papel efectivo de la concubina en las empresas comerciales existentes a nombre de su concubino; para apreciar la *affectio societatis* habrá que investigar si los hechos de la explotación forman un conjunto de presunciones que impiden toda discusión.

Dice también BERNARD DEMAÏN que normalmente las sociedades que pueden darse entre los concubinos no son normalmente *sociedades de hecho*, pues éstas son sociedades degeneradas en las cuales las partes han tenido intención de constituir una sociedad, pero han celebrado un contrato que adolece de alguna irregularidad. Cree que lo que puede existir es una *sociedad cerrada de hecho*, en la que los concubinos no han tratado nunca de adecuarse a la ley, son creadas de hecho (en el sentido de que resulta de los hechos, no de la voluntad de los concubinos, los cuales no han tenido nunca la intención de constituir una verdadera sociedad).

Dejando aparte esta distinción terminológica, seguiremos llamando *sociedad de hecho*, expresión más sencilla, al fenómeno que nos interesa, y continuamos exponiendo la postura de la jurisprudencia francesa que resume el citado autor BERNARD DEMAÏN (91) diciendo que aunque la voluntad de los concubinos haya sido incapaz, por sí sola, de hacer nacer para el futuro, a cargo de cada uno de ellos, obligaciones que el juez pueda sancionar, porque su intención era precisamente no considerarse jurídicamente vinculados, el hecho de que el inexistente acuerdo haya sido llevado a la práctica permitirá al juez reconocerle un efecto jurídico. Las partes, los concubinos entre sí se vinculan en la medida que actúan y su actividad probada traslada al terreno del Derecho lo que había quedado fuera, cuando tal actuación lleva al juez la existencia del acuerdo. Cuando no son los concubinos, sino los terceros los

(90) Libro citado, pág. 40.

(91) Mismo libro, págs. 62 y 63.

que pretenden valerse de la existencia de una sociedad de hecho, hay que hacer jugar una importante noción nueva, que es la apariencia; los terceros pueden hacer valer la existencia de una sociedad aparente ante sus ojos, aunque en realidad los concubinos no hayan tenido intención de comportarse como verdaderos socios, pero aparecieron como tales al exterior.

En España, la doctrina y la jurisprudencia miran también con prevención esta figura de la sociedad de hecho entre los convivientes, exigiendo la prueba de la relación societaria para considerarla existente. ESTRADA ALONSO (92) dice que si falta la *affectio societatis* no puede admitirse la existencia de una sociedad, porque la mera confusión de bienes resultante de la unión libre no tiene por objeto la realización y reparto de beneficios. La unión libre no crea por sí misma la presunción de existencia de una sociedad de hecho, por faltar ese requisito esencial de la *affectio societatis* que hay que probar; la jurisprudencia exige una investigación exhaustiva para ver si se dan o no todos los elementos que necesita una sociedad en las uniones de hecho; si no se exigiesen estas condiciones podrá encubrirse bajo el aspecto de una sociedad de hecho un verdadero régimen matrimonial, supuesto inadmisibles, porque vendrá a dar a la unión unos efectos iguales o equivalentes al matrimonio.

GALLEGO DOMÍNGUEZ trata el tema con bastante amplitud (93) y lo resumimos recogiendo su opinión, también condicionada y cuidadosa para aceptar la idea de la sociedad de hecho como aplicable al fenómeno fáctico de la unión. Dice dicho autor que la unión de hecho, sólo por serlo, no supone la existencia en ella de una sociedad, porque no ha habido una voluntad negocial *a priori* que la haya constituido, ni median los requisitos necesarios. Para poder entender vigente entre los unidos una sociedad es necesario que concurren, aparte el consentimiento, la constitución de un fondo común con las aportaciones de los socios, intención de conseguir un lucro común partible y la inevitable *affectio societatis*. Si en principio hay una separación patrimonial entre los convivientes, no hay comunidad económica, aunque haya comunidad de vida. La postura absolutamente mayoritaria de la doctrina y la línea dominante en la jurisprudencia se inclina por declarar que el simple hecho de la convivencia de las personas no supone la concurrencia de los requisitos necesarios para dar vida a una sociedad.

La jurisprudencia es rigurosa en la apreciación de la *affectio societatis* y es natural, pues debe evitarse que la norma genérica inspirada en el principio de la separación patrimonial se vea alterada por una supuesta relación societaria que sería contradictoria. La sentencia del Tribunal Supremo, de 21 de octubre de 1992, niega que toda unión de hecho, por el mero y exclusivo

(92) Libro citado, págs. 182 y 194.

(93) Tesis dicha, pág. 171 y sigs.

hecho de iniciarse, haya de llevar aparejado el surgimiento automático de un régimen de comunidad y habrán de ser los convivientes los que por su pacto expreso o por sus *facta concludencia* evidencien que su inequívoca voluntad fue la de hacer comunes todos o algunos de los bienes adquiridos durante la duración de la unión de hecho. Y la sentencia del Tribunal Supremo, de 18 de febrero de 1993, insiste en que aparece demostrada la voluntad de los convivientes de hacer comunes los bienes adquiridos durante la convivencia por actos que deben consistir bien en una aportación patrimonial al negocio productor de beneficios, o, en otro caso, la cooperación con su trabajo personal en las ganancias.

GALLEGO sigue la misma distinción que antes apuntábamos, consolidada en la doctrina francesa. Si es uno de los convivientes el que alega la existencia de la sociedad, deberá probar los elementos constitutivos de la misma, sometién dose a las normas generales en materia de prueba, sobre todo por indicios y presunciones a apreciar por el Juez. A los terceros interesados en la declaración de existencia de sociedad les puede bastar con la apariencia producida por los actos externos de los convivientes; se trata de la protección a la buena fe de los terceros que contrataron confiados en que tales apariencias correspondían a una realidad societaria.

Resumiendo: si la sociedad no se ha constituido con arreglo a las formalidades legales, sólo se puede admitir que haya entre los convivientes una sociedad *tácita* si se demuestra su existencia por datos que la evidencien, pues el principio básico es precisamente el de la separación patrimonial entre los miembros de la pareja.

C) TEORÍA DE LA COMUNIDAD DE BIENES

Antes hemos esbozado los conceptos básicos de la comunidad de bienes, regulada en los artículos 392 y siguientes del Código Civil, y admitíamos la posibilidad de que los convivientes en uniones de hecho pactasen la coparticipación en los bienes y sus productos, con tal que el pacto no implique asimilación a regímenes de comunidad matrimonial y menos aún si es del tipo de la sociedad de gananciales.

En principio, la separación de bienes es la tónica entre los convivientes: lo que adquiere cada uno, sólo a él le corresponde. Si quiere que participe el otro, deben pagarlo entre los dos o al menos, con donación simulada incluida, debe declararse que se ha adquirido con dinero de ambos. Esa es la comunidad posible; respecto a bienes concretos, con consentimiento mutuo y en régimen de comunidad romana.

No consideramos admisible la tesis permisiva que considera que la unión de hecho genera durante su vigencia una comunidad universal en los bienes

adquiridos por cualquiera de los convivientes. Entendemos que sólo es posible la comunidad respecto a bienes concretos, cuando efectivamente ha existido una coparticipación en la adquisición del bien, de igual modo que podría admitirse una comunidad de bienes entre dos personas extrañas. Así lo entiende GALLEGO (94) y también, según vimos antes, el Notario SIMÓ SANTONJA (95), quien opina que sólo puede darse la comunidad en particular sobre cada cosa o derecho, expresándolo así en el momento de su adquisición, con lo que niega la posibilidad de un pacto de comunidad genérica mirando al futuro.

Aquí habrá de acudir, cuando se alegue la copropiedad sobre un bien, a probar la adquisición proindiviso. Si hay prueba documental y más si es pública, no habrá dudas. Menos aún si hay inscripción en el Registro de la Propiedad, pues el artículo 54 del Reglamento Hipotecario exige que las inscripciones de partes indivisas de una finca o derecho precisarán la porción ideal de cada condueño con datos matemáticos que permitan conocerla indudablemente.

Así pues, no cabe apreciar en la unión de hecho una comunidad universal, aunque sea romana, por el mero hecho de existir tal unión extramatrimonial. La unión de hecho es eso, sólo un hecho, y falta todo lazo jurídico entre sus integrantes, que han querido mantener separados sus distintos ámbitos patrimoniales. Si de hecho se ha producido alguna confusión, debe aclararse partiendo de la individualización de las adquisiciones y ganancias de uno de los miembros, sobre todo a la hora de la ruptura.

Por tanto, sólo pueden considerarse comunes aquellos bienes adquiridos conjuntamente por ambos sujetos y quizá los bienes cuya titularidad no conste; en el primer caso, se les adjudicarán con arreglo a sus respectivas cuotas según el artículo 393 del Código Civil, y en el segundo, según GALLEGO, debería aplicarse el artículo 1.414 del mismo Código, que indica las reglas del indiviso ordinario, o sea, por mitad.

¿Qué ocurre cuando hay titularidades formales incorrectas? El Tribunal Supremo, en su sentencia de 3 de julio de 1984, contempló el caso de una finca adquirida por ambos convivientes con fondos comunes, pero fue escriturada e inscrita sólo a favor de uno de ellos; la mujer demandó al varón solicitando que se rectificase la inscripción a razón del cincuenta por ciento a cada uno; la demanda se estimó en primera instancia y la Audiencia Territorial confirmó la sentencia: La sentencia del Supremo también la confirmó, aunque con una motivación un tanto extraña, pues estimó la existencia de una *sociedad irregular mercantil*, por lo que ordena que se rectifique la inscripción, hecha sólo a favor del varón.

(94) Tesis citada, pág. 196.

(95) En el lugar citado en la nota 83.

Conocemos otro caso de rectificación, con consentimiento del varón, pero a través de un cauce procesal inadecuado. En un juzgado de una ciudad del Levante español se aprobó en 1999 un *convenio regulador* de la separación de una unión de hecho bajo el falso razonamiento contenido en los fundamentos jurídicos de que *aunque no se trate de una separación matrimonial propiamente dicha, ya que los demandantes no han contraído matrimonio, estamos en presencia de una unión de hecho entre las personas que iniciaron su relación sentimental en el año 1993 con intención de permanencia, formando entonces y hasta el año en curso una pareja estable, con convivencia ininterrumpida, por lo que debe aplicarse, por analogía, lo establecido en la Disposición Adicional 6.ª de la Ley 30/1981, de 7 de julio, las normas del Código Civil que regulan... la separación y disolución del matrimonio*. Y, en consecuencia, se concluye que, por aplicación de lo dispuesto en el artículo 90 del Código Civil, procede convalidar el convenio regulador aportado. En lo que la sentencia llama *convenio regulador*, que no es tal, porque no hay matrimonio que se disuelva, los convivientes declaran que el piso en el que vivieron juntos fue comprado con el dinero de ambos por mitad, aunque en el Registro de la Propiedad aparece inscrito sólo a nombre de él, como soltero, en pleno dominio. Al pretenderse la rectificación del asiento, basándola en el citado *convenio*, no se admitió por el Registrador, por no ser un título adecuado, pues según el artículo 40.d) de la Ley Hipotecaria, la rectificación precisa el consentimiento del titular del asiento, por lo que el varón hubo de prestarlo en escritura pública, que fue el título hábil para la rectificación.

En resumen, y según lo que llevamos dicho, la comunidad de bienes sí puede darse entre los componentes de las uniones de hecho, pero igual que lo pudiera ser entre extraños, sin que el hecho de la convivencia altere en lo más mínimo la esencia, los requisitos y los efectos que para las comunidades en general se establece en los artículos 392 y siguientes del Código Civil. La unión de hecho es un dato que no añade absolutamente nada al régimen de los comuneros sobre la cosa o derecho que les pertenece proindiviso.

D) EL ENRIQUECIMIENTO INJUSTO Y LA EQUIDAD COMO SUPLETORIOS

Cuando no quepa acudir a la prueba de que ha existido una situación societaria o de comunidad, y también cuando se trata de una prestación de servicios que no se ha remunerado, puede surgir un desequilibrio económico que favorece injustificadamente a un conviviente en perjuicio de otro.

Es justo que éste pueda pedir que se restablezca el equilibrio y así lo entiende tanto la doctrina como la jurisprudencia, desde los tiempos clásicos hasta hoy, mediante el ejercicio de la llamada *actio in rem verso*, generalmente admitida si se dan sus supuestos de apelación.

En la doctrina francesa, según nos dice BERNARD DEMAÏN (96), se considera normal la aplicación del principio de que nadie debe enriquecerse injustamente a costa de otro, como lo fue ya desde tiempos de los romanos. Concretamente, en el supuesto que nos interesa, dice que si dos concubinos han puesto en común sus bienes y uno de ellos, supongamos que la mujer, lo que es el caso más frecuente, ayuda al otro en la explotación de un comercio, le presta numerosos servicios, hace el oficio de empleada de confianza, a veces incluso de secretaria, aceptando trabajar sin remuneración, en ocasiones con la única esperanza de un matrimonio y éste no tiene lugar; otras veces, la concubina ha prestado servicios valorables en dinero, ha contribuido ampliamente a la buena marcha del negocio, incluso ha trabajado fuera y ha aportado un salario en dinero, hay un beneficio para el concubino, un enriquecimiento cierto a favor de éste, al menos en un ahorro de gastos. Si el beneficio existe en el momento de la liquidación de la unión, debe ser reclamado. Aunque el fundamento de la acción no esté en ningún texto legal, se basa en el principio de equidad citado de que nadie debe enriquecerse injustamente a costa de otro. Así lo declara la jurisprudencia francesa que este autor nos cita en su libro.

Recoge la misma idea el Profesor DÍEZ PICAZO (97), diciéndonos que para comprender la idea del enriquecimiento sin causa y especialmente la del enriquecimiento negativo, es de sumo interés el caso, fallado en la jurisprudencia francesa, de una empleada que, a causa de una promesa de matrimonio, trabaja en casa de su patrono, que es al mismo tiempo su prometida y su concubina, que no percibe salario ni retribución alguna, la cual, no habiéndose producido el matrimonio, tiene derecho, y así lo conceden los tribunales franceses, a la restitución del enriquecimiento logrado por el patrono, pues éste se había enriquecido ahorrándose el salario, y ella, por su parte, se había empobrecido por su falta de retribución.

Aunque ya en las Partidas se declaró que nadie debe enriquecerse torticerosamente con daño de otro, no hay un precepto claro que diga algo igual en el Código Civil, aunque algunos consideran que podría basarse esta acción *in rem verso* en los artículos 1.163, 1.158 y 1.689. Pero aún con este vacío legal, tanto la doctrina como el Tribunal Supremo han perfilado los requisitos que deben presentarse para hacer viable una pretensión de evitar el enriquecimiento, y estos requisitos son perfectamente aplicables al caso de las uniones de hecho (98); así lo señala la sentencia del Tribunal Supremo de 11 de diciembre de 1992.

(96) En su libro que venimos citando, pág. 102.

(97) En su libro *Derecho Civil Patrimonial*, Madrid, 1972, vol. I, pág. 79.

(98) Así lo ven ESTRADA ALONSO, libro citado, pág. 220, y GALLEGU DOMÍNGUEZ en su Tesis, pág. 216.

Se considera que deben concurrir los requisitos siguientes:

1. Enriquecimiento de uno de los convivientes: Así cabría entenderlo cuando en una convivencia uno de ellos obtenga un enriquecimiento patrimonial a costa del otro, bien sea por la obtención de un lucro directo o porque ha evitado gastos o daños.
2. Empobrecimiento correlativo del actor, para el cual supone una pérdida económicamente valorable, como consecuencia de una transmisión de bienes, por la prestación de servicios o en haber perdido por causa de la unión un incremento patrimonial que de otro modo hubiera podido percibir.
3. Falta de causa que justifique el enriquecimiento: Así lo dice expresamente la citada sentencia del Tribunal Supremo, de 11 de diciembre de 1992, al declarar que en el caso juzgado no se halla justificado el enriquecimiento del demandado, porque el ordenamiento jurídico no determina que la convivencia extramatrimonial constituya a quienes opten por ella en la obligación de prestarse determinadas atenciones en sus relaciones profesionales o sociales o en la vida doméstica.
4. Inexistencia de un precepto legal que excluya la aplicación del principio del enriquecimiento, tal como ocurre en este caso, donde no hay precepto legal alguno que obste a reclamar el perjuicio ocasionado, tal como se declaró de modo expreso en la sentencia relacionada.

El efecto de la *actio in rem verso* por enriquecimiento sin causa, una vez probados los hechos y la concurrencia de los requisitos, será que el conviviente perjudicado podría obtener el correspondiente resarcimiento.

Aunque faltase alguno de los requisitos para ejercitar la acción de enriquecimiento, GALLEGU DOMÍNGUEZ (99) considera que aún puede acudir a la teoría de la equidad, según la cual los Tribunales deben decidir en cada caso concreto, acudiendo a la equidad, sobre el reparto de bienes y ganancias obtenidas por los convivientes durante la unión.

Nuestro Código Civil, en su artículo 3.2 la acepta, aunque con carácter un tanto restrictivo, al decir que *habrá de ponderarse en la aplicación de las normas, si bien las resoluciones de los Tribunales sólo podrán descansar de manera exclusiva en ellas cuando la ley expresamente lo permita*.

Con arreglo a este criterio, aún con limitaciones, parece posible acudir a la equidad cuando los problemas de la unión de hecho concreta sólo pueden tener solución con arreglo a estos patrones.

En otros países que cita GALLEGU DOMÍNGUEZ (100) existen normas que permiten a los Tribunales juzgar en equidad cuestiones relativas a la convi-

(99) Obra citada, pág. 224.

(100) En el mismo lugar citado en la nota anterior.

vencia extramatrimonial. Así es en Cuba, Nueva Gales del Sur (Australia) y California (EE.UU.).

IV. EFECTOS DURANTE LA CONVIVENCIA

Hemos visto las posibles soluciones al régimen patrimonial de los convivientes, según haya mediado o no convención sobre la propiedad, administración y disposición de los bienes que pertenecen a los integrantes de la pareja.

Pero la convivencia da lugar, además, a otras relaciones que aunque puedan considerarse *de menos cuantía*, tienen, sin embargo, su importancia por constituir el vivir de cada día de los convivientes, tal como los gastos domésticos, los alimentos entre ellos, la vivienda común y la contratación entre los propios convivientes y respecto de terceros.

A) CARGAS Y GASTOS

Entre cónyuges no hay problema, en cuanto que el artículo 1.318 del Código Civil declara sujetos sus bienes al levantamiento de las cargas del matrimonio y si uno de los cónyuges incumple el deber de contribuir al levantamiento de estas cargas, el otro puede acudir al juez, que adoptará las medidas adecuadas.

¿Puede aplicarse esta solución en las uniones de hecho? La doctrina no admite esta equiparación. Así, ESTRADA ALONSO (101) nos dice que no se debe olvidar que el matrimonio y la unión se forman de manera diferente. La obligación del matrimonio es instantánea y aceptada consecuentemente, mientras que las obligaciones de los compañeros vienen a ser la consecuencia y no la causa de la vida en común. La *ratio* de las normas que regulan la comunidad conyugal se centra en la continuidad y estabilidad de la misma; por el contrario, en la convivencia extramatrimonial, las partes pueden poner fin a la relación en cualquier momento; en consecuencia, los artículos que imponen a los cónyuges los deberes de convivencia y socorro mutuo (arts. 67 y 68 del Código Civil), que tienen su origen en la institución matrimonial, no pueden ser de aplicación imperativa a los convivientes de hecho.

La obligación perfecta, la obligación civil, es aquella que origina medios eficientes para que la Ley la haga cumplir de modo coactivo si el sujeto pasivo la infringe. La obligación natural implica un vínculo moral, pero no se puede acudir al juez para pedir su cumplimiento. Entre los esposos, el artículo 1.318 da los medios; en la unión de hecho no existe en el Código norma alguna que

(101) Obra citada, pág. 232.

adopte solución al problema, por lo que entre convivientes, si hay el deber de mutua asistencia y de contribuir a los gastos cotidianos que origina la convivencia, es sólo una obligación natural o moral, pero sin coerción jurídica.

Salvo alguna opinión aislada en contra (102), la doctrina más general considera que estas cargas y gastos ordinarios entre convivientes, si bien pueden regirse por lo que éstos acuerden, no gozan de protección jurídica en caso de incumplimiento. Así lo resume GALLEGO DOMÍNGUEZ (103), al negar que exista una obligación civil de atender a las cargas y gastos del hogar de hecho. Si hay hijos, la obligación se deriva de las relaciones de filiación y parentesco (arts. 110, 154 y 142 y sigs. del Código Civil), pero fuera de este ámbito, no existe obligación de atender a los gastos y cargas del hogar, no es aplicable el artículo 1.318 del Código Civil, y entiende que no surge de la convivencia en sí. No obstante, sí piensa que de la vida en común surge un deber de atender a los gastos, que sigue considerando tan sólo como deber natural y que incumbirá a ambos convivientes en proporción a sus respectivos recursos económicos. Y considera imprescindible tener en cuenta esta idea para centrar en su adecuado ámbito de actuación la regla de la irrepetibilidad del pago efectuado y para poder valorar el juego del principio que prohíbe enriquecimientos injustos.

Estamos de acuerdo con estas apreciaciones, sobre todo en lo que concierne, por un lado, a la falta de normas paralelas a las existentes para el matrimonio que permiten convertir en obligación jurídica exigible lo que sólo es una obligación natural de los que conviven tan sólo porque les gusta. Cuando la convivencia no es viable, tienen la solución drástica de romperla. Pero, además, creemos que el deber de asistencia mutua y pago de gastos ordinarios, por obligación natural o moral con que se la califique, se traduce en unas cantidades en metálico perfectamente valiables y, por tanto, el conviviente perjudicado podrá perfectamente acudir al resarcimiento por la vía del enriquecimiento injusto. En efecto, aquí se darían los elementos exigidos para la acción *in rem verso* por la jurisprudencia, a saber: enriquecimiento de una parte, empobrecimiento correlativo de la otra y falta de causa que justifique ese desequilibrio.

La cuestión adopta un nuevo giro para los que puedan acogerse a las leyes de parejas de Cataluña, Aragón y Navarra, donde sí se reconoce con todo valor estas obligaciones, y por tanto se les dota de eficaces instrumentos legales para exigir su cumplimiento.

Así, la Ley de Cataluña establece en su artículo 3 —que repite en el 22 para los homosexuales— que si no hay pacto, los miembros de la pareja contribuirán al mantenimiento de la casa y a los gastos comunes con el trabajo domés-

(102) Ver MANUEL PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, en *Derecho de Familia*, pág. 399.

(103) Obra citada, pág. 237.

tico, con su colaboración personal o profesional no retribuida o con la retribución insuficiente a la profesión o a la empresa del otro miembro, con los recursos precedentes de su actividad o de sus bienes, en proporción a sus ingresos, y, si éstos no son suficientes, en proporción a sus patrimonios.

Para evitar toda duda sobre cuáles deben considerarse comunes, el artículo 4 —23 para los homosexuales— señala que tienen la consideración de gastos comunes de la pareja los necesarios para su manutención y la de los hijos, comunes o no, que convivan con ellos, de acuerdo con sus usos y su nivel de vida, y especialmente:

- los originados en concepto de alimentos, en el sentido más amplio;
- los de conservación o mejora de las viviendas u otros bienes de uso de la pareja;
- y los originados por las atenciones de previsión, médicas y sanitarias.

Y, por el contrario, no tienen la consideración de gastos comunes, y, por tanto, no entran dentro del concepto de obligación mancomunada de los convivientes, según el número 2 de los dos artículos citados, los derivados de la gestión y la defensa de los bienes propios de cada miembro, ni, en general, los que responden al interés exclusivo de uno de los miembros de la pareja. Recuérdesse que en el último inciso del punto segundo de los artículos 3 y 22, se establece con texto idéntico que cada miembro de la pareja conserva el dominio, el disfrute y la administración de sus bienes, y lo que gasten en esto no serán gastos comunes, por supuesto.

La Ley de Aragón, dando clara muestra de que sus redactores han caído en una *absurda e innecesaria imitación* de la Ley catalana, como dice el Notario MERINO HERNÁNDEZ (104), más bien diríamos que copiando, establece en el número 3 del artículo 5 que *en defecto de pacto, los miembros de la pareja contribuirán al mantenimiento de la vivienda y gastos comunes con sus recursos, en proporción a sus ingresos respectivos, y, si no son suficientes, de acuerdo con sus patrimonios, sin perjuicio de que cada uno conserve la propiedad, administración y disfrute de sus propios bienes. También tendrán la consideración de gastos comunes de la pareja los necesarios para su mantenimiento y el de los hijos, comunes o no, que convivan con ellos, incluyendo el derecho a alimentos, educación, atenciones médico-sanitarias y vivienda*. La Ley Foral de Navarra regula esta materia en su artículo 5, párrafo 3, donde se establece que los miembros de la pareja contribuirán, proporcionalmente a sus posibilidades, al mantenimiento de la vivienda y de los gastos comunes, mediante aportación económica y trabajo personal. Se considerará contribución a los trabajos comunes el trabajo doméstico, la co-

(104) *Manual de parejas estables no casadas*, Librería General, Zaragoza, 1999.

laboración personal o profesional no retribuida o insuficientemente retribuida a la profesión o a la empresa del otro miembro, así como los recursos procedentes de su actividad o de sus bienes, en proporción a sus ingresos respectivos y, si éstos no fueran suficientes, en proporción a sus patrimonios.

B) ALIMENTOS

El derecho de alimentos es tan natural y perentorio que no es preciso ni plantearlo: mal se puede convivir si éstos no se prestan entre sí las más elementales cosas necesarias para subsistir.

El Código Civil los incluye entre la ayuda y el socorro mutuo que se deben los cónyuges en los artículos 67 y 68, y además los extiende a los parientes en los grados y en el modo que se señalan en los artículos 142 y siguientes.

¿Son aplicables estas normas para las uniones de hecho? Como dice acertadamente GALLEGU DOMÍNGUEZ (105), la cuestión del sustento se plantea realmente en el momento de la extinción, más que durante la convivencia; en su transcurso, la asistencia recíproca se producirá de modo espontáneo; si uno de los convivientes resulta necesitado, lo normal será que el otro le preste espontáneamente los alimentos necesarios, porque si no lo hace así, lo más probable es que se produzca la ruptura de la convivencia.

Recordando lo dicho en el apartado anterior, al no haber parentesco ni vínculo matrimonial, no existe ligamen alguno entre convivientes que les permita acudir a los artículos 67 y 68 ni a los más amplios 142 y siguientes. La unión extramatrimonial no crea entre los convivientes recíprocos derechos y obligaciones, ni un estado civil que sirva de base para exigir prestaciones atinentes a tal estado. Y los alimentos en sentido amplio tampoco son exigibles, pues el artículo 143 del Código Civil requiere una relación matrimonial que aquí tampoco se da. En esto están concordes la doctrina, la jurisprudencia y el Derecho comparado de los países de nuestro entorno.

Al igual que decíamos en las cargas ordinarias, no existe obligación legal, pero creemos que sí hay una obligación natural que se fundamenta en el deber de solidaridad que la unión implica y al que aludíamos antes: se trata de un deber de conciencia el atender al sustento del conviviente.

Por supuesto, nos referimos sólo a problemas de alimentos entre los convivientes, pues respecto a los hijos, éstos siempre tendrán derecho a alimentos frente a sus padres, debido al principio de igualdad de filiaciones y que el artículo 143 del Código Civil no distingue entre hijos matrimoniales y extramatrimoniales.

(105) Obra citada, pág. 299.

Hemos visto que la Ley de Cataluña considera en sus artículos 4 y 23 como gastos comunes de la pareja los originados en concepto de alimentos, en el sentido más amplio, y en los artículos 8 y 26 se establece que los miembros de la pareja estable tienen la obligación de prestarse alimentos con preferencia a cualquier otro obligado.

Y la Ley de Aragón sigue los mismos pasos, incluyendo entre los gastos comunes de la pareja el derecho a alimentos en el artículo 5.3, y en el artículo 13 establece que los miembros de la pareja están obligados a prestarse alimentos entre sí, con preferencia a cualesquiera otras personas legalmente obligadas.

Resumiendo, durante la convivencia el prestarse alimentos entre ellos es, aparte de una cosa natural, solamente una obligación moral, sin apoyo jurídico positivo; sólo existe la excepción de los convivientes catalanes y aragoneses, que, según sus leyes autonómicas particulares, gozan de preferencia sobre todos los demás alimentarios.

¿Existe derecho de alimentos después de la ruptura? Partiendo de la idea de que la unión es totalmente libre, tanto en su inicio como en su continuación, lo es, por supuesto, en el final. No hay nada ilícito en la decisión unilateral de romper la unión, y ni siquiera es preciso alegar ninguna causa. Por tanto, ni hay culpa ni negligencia de la que derive la responsabilidad civil del artículo 1.902 del Código Civil, pidiendo la reparación de un daño que, de existir, no sería ilícito.

Cabe que la ruptura sea por mutuo acuerdo y en éste se concluye la prestación de una prestación alimenticia. En este caso sería posible exigir su cumplimiento, pero no por causa de la unión rota, sino por el contrato suscrito, que no consideramos opuesto a la moral; sería una obligación contractual y nunca pseudofamiliar.

En caso de fallecimiento, en nuestra legislación no existe precepto alguno que pudiera amparar una pensión alimenticia a título sucesorio, y menos a favor de un conviviente de hecho, que no es pariente. En este caso nos echa una mano a este razonamiento el artículo 14 de la Ley de Parejas de Aragón, que dice que *la pareja estable no casada no genera relación alguna de parentesco entre cada uno de sus miembros y los parientes del otro*. Sólo cabría, a título totalmente voluntario, que uno de los convivientes ordenara un legado de alimentos a favor del otro y durante la vida de éste, según autoriza el artículo 879 del Código Civil.

La Ley de Parejas de Cataluña dedica a este tema los artículos 14 y 31 (para parejas heterosexuales y homosexuales, respectivamente), según los cuales, al cesar la convivencia, cualquiera de los miembros de la pareja pueden reclamar del otro una pensión alimentaria periódica, si la necesita para atender adecuadamente a su sustento en uno de los casos siguientes:

- si la convivencia ha disminuido la capacidad del solicitante de obtener ingresos;
- si tiene a su cargo hijos o hijas, circunstancia en que su capacidad de obtener ingresos quede disminuida (no se incluye este inciso, por razones obvias, en el art. 31, para las parejas homosexuales).

La Ley aragonesa guarda un silencio total sobre el tema.

La Ley Foral navarra reconoce la posibilidad de pedir pensión alimenticia en su artículo 5, número 4, al extinguirse la unión, como veremos más adelante.

Por la misma razón que venimos apuntando que no es lo mismo, indudablemente, el matrimonio —institución— y la unión —simple hecho— no cabe aplicar a esta última la norma del artículo 97 del Código Civil, que da derecho a una pensión al cónyuge al que la separación o el divorcio causan un desequilibrio económico en relación con la posición del otro. Esta pensión compensatoria que se fijará en la resolución judicial correspondiente, es solamente aplicable a los casos de disolución del matrimonio y no a las uniones de hecho. La sentencia del Tribunal Supremo, de 11 de diciembre de 1992, antes citada, negó que la indemnización que había concedido la Audiencia Provincial a un conviviente tras la ruptura de una unión de hecho pudiese fundarse en el artículo 1.902 del Código Civil, e igualmente negó la aplicación de la pensión del artículo 97 del Código Civil a las uniones de hecho. En el mismo sentido se niega la aplicación analógica de dicho artículo 97 a las uniones de hecho en la sentencia del Tribunal Supremo de 30 de diciembre de 1994, por lo que al ser ya dos fallos concordes, se ha creado jurisprudencia sobre este punto.

C) VIVIENDA

La vivienda común es esencial tanto en el matrimonio como en la unión de hecho, al constituir la base física indispensable para que vivan juntos los componentes de la pareja. Cuando transcurre la convivencia en paz, no se suelen presentar cuestiones, surgiendo éstas, y muy candentes, cuando la unión se rompe.

Para mejor contemplar los posibles supuestos, veremos por separado el caso de la vivienda propia y el del arrendamiento.

a) *Vivienda propia*

Si ha sido adquirida conjuntamente por ambas partes, regirán las normas de la comunidad de bienes, dado que se tratará de un condominio romano y

le serán aplicables los artículos 392 y siguientes del Código Civil, ya que a estos efectos los convivientes son extraños y no cabe acudir a las reglas de la sociedad de gananciales, que sólo sirven para los esposos.

Si uno de los convivientes adquirió la vivienda antes de la unión, cualquiera que sea su título, o lo hace gratuitamente, sea antes o después de unirse, por supuesto, el bien será privativo. Tampoco hay duda si uno de los miembros de la pareja compra la vivienda dentro de la convivencia a su solo nombre y la inscribe como tal. La presunción de que el derecho existe y pertenece a su titular en la forma determinada en el asiento respectivo que concede el artículo 38 de la Ley Hipotecaria sólo podrá destruirse mediante la prueba en contrario, correspondiendo al otro conviviente la carga de demostrar que hubo concurrencia en el precio, a no ser que haya confesión o allanamiento del demandado. Es el caso que vimos y que se resolvió por la vía poco adecuada del reconocimiento en un *convenio regulador* pseudomrimonial que se aceptó por el Juzgado, pero no por el Registro de la Propiedad.

Siendo la vivienda común, se precisará el consentimiento de ambos copropietarios para su enajenación. Cuando la vivienda es sólo de uno de ellos, ¿es aplicable en este caso lo que dispone al efecto el artículo 1.320 del Código Civil? Es sabido que este precepto requiere el consentimiento de ambos cónyuges o la autorización judicial para disponer de los derechos sobre la vivienda habitual; en consecuencia, el artículo 91 del Reglamento Hipotecario exige para inscribir estos actos la concurrencia del consentimiento del otro cónyuge o que el disponente manifieste expresamente que la vivienda no tiene el carácter de familiar. La cuestión tiene una clara solución negativa, según la doctrina que se muestra conforme (106); el artículo 1.320 del Código Civil es un precepto encaminado a proteger la vivienda familiar, y la vivienda de las uniones de hecho puede ser común, pero nunca familiar; la norma en cuestión está incardinada en el Código dentro del régimen económico del matrimonio, y no puede aplicarse a otros supuestos.

Sin embargo, la ley catalana (en esto no la sigue la aragonesa), en sus artículos 11 y 28 —para parejas heterosexuales y homosexuales, respectivamente— dispone que el conviviente titular de la vivienda común no puede llevar a cabo ningún acto de enajenación, de gravamen o, en general, de disposición de su derecho que compromete su uso sin consentimiento del otro o, en su defecto, de la autorización judicial; tal acto sería anulable a instancia de la otra parte en el plazo de cuatro años, aunque dejando a salvo al adquirente de buena fe y a título oneroso. Recordemos que ya se han presentado títulos en un Registro de la Propiedad de Cataluña para constitución de hipotecas por quienes eran solteros, viudos o divorciados, con negativa a su despacho por no

(106) Ver su reseña en la Tesis de GALLEGU DOMÍNGUEZ, pág. 287, nota 5 a pie de página.

expresar la inexistencia de unión de hecho, confirmándose la nota calificadora por el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, órgano supremo para decidir en recursos gubernativos sobre Derecho especial. El Auto presidencial, según dijimos, nos parece excesivo, pues obliga a todos los otorgantes no casados a manifestar que no son convivientes de hecho, lo que, aparte de ser realmente raro y excepcional, puede afectar a su derecho a la intimidad.

b) *Vivienda arrendada*

La antigua Ley de Arrendamientos Urbanos de 1964 no contemplaba el fenómeno de la unión de hecho; más bien al contrario, pudo dar lugar a algunas demandas de resolución del contrato que se querían basar en el número 8 del artículo 114, según el cual había causa para ello *cuando en el interior de la vivienda tengan lugar actividades inmorales*, o bien por considerar que el otro conviviente significaba un subarrendatario no consentido. La misma doctrina se seguía en lo referente a las subrogaciones por muerte del titular, ya que el antiguo artículo 58 las limitaba al cónyuge y parientes que se fijaban, y el conviviente no estaba entre ellos; este último problema fue abordado por el Profesor GONZÁLEZ PORRAS (107).

La nueva Ley de Arrendamientos Urbanos 29/1994, de 24 de noviembre, supone un giro completo en el tratamiento de la cuestión, equiparando a todos los efectos arrendaticios la unión de hecho con el matrimonio. Con esto se seguía el criterio marcado por el Tribunal Constitucional en la sentencia de 11 de diciembre de 1992, que declaró inconstitucional el citado artículo 58 de la LAU, en cuanto que no incluía entre los beneficiarios del derecho de subrogación arrendaticia a los unidos de hecho.

Siguiendo una línea análoga a la vista en la vivienda en propiedad, la vivienda arrendada puede tener distinto régimen si el titular del contrato es sólo uno de los convivientes o lo es uno sólo de ellos. Cuando son ambos, el contrato continúa, aunque la unión cese por ruptura, abandono o fallecimiento.

Cuando el arrendatario de la vivienda es sólo uno de ellos y se produce el desistimiento o abandono del contrato o su no renovación por el titular del arrendamiento, ¿cuál será la posición del otro conviviente? El artículo 12 de la nueva LAU de 1994, primero con referencia al cónyuge que no ha consentido, establece que éste podrá continuar en el arrendamiento, con tal que acepte el requerimiento que le haga al efecto el arrendador y pague la renta correspondiente. En el apartado 4 de este artículo se dice que lo dispuesto en

(107) En sus *Notas de Derecho español* al citado libro de BERNARD DEMAİN, que tradujo, pág. 142. Ver también ESTRADA ALONSO, obra citada, pág. 351. Ambas obras son anteriores a la LAU de 1994.

los apartados anteriores será también de aplicación a favor de la persona que hubiera venido conviviendo con el arrendatario de forma permanente en análoga relación de afectividad a la del cónyuge, con independencia de su orientación sexual, durante, al menos, los dos años anteriores al desistimiento o abandono, salvo si hubieran tenido descendencia en común, en cuyo caso bastará la mera convivencia.

Hay otros preceptos de la LAU donde se da al conviviente de hecho el mismo trato que al cónyuge. Así, en el artículo 24 autoriza al arrendatario para realizar en la vivienda obras para adecuarla a la condición de minusválido de él y su familia, y también a quien conviva con el mismo en análoga relación de afectividad.

El artículo 16 de la LAU, en la lista de personas que pueden subrogarse en el contrato a la muerte del arrendatario figura en segundo lugar la persona que haya convivido con él en la consabida relación afectiva por dos años o sin plazo si hay descendencia común.

¿Cabe aplicar al artículo 15 de la LAU a las uniones de hecho? Este artículo establece que en los casos de nulidad de matrimonio, separación judicial o divorcio del arrendatario, el cónyuge no arrendatario podrá continuar en el uso de la vivienda arrendada cuando le sea atribuida de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 90 y 96 del Código Civil. GALLEGO DOMÍNGUEZ opina que sí (108), para el caso de que existan hijos comunes de los convivientes, pues en este caso no se atenderá al *favor matrimonii*, sino al *favor filii*; nos parece una solución poco acorde con la letra estricta del precepto que se refiere exclusivamente al cónyuge y a nadie más, y las citas del Código son únicamente matrimoniales; si la LAU hubiera querido extender esta facultad de subrogación por divorcio o separación también a la ruptura de la unión de hecho, lo habría manifestado expresamente, tal como lo ha hecho en otros de sus artículos.

En cuanto a si la unión del arrendatario con otra persona puede suponer un subarriendo, también han cambiado los criterios. Antiguamente, ante las dificultades que en la práctica tenía el arrendador para probar la existencia del subarriendo, la jurisprudencia solía presumir que se daba en aquellos casos en que con el arrendatario viviesen personas extrañas al núcleo familiar propiamente dicho. Varias sentencias entendieron que la presencia de un conviviente suponía un subarriendo no consentido y había justa causa para resolver el contrato.

Ahora, esta posición debemos entenderla superada y no hay más que ver los varios preceptos en que la propia LAU admite de modo expreso esta figura de la unión de hecho. En el mismo sentido, GALLEGO DOMÍNGUEZ (109)

(108) Tesis citada, pág. 408.

(109) Mismo libro, pág. 417.

opina que hoy día la relación extramatrimonial no es considerada una situación ilícita, por lo que la presencia en la vivienda arrendada de un conviviente de hecho no puede dar lugar ni siquiera a sanciones indirectas, como lo sería estimar la existencia de un subarriendo no consentido, y por ello no daría lugar a la resolución del contrato.

Lo mismo podemos decir sobre la causa de resolución basada en la existencia de actividades inmorales en la vivienda arrendada, que el artículo 27 de la LAU vigente ha recogido del artículo 114 de la Ley de 1964. Y es que se ha de notar la influencia de la evolución que se ha experimentado en la sociedad con respecto a las uniones de hecho. Socialmente, estas uniones han pasado de una situación de desaprobación y condena a otra de tolerancia e incluso de aceptación; así se deduce claramente a partir de la citada sentencia del Tribunal Constitucional de 1992 y del mismo texto de la LAU.

Otra cosa distinta, advierte GALLEGO DOMÍNGUEZ, es que en un caso concreto llevasen a cabo acciones escandalosas o contrarias a las buenas costumbres, pues entonces sí incurrirían en esta causa de resolución, en la que igualmente podría incurrir un matrimonio.

D) CONTRATACIÓN ENTRE CONVIVIENTES

Desaparecidas las limitaciones que existían en materia contractual en la reforma de 1981, actualmente el Código Civil, en su artículo 1.323, dispone que *el marido y la mujer podrán transmitirse por cualquier título bienes y derechos y celebrar entre sí toda clase de contratos*.

Con mayor razón, los convivientes de hecho que no tienen entre sí vínculo jurídico alguno, también podrán celebrar entre ellos cualesquiera contratos, sean traslativos de dominio o sólo creadores de obligaciones. Ya hemos visto la posibilidad claramente admitida en las leyes de Cataluña, Aragón y Navarra, de que regulen las condiciones patrimoniales de su convivencia, y la doctrina y la jurisprudencia han aceptado las formas societarias.

Pero vistas esas premisas de carácter general, vamos a reparar en dos figuras contractuales que suelen darse con frecuencia en las uniones de hecho, sea en forma expresa o tácita. Son la prestación de servicios y la donación.

a) *Relaciones laborales*

Como nos dice CERDÁ GIMENO (110), hay cierta resistencia en la doctrina a admitir la existencia de un verdadero contrato de trabajo entre concubinos;

(110) Trabajo citado, pág. 538.

no se dan en el concubinato las razones jurídicas que han llevado al legislador español a excluir de las normas laborales el trabajo entre cónyuges, pero también es cierto que el concubinato incide en la relación patrón-asalariado, colocando a éste en una posición muy distinta del asalariado ordinario. Por ello, las normas propias del contrato de trabajo o del arrendamiento de servicios deberán ser tenidas en cuenta, para su protección, en los casos en que la mujer asalariada (y en su caso, el hombre) ha pasado a estar en concubinato con su patrón.

No habrá problema cuando se haya formalizado el contrato de trabajo antes de la unión, en cuyo caso el asalariado está en disposición de exigir el cumplimiento de las cláusulas pactadas. Las dudas se plantean cuando falta ese contrato previo y expreso, pues entonces hay que averiguar la naturaleza de las prestaciones laborales desarrolladas por el conviviente a favor del otro, sea en servicios puramente domésticos o las labores fuera del hogar. La cuestión es si se presume que hay una actividad gratuita o si debe considerarse constituido un verdadero contrato subordinado y oneroso.

La cuestión central estribaría en cuál será la valoración jurídica que merece el trabajo prestado por un conviviente a favor del otro. GALLEGO DOMÍNGUEZ (111) estudia varias posibles soluciones, con vistas al momento de la ruptura de la unión, que será cuando el posible perjudicado pretenda el resarcimiento.

No acepta la presunción de la gratuidad de los actos prestados por considerarlos hechos *benevolentiae causa*, que originaría una injusticia notoria; la presunción debe ser la contraria, y así lo muestra el artículo 1.438 del Código Civil, que para el caso de los matrimonios en régimen de separación de bienes crea un derecho a resarcimiento por el trabajo prestado para la casa.

Es dudosa la solución de presumir la existencia de una sociedad de hecho, por la gran dificultad de probar esta especial forma de colaboración.

¿Puede existir una auténtica relación laboral entre los convivientes? Según dijimos, no habrá duda cuando antes de la unión, e incluso dentro de ella, se ha pactado un verdadero contrato de trabajo con arreglo a las normas de carácter social que lo rigen, pues no hay incompatibilidad alguna entre la unión de hecho y el contrato de trabajo. El problema estará a falta de pacto expreso, porque entonces habrá que ver si es posible concebir una relación laboral tácita que permita reclamar *a posteriori* los salarios que no se recibieron.

En cuanto a los trabajos extradomésticos, parece que podrá verse una auténtica relación laboral en cuanto que el Estatuto de los Trabajadores, en su artículo 1.º, configura como tales a los servicios prestados por cuenta ajena y dentro del ámbito de organización y dirección del empleador o empresario,

(111) En su libro citado, pág. 271 y sigs.

y éste puede ser el concubino. Claro que el párrafo 3 del mismo artículo excluye de la regulación laboral al trabajo familiar, pero la unión de hecho no se puede considerar como tal. La reciente sentencia de 24 de febrero de 2000 (la tomamos de *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 432, pág. 13) declara que cuando el párrafo 3 del artículo 1.º del Estatuto de los Trabajadores, para excluir el contrato de trabajo, habla de *parientes*, se está refiriendo a los que tienen su origen en uniones matrimoniales, en ningún caso se comprende a las uniones estables de hecho, y, por tanto, no es de aplicación dicho precepto, sino lo dispuesto en el párrafo 1 del artículo 1.º, existiendo una relación laboral al concurrir las notas de dependencia y alienidad que caracterizan a ésta, sin que pueda ser de aplicación por analogía la presunción favorable a la existencia de relaciones familiares.

En cambio, tratándose de trabajo doméstico, parece más difícil calificarlo como auténtica relación laboral porque falta tanto el dato de la subordinación como el de la alienidad, que se exigen claramente en el artículo 1.º del Estatuto, por lo que, a falta de pacto expreso, será sumamente difícil probar la existencia de una verdadera relación de trabajo entre dos unidos de hecho.

Los convivientes de hecho pueden contratar entre sí un auténtico arrendamiento de servicios, mediando un precio cierto, tal como requiere el artículo 1.544 del Código Civil. A falta de celebración expresa, que sería rarísima en la práctica, no siempre podrá probarse o presumirse su existencia. Si se trata de servicios de colaboración en la actividad económica o profesional del compañero, sí podrá existir un auténtico arrendamiento de servicios tácito, fijándose la retribución por los casos o las tarifas establecidas por los colegios profesionales. Si se trata de servicios de ámbito doméstico, no parece posible encuadrarlos en un típico contrato de esta clase.

De no poderse probar la existencia de una relación laboral o de prestación de servicios, ¿qué otro camino podrá encontrar el conviviente perjudicado para resarcirse de lo que pudo ganar y no ganó? GALLEGO DOMÍNGUEZ (112) se muestra partidario de aplicar a los convivientes la norma que para los esposos establece el artículo 1.438 del Código Civil, aunque no deja de reconocer las dificultades de esta equiparación. Como es sabido, el citado artículo del Código establece para el caso del régimen de separación de bienes entre esposos que *el trabajo para la casa será computado como contribución a las cargas y dará derecho a obtener una compensación que el Juez señalará, a falta de acuerdo, a la extinción del régimen de separación*. Aunque, a juicio del autor citado, sería de estricta justicia deseable la aplicación de esta norma a los convivientes de hecho, no se puede justificar en este caso la analogía, entre unión de hecho y matrimonio, que se ha venido negando, tanto

(112) Obra citada, pág. 280.

por la doctrina como por la jurisprudencia. Así, la sentencia del Tribunal Supremo, de 24 de noviembre de 1994, se ha declarado contraria a la aplicación de este artículo 1.438 del Código Civil a las parejas de hecho.

En conclusión, de no existir contrato de trabajo o arrendamiento, expresos o tácitos, sólo quedará la vía de la *actio in rem verso*, o por enriquecimiento injusto, en los términos que ya hemos indicado.

b) *Donaciones*

Con el Código a la vista, las ideas básicas de la donación se pueden centrar en que es un acto de liberalidad por el cual una persona dispone gratuitamente de una cosa a favor de otra, que la acepta (art. 618). Se considera también donación la que se hace a una persona por sus méritos o por los servicios prestados al donante, siempre que no constituyan deudas exigibles, o aquélla en que se impone al donatario un gravamen inferior al valor de lo donado (art. 619). Pueden hacer donaciones todos los que puedan contratar y disponer de sus bienes y puedan aceptarla todos los que no están especialmente incapacitados por la ley para ellos (arts. 624 y 625).

En este encuadre primario caben perfectamente las donaciones entre concubinos, aunque el problema está en la licitud o ilicitud de la causa, que haría ineficaz y revocable el contrato.

Las motivaciones a que pueden obedecer las liberalidades entre convivientes pueden ser múltiples (113). Así, al comenzar las relaciones ilícitas es típica la donación encaminada a captar la voluntad de la otra parte induciéndola a entrar en el concubinato; en el curso de éste pueden darse donaciones normales para festejar cumpleaños, onomásticas u otros acontecimientos similares, incluso para determinar a la otra parte a continuar en la relación. Al acercarse el fin de la relación, para suplir la falta de vocación abintestato, bien como precio del silencio o, en alguna forma, para reparar el daño a la otra parte.

No se puede admitir la idea de que todas las donaciones entre convivientes tienen una causa ilícita; como nos dice GALLEGO DOMÍNGUEZ (114), tratándose de auténticas convivencias con estabilidad y publicidad, es difícil ver en estas donaciones una causa torpe, pues la comunidad de vida y su duración le dan tal seriedad que no se puede ver en tales donaciones un *pretium stupri*. Normalmente, no hay una sola motivación para hacer estas donaciones, pueden hacerse por amor o al menos para atender el futuro del otro conviviente, teniendo en cuenta la relación personal que entre ellos existe. La jurisprudencia es abundante y sigue la línea de declarar que la donación es nula cuando

(113) Véase el trabajo citado de CERDÁ GIMENO, pág. 541.

(114) Tesis citada, pág. 255.

sólo se persigue el inicio o la persistencia de las relaciones íntimas ilícitas; también se ha considerado nulo el pacto de entregar una cantidad de dinero para acabar con unas relaciones extramatrimoniales. Por supuesto, son nulas las donaciones que son simple remuneración de prestaciones sexuales (*pretium stupri*); así lo entiende también ESTRADA ALONSO (115), el cual entiende que en estas donaciones se esconde un verdadero contrato cuyo objeto no es más que la persona humana, que está fuera del comercio. Las prestaciones hechas a cambio de favores sexuales tienen una motivación ilícita que comporta la nulidad del objeto contractual. En cambio, este autor opina que serían válidas las donaciones entre convivientes que se hacen para reparar el perjuicio moral o material causado, las que vayan destinadas a hacer cesar la convivencia y las que se hagan para remunerar los servicios lícitos prestados.

Los casos estudiados y resueltos por la jurisprudencia son variadísimos, como es de suponer. CERDÁ GIMENO (116) los agrupa, distinguiendo, según las sentencias del Tribunal Supremo:

- Donaciones encubiertas bajo forma de compraventa, reconocimiento de deuda u otro tipo contractual de los que habitualmente se consideran onerosos. Se declara la nulidad por falsedad en la causa, sin que exista otra que le sirva de soporte (art. 1.275 del Código Civil).
- Donaciones propiamente dichas. En este caso parece que lo más ajustado a Derecho será distinguir entre la donación no consumada, nula y no exigible, y la donación consumada, también nula, pero sin acción para repetir lo donado (art. 1.306). Pero el Tribunal Supremo, en ambos casos, ha declarado la nulidad por igual.
- Y, por último, los compromisos o donaciones que serían admisibles, por estar basados en una obligación moral. Hay varias sentencias en este sentido.

E) EFECTOS FRENTE A TERCEROS

El concubinato, al producir aparentemente una convivencia igual a la matrimonial en el exterior, puede dar lugar a que los terceros consideren que hay un hogar verdadero y contraten de buena fe con los convivientes, al desconocer la situación irregular.

CERDÁ GIMENO (117) recoge la doctrina de varios autores franceses (BEUCHER, AUBINEAU, TALLON), según los cuales los acreedores podrán ejerci-

(115) Obra citada, pág. 298.

(116) Trabajo citado, págs. 541 y 542.

(117) Obra citada, pág. 544.

tar contra el otro concubino no contratante las acciones adecuadas que resulten del régimen matrimonial legal, como consecuencia de la aplicación de la doctrina de la apariencia, y nos dice, además, que en nuestro Derecho cabe defender la misma doctrina, dado que el Tribunal Supremo ha aplicado este principio en multitud de casos análogos.

En todo caso, y aunque conozcan la situación irregular, podrán también ejercitar las acciones por enriquecimiento injusto o la resultante de la gestión de negocios ajenos sin mandato, siempre que concurran los requisitos necesarios.

Hay varias teorías que pretenden justificar esta posibilidad de que los terceros pueden acudir no sólo contra la persona con quien contrataron, sino también contra los convivientes (118). Si hemos negado toda analogía con el matrimonio, tenemos que negar igualmente la aplicación a las uniones de hecho de los que se dispone en el artículo 1.319 del Código Civil. Este precepto establece que cualquiera de los cónyuges podrá realizar los actos encaminados a atender las necesidades ordinarias de la familia encomendadas a su cuidado, conforme a uso del lugar y las circunstancias de la misma. Como consecuencia de tal facultad, se establece en el mismo precepto que de las deudas contraídas en el ejercicio de esta potestad responderán solidariamente los bienes comunes y los del cónyuge que contraiga la deuda, y, subsidiariamente, los del otro cónyuge. La regla que es normal y adecuada al tratarse del matrimonio con bienes de naturaleza claramente determinada, no es aplicable a las uniones cuyo régimen patrimonial es dudoso y cambiante, según se ha visto.

Desechada esta posibilidad, veamos otras a las que ha acudido la doctrina para proteger a los terceros:

- La sociedad de hecho existente entre los convivientes. Es tan difícil de probar, que la solución no nos parece muy viable.
- Teoría del mandato tácito entre convivientes. Si bien el artículo 1.710 del Código Civil reconoce la figura del mandato tácito, la verdad es que sólo en el caso de que el mandatario exprese que actúa en nombre del conviviente mandante podrá el tercero acudir contra éste, según se desprende del artículo 1.717.
Quizá podría admitirse esta vía del mandato tácito si se tiene en cuenta, por un lado, que los gastos domésticos aprovechan a ambos convivientes, y, por otro, que entra dentro del deber, aunque sea natural solamente, de la mutua asistencia, por lo que los gastos ordinarios hechos por uno de los convivientes obligan igualmente al otro.

(118) Pueden verse en las obras de ESTRADA, pág. 312, y GALLEG0, pág. 353.

- La gestión de negocios ajenos. Es una postura similar a la anterior, pues el conviviente que procura las necesidades ordinarias de la pareja, aunque sea sin mandato del otro, queda encuadrado en la figura ya conocida en Derecho romano de la *negotiorum gestio* que se contempla en el artículo 1.888 del Código Civil, y que produce los efectos de un auténtico mandato si se ratifica por el otro conviviente, lo que es de presumir si éste se ha aprovechado de la gestión realizada.
- Teoría de la responsabilidad por culpa. La considera aplicable, hasta cierto punto, GALLEGO DOMÍNGUEZ, quien nos dice que cuando los convivientes hacen creer a los acreedores, culposa o dolosamente, que son personas casadas, si les defraudan cometen un acto ilícito indemnizable, a tenor del artículo 1.902 del Código Civil.
- La teoría que parece tener mejor base es la de la protección a los terceros basada en la apariencia. Aquí no se precisará, como en la responsabilidad extracontractual del párrafo anterior, que medie culpa o negligencia; se basa simplemente en la protección de la buena fe de los terceros que contratan con los convivientes, creyendo que están en presencia de un matrimonio. Lo normal aún, en nuestra sociedad, es que quienes vivan juntos estén casados. Basándose en esta apariencia matrimonial engañosa, los terceros contratan con la tranquilidad que supone la responsabilidad solidaria que se produce entre cónyuges, por lo que la reclamación contra uno se puede extender al otro.

Los defensores de esta tesis de protección a la apariencia llegan a considerar que es aplicable, en parte al menos, el párrafo segundo del artículo 1.319 del Código Civil, que antes considerábamos inaplicable por ser una regla del matrimonio, de modo que los convivientes extramatrimoniales al menos quedarán obligados, si no solidariamente, sí al menos en cuanto a los bienes del contratante y de modo subsidiario en los bienes del conviviente.

Como se ve, es un tema que preocupa tanto a la doctrina como a los jueces. La insolvencia del que ha contratado los bienes y servicios, y la dificultad y aún imposibilidad de acudir a los bienes del otro conviviente da lugar a estas especulaciones. En último término, se podría acudir al enriquecimiento sin causa, pero a costa de dificultades de prueba casi insuperables en la práctica.

La Ley de Cataluña dedica a esta materia los artículos 5 y 24 —para heterosexuales y homosexuales, respectivamente—, en los que acepta inicialmente el principio de solidaridad. Según estos preceptos, *ante terceras personas, ambos miembros de la pareja responderán solidariamente de las obligaciones contraídas por razón de los gastos comunes que establece el artículo 4* —el 23 para los homosexuales— *si se trata de gastos adecuados a los usos y al nivel de vida de la pareja; en cualquier otro caso, responde quien haya contraído la obligación*. O sea, que hay solidaridad en cuanto a

los gastos comunes, y falta de responsabilidad del otro conviviente para los demás gastos. Quizá esta distinción responde al principio de separación de bienes que en Cataluña rige, no sólo para los matrimonios, sino también, y expresamente, para las uniones de hecho, pues ya vimos que en el artículo 3 —22 para los homosexuales— se establece que cada miembro de la pareja conserva el dominio, el disfrute y la administración de sus bienes.

En la Ley de Aragón no se hace referencia alguna a este tema.

Sí la hace la Ley Foral de Navarra, que establece en su artículo 7.º que los miembros de la pareja estable son responsables solidariamente frente a terceras personas de las obligaciones contraídas por los gastos necesarios para el mantenimiento de la casa y la atención de los hijos comunes.

VI. EXTINCION DE LAS PAREJAS DE HECHO

A) CAUSAS

La extinción de la unión de hecho se produce por la muerte o la voluntad de cualquiera de los concubinos. El supuesto normal de cesación de la convivencia será el mutuo acuerdo, o, más bien, el desacuerdo de los dos convivientes; pero también puede darse, y se da con frecuencia, la voluntad unilateral de uno de ellos, que se manifiesta en el abandono.

La Ley de Cataluña relaciona los supuestos en los artículos 12 y 30 —para heterosexuales y homosexuales, respectivamente— que dicen que las uniones se extinguen por las causas siguientes:

- Por común acuerdo.
- Por voluntad unilateral de uno de los miembros de la pareja, notificada fehacientemente al otro.
- Por defunción de uno de los miembros.
- Por separación de hecho de más de un año.
- Por matrimonio de uno de los miembros.

La Ley de Aragón, en su artículo 6, enumera las mismas causas, y, aunque las relaciona en orden distinto, en un trasunto fiel de la normativa catalana.

Lo mismo hace la Ley Foral de Navarra, que en su artículo 4.º regula las causas de la misma manera que Cataluña y Aragón.

B) EFECTOS

Como ya hemos venido apuntando, es precisamente a partir de la extinción del concubinato cuando se presentan los problemas más agudos de este fenó-

meno. Había una convivencia y ésta se ha terminado y es preciso liquidar y dividir unos bienes que los convivientes tenían en disfrute común, remunerar servicios y atender a la posible situación económica precaria en que quede alguno de los concubinos. Si las operaciones se han de realizar por los propios exconvivientes, lo normal es que se presenten con cierto grado de tirantez después de la ruptura; si la partición hay que hacerla entre el sobreviviente y los herederos del premuerto, posiblemente sea la situación más tirante todavía.

Estas liquidaciones casi siempre derivan en situaciones litigiosas, y son los tribunales los que han de decidir, aunque sin normas claras y directamente aplicables, por lo que la doctrina suele aportar opiniones que a veces pueden ser válidas.

El francés BERNARD DEMAÏN ha contemplado el problema monográficamente, estudiando las posibles soluciones adoptadas por la jurisprudencia del país vecino en su libro *La liquidación de bienes en las uniones de hecho* (119). Nos dice este autor que la situación patrimonial derivada del concubinato no puede ser liquidada como un pseudorégimen matrimonial. Entre concubinos sólo puede nacer una sociedad particular o una comunidad de trabajo. Su resultado es siempre limitado y nunca puede llevar a un desmembramiento de los patrimonios que entraron en la *bolsa común* que, por otra parte, no siempre existe. Y, sin embargo, sigue diciendo, la equidad exige que esta masa sea liquidada, porque no es admisible que quien ha aparentado ser jefe de familia la conserve a su nombre o que el concubino sobreviviente guarde en su poder los muebles que decoraron la vivienda común, en detrimento de los herederos del fallecido.

Por eso, entendemos que si en la unión ha mediado pacto, habrá que estar a lo acordado. De no ser así, puede pensarse que el pacto tácito de alimentos y manutención que existía entre los convivientes debe continuar cuando uno de ellos queda abandonado y sin recursos, bien sea considerándolo obligación natural, reparación del daño o enriquecimiento injusto, si existió.

En Derecho comparado, los tribunales adoptan soluciones que suelen ir por esas vías (120).

En Francia, en casos de ruptura de la unión libre, los bienes (salvo existencia de pactos específicos), se dividen como si existiese una sociedad de hecho, siempre que se aporten pruebas (Casación, 25 de julio de 1949), tales como la puesta en común de recursos para adquirir bienes inmuebles, el encargo conjunto de los muebles y pago de facturas, el trabajo conjunto o de uno para el otro, sin seguridad social y de buena fe. Los tribunales se esfuer-

(119) Antes citado, traducido por el Profesor GONZÁLEZ PORRAS, y con prólogo del Profesor CASTÁN VÁZQUEZ, ver pág. 93 y sigs.

(120) Recogemos un resumen hecho por el Notario SIMÓ SANTONJA en su discurso citado (págs. 43 y 44).

zan en aproximar la ruptura del concubinato a la disolución del matrimonio, aunque la analogía sea sólo parcial y limitada.

En Holanda, sobre todo después de la adopción del divorcio, el legislador ha adoptado una posición neutra, y la jurisprudencia ha aceptado la idea de comunidad de bienes adquiridos durante la cohabitación, mediante el siguiente razonamiento: que un hombre y una mujer que viven juntos en unión extramatrimonial pierden la protección que la ley acuerda para la institución matrimonial, pero las disposiciones legislativas a las que debe someterse tal cohabitación deben alinearse, en la medida de lo posible, con las relativas al estado matrimonial, de donde deriva que, salvo prueba en contrario, es admisible la propiedad conjunta.

En Derecho anglo-australiano, no existiendo sistema de comunidad de bienes, los tribunales se remiten a los principios de *trust* y *equity*, igualmente aplicables a casados y no casados. En el actual estado de cosas, estas doctrinas del *trust* y de la autorización convencional tienden en cierta medida a desembocar en una especie de comunidad de bienes reducida a las ganancias.

En Estados Unidos, los tribunales de algunos Estados, incitados por el reconocimiento creciente del valor de los servicios domésticos en el contexto de la legislación divorcista, reconocen paralelamente a las parejas no casadas, que tal servicio doméstico basta para reclamar por enriquecimiento sin causa, con lo que se da a la noción de *familia* una interpretación amplia, de suerte que la responsabilidad pasa de la sociedad a la pareja que cohabita.

En Yugoslavia hay algunas disposiciones al respecto en los artículos 254-258 de la ley croata sobre el matrimonio y la familia. Estas disposiciones permiten, en caso de ruptura, una ayuda financiera cuando uno de ellos no puede subvenir a sus necesidades o está en situación de paro laboral. La obligación puede limitarse a un plazo determinado hasta que se asegure la obtención de medios financieros, y se pierde en todo caso si se casa o inicia una nueva relación extramarital.

En materia de obligación de mantenimiento, aparecen dos tendencias opuestas. La primera se refiere a las pensiones alimenticias, y hay que destacar que Francia, Suecia y algunos Estados americanos parten del principio de que la obligación de alimentos no es sistemática. La segunda consiste en considerar que siempre hay que dar asistencia, aunque sea temporal, a la parte más débil. En algunos países no europeos hay disposiciones legislativas que claramente aplican el derecho de alimentos matrimoniales a las uniones libres duraderas.

En Nueva Escocia, una ley de 1967 permite a los concubinos ejercitar la acción de alimentos siempre que hayan convivido un año; mientras que en Terranova (ley 1970) y Manitoba (ley 1978), se exige, además del citado año de convivencia, el haber tenido hijos comunes. En Columbia Británica se exigen dos años, y en Ontario, cinco. En Cabo Verde, los no casados tienen idéntico derecho de alimentos que los casados.

En los Estados europeos, donde no existen disposiciones similares, cabe preguntarse si por analogía pueden trasponerse a las uniones libres las normas alimenticias del matrimonio. Así, el Tribunal de Instancia de Berlín-Lichterfelde, en 7 de septiembre de 1951, reconocía el derecho no sólo a alimentos sino a cubrir las necesidades de vestido y otras usuales. La misma observación vale para el intento de interpretar el artículo 143-2.º del Código Civil italiano, en el sentido de reconocer a los concubinos el derecho de ayuda mutua. Por el contrario, la jurisprudencia suiza es terminante: la vida en común, aunque sea duradera, no basta para justificar una demanda de reparación; el concubinato difiere del matrimonio en que no existe ningún deber recíproco de ayuda o mantenimiento (BG 7 de febrero de 1980).

Nadie discute la posibilidad de que los alimentos se hubiesen asumido por pacto expreso, pero la dificultad corriente es que tal pacto no existe y se hace difícil suponer la existencia de pactos tácitos para encontrar una solución al litigio. El Tribunal Supremo Federal austríaco (15 de abril de 1971), infiere la existencia de una voluntad implícita alimentaria del *comportamiento conjunto* (*Gesamtverhalten*).

Recordando lo ya dicho sobre la posible existencia de bienes, ganancias obtenidas y prestación de servicios, habrá que estar a lo pactado y en otro caso, a las normas generales del ordenamiento jurídico para cada uno de los supuestos concretos sobre comunidad de bienes, frutos y productos del trabajo, pues no cabe aplicar las normas matrimoniales. En el caso especial de abandono unilateral, la jurisprudencia no ha admitido la aplicación del artículo 1.702 del Código Civil, basándose en que la unión de hecho no comporta obligaciones jurídicas, porque es libre en su inicio, su mantenimiento y su fin. GALLEGO DOMÍNGUEZ (121), sin embargo, opina que no siempre este principio general está conforme con la justicia; así, se han propuesto una serie de casos en los que la unión podrá generar algún derecho, aunque éste no tendría su origen en la ruptura en sí, sino en otras causas, tales como la existencia de un pacto o de circunstancias especiales concurrentes. Se duda si podría pedirse una pensión compensatoria por el trabajo doméstico que contempla el artículo 1.438 del mismo Código; en ambos casos lo ha negado el Tribunal Supremo, porque falta la institución básica que habrá de ser el matrimonio.

Nos queda exponer lo que al respecto disponen las leyes autonómicas promulgadas.

La Ley de Cataluña, en sus artículos 13 y 14 —31 y 32 para los homosexuales— reconoce tanto la compensación económica como la posibilidad de una pensión periódica. Según el artículo 13, cuando la convivencia cesa en vida de los dos convivientes, aquel que, sin retribución o retribución insuficiente, haya trabajado para el hogar común o para el otro conviviente, tiene

(121) Tesis citada, pág. 316.

derecho a recibir una compensación económica en caso de que se haya generado por este motivo una situación de desigualdad entre el patrimonio de los dos que implique un enriquecimiento injusto. Este derecho, que es compatible con la pensión periódica que veremos, ha de reclamarse en el plazo de un año a contar de la ruptura y ha de notificarse en metálico y en el plazo máximo de tres años (art. 16).

La posibilidad de la pensión alimenticia se contempla en el artículo 14, el cual dispone que, al cesar la convivencia, cualquiera de los miembros de la pareja puede reclamar del otro una pensión alimenticia periódica, si la necesita para atender adecuadamente a su sustento en uno de los casos siguientes:

- Si la convivencia ha disminuido la capacidad del solicitante de obtener ingresos.
- Si tiene a su cargo hijos comunes, en circunstancias en que su capacidad de obtener ingresos quede disminuida. Esta pensión se extinguirá a los tres años de su primer pago o si el beneficiario contrae matrimonio o se une en nueva pareja; si hay hijos, cuando éstos lleguen a la mayoría de edad o sean emancipados (art. 16).

En la Ley de Aragón se regulan estos derechos de modo paralelo en su artículo 7, según el cual, si la pareja se extingue, por causa distinta del fallecimiento, si la convivencia ha supuesto una situación de desigualdad patrimonial entre ambos convivientes que implique un enriquecimiento injusto, el perjudicado podrá exigir una compensación económica en los siguientes casos:

- Cuando ha contribuido económicamente o con su trabajo a la adquisición, conservación o mejora de cualquiera de los bienes comunes o privativos del otro miembro de la pareja.
- Y cuando el conviviente, sin retribución o con retribución insuficiente, se ha dedicado al hogar o a los hijos comunes o del otro conviviente, o ha trabajado para éste.

La pensión también se reconoce, en términos parecidos a la Ley catalana, en el párrafo 2 de este artículo 7 de la Ley de Aragón. Se dispone que al extinguirse la convivencia por causas voluntarias, cualquiera de los convivientes podrá exigir al otro una pensión, si la necesitare para su sustento, en el supuesto de que el cuidado de los hijos comunes le impida la realización de actividades laborales o las dificulte seriamente. Esta pensión se extinguirá cuando el cuidado de los hijos cese por cualquier causa o éstos alcancen la mayoría de edad o se emancipen.

La diferencia con la pensión catalana es que allí puede pedirse aunque no haya cuidado de los hijos, cosa que es aquí necesaria; además, porque en el número 3 del artículo 7 se especifica que la pensión se ha de ponderar *equi-*

libradamente en razón de la duración de la convivencia. Este último nos parece un tanto desequilibrado, pues si la pensión es necesaria porque existe el cuidado de hijos, el baremo para calcular su cuantía debe estar más bien acorde con lo que éstos precisen y no porque la unión haya durado más o menos años, y, en todo caso, atendiendo también a las posibilidades económicas del obligado a pagarla.

La Ley Foral de Navarra regula los efectos de la ruptura de la unión en los artículos 5-4 y 6. En el primero se concede a cualquiera de los miembros, al cesar la convivencia, la posibilidad de reclamar del otro una pensión periódica, si la necesita para atender a su sustento en los casos de que hubiera disminuido su capacidad para obtener ingresos o para atender al cuidado de los hijos comunes. En el artículo 6 se señala que la pensión o la compensación deben reclamarse en el plazo de un año y se extingue en el plazo de tres a contar desde la primera pensión, pudiendo disminuirse y aun extinguirse dicha pensión cuando el desequilibrio disminuya o desaparezca.

C) SUCESIÓN HEREDITARIA

a) *Regla general*

La transmisión de los derechos y obligaciones que constituyen el patrimonio del causante se produce desde el momento de su muerte a favor de sus herederos.

El sistema sucesorio está articulado por los diversos modos de producirse la delación hereditaria, que son el testamento o el pacto sucesorio, en las regiones forales que lo admiten, o en defecto de éstos, por determinación de la ley.

La sucesión entre convivientes de hecho, dado que no existe vínculo familiar alguno que pueda justificar el abintestato, sólo puede producirse por vía testamentaria o por pactos sucesorios, con arreglo a las normas generales y dejando a salvo los derechos legitimarios de los parientes del causante reconocidos por la ley. No cabe, en principio, la posibilidad de la sucesión legal entre los convivientes, salvo el caso anómalo y excepcional de las parejas homosexuales que veremos en la Ley catalana. En el régimen común, el artículo 913 del Código Civil establece claramente que, a falta de herederos testamentarios, la ley defiende la herencia a los parientes del difunto, el viudo o la viuda y al Estado. Esta sucesión sigue primero la línea descendente, después la ascendente, el cónyuge supérstite, los colaterales hasta el cuarto grado, y el Estado. Las legislaciones forales tienen especialidades que no vamos ahora a exponer. Se trata de una enumeración cerrada que no permite ni extensiones ni analogías.

Respecto a la sucesión testada, el testador siempre tendrá la posibilidad de nombrar heredero o legatario a su conviviente en los bienes que no dañen a la legítima y sean de su libre disposición. Respetando estos límites, en el Código Civil no hay ninguna norma que establezca una incapacidad subjetiva a los convivientes para suceder entre sí, ni la hay que imponga la nulidad de tales disposiciones. En las regiones forales donde se admitan los pactos sucesorios, igualmente serán posibles las instituciones a favor de los convivientes, con respeto a los derechos de los legitimarios.

Estas dos son, por tanto, las reglas básicas: posibilidad de heredar por vía testamentaria o de pacto, e inexistencia de la sucesión abintestato.

Sin embargo, en las dos leyes autonómicas que venimos estudiando se contienen reglas especiales al respecto que vamos a ver.

b) *Ley de Cataluña*

Como es sabido, se contemplan las uniones heterosexuales y homosexuales, a las cuales se atribuyen unos derechos sucesorios comunes a ambas clases de parejas, mientras que hay otros derechos que se conceden de modo exclusivo a unas y no a otras.

1. Son derechos sucesorios comunes a ambas clases de parejas los siguientes:

- El conviviente puede hacer suyos las ropas, el mobiliario y los enseres que constituyeron el ajuar de la vivienda habitual común [arts. 18.1 y 33.a)] de la Ley, paralelo al artículo 35 del Código de Familia, que concede un derecho igual al cónyuge viudo).
- Igualmente, el supérstite tiene derecho a habitar la vivienda habitual durante al año siguiente a la muerte del conviviente causante, perdiendo este derecho si durante este año se casa o pasa a vivir maritalmente con otro (arts. 18.2 y 33).
- Por último, se le reconoce el derecho, ya concedido por la Ley de Arrendamientos Urbanos, de subrogarse en el contrato del que era titular el conviviente fallecido [arts. 18.3 y 33.e)].

2. Derecho exclusivo para los heterosexuales. Es el concedido en el párrafo 2 del artículo 18, que no alcanza a los homosexuales, y que es el tradicional *any de plor* catalán, que comprende no sólo el ya dicho derecho de habitar durante un año la vivienda habitual, sino también el de ser alimentado con cargo al patrimonio del premuerto, en consonancia con el nivel de vida que había mantenido la pareja y la importancia del patrimonio relicto (art. 18.2).

3. Derechos exclusivos de los homosexuales. Cuando la sucesión del conviviente causante sea testada (art. 35) y también, cuando siendo intestada haya convivencia con descendientes y ascendientes [art. 34.1.a)], el supérstite que no tenga medios suficientes para su adecuado sustento puede ejercitar una acción personal para exigir a los herederos del premuerto bienes hereditarios o su equivalencia en dinero, a elección de los herederos, hasta la cuarta parte del valor de la herencia; también puede reclamar la parte proporcional de los frutos y rentas de la herencia percibido desde el día de la muerte del conviviente o su valor en dinero. Es un derecho análogo a la llamada *cuarta vidual* que se regula en los artículos 379 a 382 del Código de Sucesiones de Cataluña.

- La especialidad más saliente que se concede a los homosexuales es la clara delación por abintestato, que, inexplicablemente, no se concede a las parejas heterosexuales. En efecto, aparte de lo ya dicho, en el apartado b) del artículo 34 de la Ley se establece que si no hay descendientes ni ascendientes del premuerto en concurrencia con colaterales de éste dentro del segundo grado de consanguinidad o adopción, o de hijos de éstos, o si han premuerto, tiene derecho el supérstite conviviente a la mitad de la herencia. Y, a falta de las personas antes indicadas, el homosexual tendrá derecho a la totalidad de la herencia [art. 34.e)].

Esta diferencia de trato en cuanto a la sucesión intestada que no se reconoce a las parejas heterosexuales y sí a los homosexuales produce extrañeza en la doctrina (122). Sólo encontramos un asomo de explicación en el trabajo de JUAN JOSÉ LÓPEZ BURNIOL (123), que reconoce la enorme diferencia que se aplica en los derechos sucesorios abintestato entre las dos clases de pareja, reconociéndolos para los homosexuales, y no para los heterosexuales. Dice al efecto que *la razón estriba, con certeza, en el hecho de que las uniones estables de pareja heterosexual pueden contraer matrimonio, equiparando su status de este modo al de las parejas casadas; mientras que, por el contrario, las uniones estables de pareja homosexual no pueden contraer matrimonio*. Poca razón es, pues no parece sino que se quiere buscar un incentivo para que los convivientes heterosexuales tiendan al matrimonio, lo que en principio han rechazado. Más bien parece que se quiera incentivar la homosexualidad. Sea como sea, la diferencia a peor es irritante e inexplicable.

(122) Pueden verse los trabajos citados de CARMEN HERNÁNDEZ IBÁÑEZ, pág. 605; del Profesor BOSCH CAPDEVILA, pág. 333, y del Notario MARTÍNEZ PIÑEIRO, pág. 38.

(123) «La Ley catalana de uniones estables de pareja», en la *Revista Jurídica de Cataluña*, núm. 3, 1999, pág. 42.

c) *Ley de Aragón*

Sólo hay en ella tres preceptos que puedan tener alguna relación con el tema sucesorio entre convivientes. En el artículo 13 se señala que la pareja estable no casada no genera relación alguna de parentesco entre cada uno de sus miembros y los parientes del otro. Con esto, se dice claramente que no cabe la sucesión abintestato, ya que ésta se basa precisamente en las relaciones de parentesco, que, por definición legal, no existe.

La sucesión testamentaria no tiene más limitación que el respeto a las legítimas. Es sabido que en Aragón las dos terceras partes del caudal deben recaer forzosamente en los descendientes del causante, y sólo en ellos. En el resto, si hay descendientes, el testador puede instituir a cualquier persona y, por tanto, a su conviviente de hecho. ¿Puede hacerse esta institución en testamento mancomunado? El artículo 15 de la Ley de parejas aragonesas establece que los miembros de la pareja estable no casada podrán testar de mancomún de conformidad con lo dispuesto en la legislación sucesoria aragonesa. Este precepto hubiera supuesto una novedosa excepción en los tiempos de vigencia de la Compilación de Derecho civil de Aragón de 1967, en cuyo artículo 94 se limitaba a los cónyuges aragoneses la facultad de testar mancomunada. Pero ahora rige la Ley de Sucesiones por causa de muerte de Aragón, de 24 de febrero de 1999, desde un mes antes de la de parejas, y en el artículo 102 se concede que los aragoneses, sean o no cónyuges o parientes, pueden testar de mancomún, aun fuera de Aragón. Al no requerirse la cualidad de cónyuges, los convivientes pueden hacer testamento mancomunado por permitirlo con carácter general la Ley de Sucesiones, y no la de parejas de hecho, cuyo artículo 15 viene a ser superfluo y perfectamente inútil.

Otro tanto cabe decir del artículo 16, que dice que los miembros de la pareja estable no casada podrán otorgar pactos sucesorios en los términos previstos en la legislación sucesoria aragonesa. En la Compilación (art. 99) sólo se daba validez a los pactos convenidos precisamente en capitulaciones matrimoniales o entre parientes consanguíneos, afines o adoptivos; entonces, hubiera sido singular esta disposición que se *autoriza* a los convivientes en este artículo 16. Pero, por cierto, se remite a la legislación sucesoria aragonesa y ésta, ahora la citada Ley 1/1999, de 24 de febrero, autoriza en su artículo 62, los pactos que sobre la propia sucesión se convengan en escritura pública, así como los que en relación con dicha sucesión otorguen otras personas en el mismo acto. Los convivientes no son ni cónyuges ni parientes (art. 14), pero no les hace falta, porque pueden pactar su sucesión, no porque les autorice la Ley de parejas, sino la de Sucesiones por causa de muerte.

Así, los artículos 14, 15, y 16 de esta Ley de parejas son perfectamente inútiles.

d) *Ley Foral de Navarra*

La ley 253 de su Fuero Nuevo establece que el cónyuge viudo tiene el usufructo de fidelidad sobre todos los bienes y derechos que pertenecían al premuerto en el momento del fallecimiento. La nueva Ley Foral, en su artículo 11, añade un párrafo al artículo de la Compilación, estableciendo que *se considera equiparada a estos efectos la situación del cónyuge viudo al miembro sobreviviente, en caso de fallecimiento del otro miembro de una pareja estable reconocida por la Ley*.

La Ley Foral de parejas también modifica la ley 304 del Fuero Nuevo, incluyendo en su número 5, junto al cónyuge, la pareja estable para suceder en los bienes no troncales.

Igualmente modifica la ley 341, en el sentido de que no pueden ser contadores-partidores los que hubiesen formado pareja estable con el causante.

VI. JURISPRUDENCIA

A) AMBITO GENERAL

Tanto el Tribunal Constitucional como el Tribunal Supremo han tenido que fallar multitud de cuestiones que se les han planteado en relación con las uniones de hecho, casi siempre en ocasión de su ruptura o extinción, que es cuando los convivientes se acuerdan de acudir a unas normas que rechazan al no unirse en matrimonio, y que después creen que se les deben aplicar.

Tres cuestiones fundamentales han solido ocupar la atención de los Tribunales (124):

- La continuación del arrendamiento a la muerte del contratante por el otro miembro de la pareja. La línea seguida por el Tribunal Constitu-

(124) Pueden verse estas cuestiones en los siguientes trabajos:

— «La jurisprudencia del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional ante las uniones de hecho», de la Profesora MAGDA TERRERO MUÑOZ, en la *Revista General del Derecho*, 1998, pág. 10625 y sigs.

— «Una aproximación realista para una visión de conjunto de las sentencias del Tribunal Supremo relativas a aspectos de la situación de parejas no casadas», de JOSÉ CERDÁ GIMENO, en el libro *Estudios sobre Derecho de familia*, Colegio de Registradores, 1993, pág. 603 y sigs.

— *Notas de Derecho español*, en el libro citado en BERNARD DEMAÏN, por el Profesor GONZÁLEZ PORRAS, pág. 129 y sigs.

— «Comentarios a las sentencias del Tribunal Supremo sobre Derecho de familia», de FRANCISCO CASTRO LUCINI, en *RCDI* de 1995, pág. 2-263 y sigs.

— Profesor O'CALLAGHAN, trabajo citado, pág. 227 y sigs.

— *Diccionario de Jurisprudencia Aranzadi*, años 1992 a 1999.

cional dio lugar a que se acogiera esta subrogación en la vigente Ley de Arrendamientos Urbanos, y por ello no es preciso traer a colación los fallos en este sentido.

- La *pensión de viudedad*, que se ha pretendido por los convivientes supérstites y que, salvo alguna notoria excepción, ha sido denegada con el argumento de peso de que los que, pudiendo casarse, no lo han hecho, no pueden pretender unos derechos basados en una situación que, evidentemente, no tienen. Como en nuestro trabajo no hemos comprendido los temas de seguridad social, no entramos en el estudio de estos fallos.
- Por último, lo que sí nos interesa es la configuración del fenómeno de la unión de hecho que ha llevado a cabo la jurisprudencia al fallar peticiones relacionadas con los efectos patrimoniales concretos derivados de la liquidación de los bienes de los concubinos tras la ruptura de la unión.

B) CONFIGURACIÓN JURISPRUDENCIAL DE LA UNIÓN DE HECHO

Son numerosísimas las sentencias ya dictadas en esta materia concreta y que responden a demandas pidiendo el reconocimiento de derechos basados en la analogía de la unión de hecho con regímenes matrimoniales, en especial la comunidad de gananciales, o en figuras societarias o comunitarias pactadas o supuestas.

Es imposible consignar todas ellas, y por eso nos tenemos que limitar a recoger los párrafos aplicables de los fundamentos jurídicos de las varias sentencias más destacadas, y que, además, suelen recoger la doctrina de otras sentencias anteriores.

1. Sentencia del Tribunal Supremo, de 18 de mayo de 1992. Exige como requisito la convivencia *more uxorio*, y al extinguirse se ha de dividir como una comunidad ordinaria o una sociedad irregular:

El encuadre normativo legal de la relación patrimonial creada entre los litigantes, se presenta efectivamente dificultosa y en este sentido también es vacilante la posición de los países de nuestro encuadre occidental; en cuanto las uniones libres están también ausentes de una reglamentación sistemática. Sin embargo, tampoco se trata de situaciones totalmente ilegales, sino toleradas y fragmentariamente objeto de atención legal, sin habérselas desprovido plenamente de su forma de vidas compartidas, marginales a las uniones matrimoniales.

Pero no se puede desconocer que en estos casos se crean unas situaciones de hecho a las que en términos de estricta justicia y por imperio de la

equidad, ha de atenderse y tener en cuenta, pues en la mayoría de los supuestos, las consecuencias negativas superarían, superponiéndose a las positivas.

No obstante, tales uniones para que puedan generar aplicación de la normativa legal, deben de cumplir ciertos requisitos que se derivan de su propia naturaleza, a fin de evitar que una interpretación amplia y no debidamente medida, desborde y desvirtúe la correspondiente aplicación del Derecho.

La convivencia more uxorio ha de desarrollarse en régimen vivencial de coexistencia diaria, estable, con permanencia temporal consolidada a lo largo de los años, practicada de forma externa y pública con acreditadas actuaciones conjuntas de los interesados, creándose así una comunal vida amplia, intereses y fines, con el núcleo de un mismo hogar.

Dichas condiciones se dan concurrentes en las relaciones que por más de veinte años mantuvieron los litigantes de autos y con proyección bien concretada de actividades en común, como el reconocimiento legal de su hija a la que mantuvieron y educaron; la existencia y el manejo de cuentas bancarias y la compra de bienes producto de sus actividades negociales compartidas.

Esto determina que se ha generado la existencia de un patrimonio común, el cual por consecuencia del cese de la relación de convivencia, es objeto de la petición de la recurrida, en cuanto esencialmente postula su división y adjudicación de la parte que le corresponde en el mismo. Esto es el centro del debate toda vez que los interesados no pactaron ni adoptaron ninguna norma previsoría al respecto, salvo el pacto tácito, derivado de las prestaciones habidas entre ellos que es aflorante de sus voluntades decididas y constatadas de tener en común los bienes que fueron adquiriendo durante el dilatado tiempo en que vivieron y trabajaron juntos.

Tal cuestión nuclear del debate no es debidamente combatida en el motivo que no pretende acoger, pues, en todo caso, el remedio analógico que empleó la sentencia de la instancia, lo fue respecto a la determinación y reintegro de los derechos de la recurrida en los bienes comunes. En este sentido se hace remisión a la comunidad de bienes, como realidad fáctica que ha venido al pleito y fue debidamente comprobada, reputándola como sui generis y en cuya dinámica no se da impedimento legal para instar su división en cualquier momento, sin necesidad de que se produzca ruptura efectiva de convivencia, conforme dispone el artículo 400, en relación al 392, 393 (párrafo último) y demás concordantes del Código Civil.

Dicha comunidad presenta la especialidad de que se presenta más bien orientada a la permanencia de la situación de cotitularidad compartida en cuanto la pareja mantiene su unión, pero recobra toda su actividad divisoria de disolución y adjudicación en cuanto cesa, con carácter definitivo, la convivencia familiar, sin que represente obstáculo eficiente el que la titularidad de los bienes aparezca a favor del que recurre en este trámite casacional, por no ser prevalente frente a la recurrida que ostenta la cotitularidad que la

Sala a quo declaró, al tratarse la del recurrente de una titulación dominical fiduciaria, a la que se superpone la verdadera titularidad compartida como lo que en su día constituyó su pareja estable y en porciones igualitarias.

Si bien en estas situaciones cabe partir, en términos generales, de la existencia de una comunidad ordinaria, cada caso puede presentar particularidades que determinan la aplicación para su regulación de otra institución legal similar en efectos, lo que sucede en el que se enjuicia, donde cabe encuadrarlos en el régimen de la sociedad irregular de naturaleza mercantil, ya que por consecuencia del esfuerzo mutuo, en actividades comerciales coincidentes e integradas en un hacer conjunto dentro del operar comercial, se generó un patrimonio comunal. De esta manera, a falta de concierto expresado, el verbal, al efecto, es determinativo de la referida sociedad de hecho (sentencia de 4 de abril de 1991), pues se da concurrencia de actos constitutivos, creadores y permanentes, que adolecieron de las formalidades necesarias para su acceso al Registro Mercantil, pero que no les resta eficacia de operatividad y vinculación para los interesados.

2. Sentencia del Tribunal Supremo, de 30 de diciembre de 1994. Declara que las uniones de hecho y las matrimoniales ofrecen considerables diferencias que impiden la aplicación analógica de los artículos 1.396 y siguientes del Código Civil, no dándose entre ambas situaciones la igualdad que permitiría esa aplicación de acuerdo con el artículo 14 de la Constitución; otra cosa podría conducir a una auténtica creación judicial del Derecho en materia de regímenes económicos del matrimonio no autorizada del artículo 1 del Código Civil.

En sentencia de esta Sala, de 22 de julio de 1993, habiéndose solicitado, en virtud del artículo 4.1 del Código Civil, la aplicación del régimen de la sociedad de gananciales, ya se dijo:

- *Ser cierto que las llamadas uniones de hecho o more uxorio constituyen una realidad social cuya existencia ha tenido que ir siendo jurídicamente admitida, bien que con evidente resistencia por los tribunales, tanto de la jurisdicción ordinaria como de la constitucional (vid. sentencias de 21 de octubre y 11 de diciembre de 1992, y 18 de febrero de 1993, respecto de esta Sala, y las de 11 de diciembre de 1992 y 8 de febrero de 1993 del TC).*
- *Dicha admisión, como consecuencia obligada del texto constitucional, especialmente de su artículo 39.1, que se halla proyectado sobre algún texto legal, cual acontece con la Disposición Adicional tercera de la Ley 21/1987, de 11 de noviembre, que modificó la adopción, ha motivado interesantes cambios en orden a la solución de los problemas de ella derivados, especialmente en determinadas relaciones cuales son, por ejemplo, las de aplicación del artículo 58.1 de la LAU.*

- *Por otra parte, teniendo en cuenta que si bien la exégesis de los preceptos legales debe realizarse hoy con criterios inspirados no sólo en principios históricos, lógicos y sistemáticos, sino también socio-políticos, no es de olvidar en un Estado de Derecho otro esencial postulado que, por afectar, al menos en principio, a toda la Comunidad Social, debe imperar cuando de su interpretación y aplicación se refiere sobre los estrictamente particulares, el de la Seguridad Jurídica, consecuencia de lo cual y por lo que al caso aquí contemplado se refiere es: 1.º) Que las uniones matrimoniales y las more uxorio no pueden ser consideradas a todos los efectos y consecuencias como supuestos y realidades equivalentes (vid. STS de 11 de diciembre de 1992); 2.º) Que como consecuencia de ellos, no serán aplicables a esas uniones normas que sean específicamente establecidas para la regulación de las primeras, a menos que ello pudiera llevarse a efecto por el cauce de la analogía, a la que se refiere el motivo, por lo que se hace necesario contemplar dicha posibilidad.*
- *El juego de la analogía radica en la similitud (semejanza, según el art. 4.º del Código Civil) entre el supuesto que ante el órgano judicial —o intérprete— se presenta, carente de regulación legal, y aquél al que se pretende aplicar la norma en cuestión por razón de esa semejanza o identidad de razón, cual señala el citado precepto, lo que se traduce en que su aplicación lleve implícita la idea del uso razonable del derecho (vid. sentencia de 12 de diciembre de 1980).*
- *Pues bien, fijando la atención en el supuesto que la recurrente somete a la consideración de esta Sala, a los efectos de la aplicación analógica al mismo de los artículos 1.396 y siguientes del Código Civil, es evidente que esa semejanza no puede admitirse, desde el momento que el examen analógico-comparativo de las uniones de hecho y las matrimoniales nos ofrecen unas considerables diferencias; así, mientras las primeras son simplemente fácticas, están al margen del acto formal matrimonial, canónico o civil; las segundas no, lo que da lugar a que respecto de estas últimas surjan una serie de derechos a la vez que muy diversas obligaciones, tal acontece, por ejemplo, con la creación del estatus iuris casado/a que tampoco es de aplicación a las uniones more uxorio, lo mismo acontece con los requisitos que la disolución de las matrimoniales requieren y no juegan para las de puro hecho.*
- *Pero es que, además, en contra de dicha aplicación analógica ha de tenerse en cuenta que lo pregonado en el artículo 14 de la CE es que la aplicación de la igualdad que en el mismo se establece exige que todos aquellos, respecto de los cuales se reclame, se encuentren en la misma situación, sin que pueda establecerse diferencia ninguna por*

razón de las personas o circunstancias que no estén presentes en la norma (STC núm. 142/88, de 12 de julio), igualdad que, como ha quedado suficientemente expuesto, no se da en el presente caso.

- *Consiguientemente, la aplicación analógica a estas uniones de las normas establecidas para la regulación de los regímenes económico matrimoniales supondría una subversión de los principios informadores y constitutivos de las mismas; por ello, su aplicación no puede extenderse a aquellos casos que constituyen un límite racional en el sentido y espíritu de la norma que se pretende aplicar, sin olvidar que acceder a lo solicitado, cual aquí se pretende, podría implicar o acaso incluso conducir a una auténtica creación judicial del derecho en materia de dichos regímenes económicos, lo cual no autoriza hoy el artículo 1 del Código Civil en general y su ordinal sexto en particular.*

Con lo transcrito anteriormente, parece que queda clara cuál es la posición jurisprudencial respecto a las uniones de hecho. Pero aún queremos consignar que, según la sentencia de 18 de febrero de 1993: *Conocida es la doctrina de esta Sala (sentencias, entre las más recientes, de 12 de octubre y 11 de diciembre de 1992) en el sentido de venir declarando la imposible aplicación a estas uniones more uxorio de las normas legales reguladoras de la sociedad de gananciales; pues aun reconociéndose sin limitación el derecho fundamental al libre desarrollo de la responsabilidad y la susceptibilidad de constituir mediante estas uniones libres o de hecho una familia, perfectamente protegible por la Ley, no por eso cabe equipararlas como equivalentes a las uniones matrimoniales, por lo que no pueden ser aplicadas a las primeras normas reguladoras de esta última institución (STC de 15 de noviembre de 1990); y sigue diciendo: de ahí que la doctrina jurisprudencial haya tenido que acudir, en estos casos, a los pactos expresos o tácitos existentes entre los interesados, que patenticen la voluntad de los convivientes de constituir un condominio o una sociedad particular o universal; y estos pactos expresos, o los facta concludentia, deben inequívocamente evidenciar que fue su voluntad la de hacer comunes todos o algunos de los bienes adquiridos durante la unión de hecho.*

Por último, sólo nos queda añadir que la inexistencia de regulación legal sobre las uniones de hecho no quiere decir que exista un vacío que haya de ser llenado por la fuerza expansiva del ordenamiento jurídico, pues en infinidad de casos ocurre que la falta de regulación concreta responde al respeto del libre albedrío, al libre arbitrio o facultad del hombre para pronunciarse o gobernarse en uno u otro sentido, como ser libre que es y, como tal, titular de derechos subjetivos que le autorizan a hacer lo que le place, dentro del poder concreto que el ordenamiento jurídico y la Constitución le conceden, de

tal manera que someter su voluntad al establecer una situación de hecho a la situación reglamentaria que una institución jurídica implica, puede constituir un ataque frontal a su libertad. En el caso que nos ocupa no hay, pues, laguna de Ley, sino respeto al libre albedrío, al derecho subjetivo de quien pudiendo no quiere contraer matrimonio y de quien, también pudiendo a partir de una determinada fecha, no quiere la ruptura de un vínculo anterior. Si se aplicase la analogía habrían de imponerse a los litigantes los mismos derechos y deberes que a la institución matrimonial impone la Ley, en detrimento de la libertad de la pareja, uno de cuyos miembros se acuerda de aquella institución que no quiso asumir (al menos formalmente así parece) cuando la convivencia hace crisis.

3. STS de 4 de abril de 1997. Declara que no se pueden aplicar por analogía las normas de la sociedad de gananciales cuando la propia conducta de los interesados excluye tal aplicación.

Como síntesis jurisprudencial, la Sala recopila su precedente decisorio aplicable a las llamadas uniones de hecho, uniones libres o uniones paramatrimoniales o more uxorio; así se decía en sentencia de 21 octubre 1992: «...Sin dejar de reconocer la plena legalidad de toda estable unión de hecho entre un hombre y una mujer (como manifestación del derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad; art. 10 CE) y la susceptibilidad de constituir con ella una familia tan protegible como la creada a través de unión matrimonial (art. 39 CE), no es menos cierto que dicha unión libre o de hecho no es una situación equivalente al matrimonio (STC 19/1990, de 19 noviembre, y Auto 156/1987 del mismo Tribunal) y, al no serlo, no puede ser aplicada a aquella (en cuanto a las relaciones personales y patrimoniales de los convivientes) la normativa reguladora de éste, pues los que en tal forma se unieron, pudiendo haberse casado, lo hicieron, precisamente (en la generalidad de los casos), para quedar excluidos de la disciplina matrimonial y no sometidos a la misma. Por ello, entendemos que la normativa reguladora del régimen económico-matrimonial (Título III del Libro IV del Código Civil) no puede considerarse automáticamente aplicable a toda unión libre, por el mero hecho del surgimiento de la misma, ello sin perjuicio de que, atendidas las circunstancias de cada caso concreto, pueda predicarse la aplicabilidad (no por analogía legis, que aquí no se da, sino por analogía iuris) de algún determinado régimen económico de los diversos que para el matrimonio regula el citado Título del Código Civil, siempre que quede patentizado, por pacto expreso o tácito (deducido éste de sus hechos concluyentes e inequívocos) que la voluntad de los convivientes fue someterse al mismo, por lo que esta Sala entiende que no cabe la posibilidad de considerar que toda unión patrimonial (more uxorio), por el mero y exclusivo hecho de iniciarse, haya de llevar aparejado el surgimiento automático de un régimen de comunidad de bienes (llámese de gananciales, sociedad universal de ganancias,

condominio ordinario o de cualquier otra forma), sino que habrán de ser los convivientes interesados los que, por su pacto expreso o por sus facta concludentia (aportación continuada y duradera de sus ganancias o su trabajo al acervo común) los que evidencien que su inequívoca voluntad fue la de hacer comunes todos o algunos de los bienes adquiridos (suponemos que a título oneroso) durante la duración de la unión de hecho...»; (...) y en sentencia de 27 mayo 1994: «...el libre desarrollo de la personalidad lleva a algunas personas a uniones ajenas al matrimonio e incluso a crear vínculos paternofiliales y, por ende, familiares, dignos de protección. Sin embargo, expresamente se declara que tales uniones quedan fuera de la normativa del régimen económico matrimonial, con el que no tiene analogía; que las posibles consecuencias económicas de tal convivencia al tiempo de su ruptura pueden en algún caso asemejarse a las sociedades cuando se acredite la affectio societatis, que no puede inferirse sólo de la convivencia more uxorio, porque en éstas cabe también aceptar la plena independencia económica de quienes la practican...»

4. STS de 10 de marzo 1998. Se atribuye la vivienda común a la conviviente, pero no por analogía con el artículo 96 del Código Civil, sino por aplicación del principio general del Derecho consistente en la protección de la perjudicada por la situación de hecho. El Ponente, don Javier O'Callaghan, inicia un cambio de la doctrina jurisprudencial, pues el mencionado principio se ha invocado por primera vez en esta sentencia:

Sin embargo, los supuestos de hecho e incluso los procesales del recurso de casación no son iguales entre sí ni tampoco con el caso presente. En éste, se dio una convivencia more uxorio, la vivienda y la plaza de aparcamiento la adquirieron por mitad y proindiviso (la diferencia de las aportaciones económicas de uno y otro ha sido reclamada y concedida en el presente proceso), la recurrente, doña Esther L., contrae una grave enfermedad y sigue, por pacto entre los convivientes (como declara probado la sentencia de instancia), en el uso de la vivienda, muebles y plaza de aparcamiento, tras la ruptura de la convivencia.

Se trata de una situación que es de transcendencia jurídica, derivada de una situación de hecho no regulada por ley. Ni, desde luego, por costumbre. Con lo que es preciso acudir a los principios generales del Derecho, última fuente formal del sistema de fuentes en el ordenamiento jurídico, como dispone el artículo 1.1 del Código Civil y matiza el apartado 4 del mismo artículo. En las propias sentencias, antes citadas, se apunta la posibilidad de reclamación en caso de convivencia more uxorio; así, la de 20 de octubre de 1994 dice que las uniones de hecho pueden, en ocasiones, ser causa legítima de alguna reclamación, y la de 16 diciembre 1996, tras afirmar la exclusión de las normas del matrimonio a las uniones de hecho, añade: no obstante,

esta exclusión no significa, como ocurre en todo fenómeno social, que el Derecho permanezca al margen de los derechos y deberes que surjan bajo estas situaciones entre la pareja e incluso con los terceros a la pareja. ***Y el principio general ha sido ya apuntado, y no es otro que el de protección al conviviente perjudicado por la situación de hecho; principio que deriva de normas constitucionales (art. 10, principio de dignidad de la persona, art. 14, principio de igualdad, art. 39, principio de protección a la familia), de normas de Derecho privado, como el Código Civil (art. 96) y la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos [cuyo art. 16.1.b), entre otros, reconoce expresamente la protección al conviviente], de las sentencias del Tribunal Constitucional (todas las citadas anteriormente) y de las mismas sentencias de esta sala, en las que prácticamente todas ellas reconocen derechos al conviviente perjudicado.***

En este sentido, se estiman los tres motivos del recurso. La sentencia de instancia ha inaplicado incorrectamente el artículo 96 del Código Civil y la doctrina jurisprudencial, pero no porque sea aplicable directamente, ni por analogía, sino porque es aplicable el principio general que se deduce de ésta y de las demás normas citadas, principio general consistente en la protección al conviviente perjudicado, en este caso protección referida a la atribución del uso de la vivienda familiar, muebles y plaza de aparcamiento asignada a la vivienda.

5. ***STS de 4 de junio de 1998.*** Reitera que las uniones de hecho no son equiparables a las uniones matrimoniales; hay que estudiar la solución en cada caso, pudiendo darse entre los convivientes un tipo de asociación o sociedad, regulada por ellos mismos:

*Las uniones libres, aun careciendo de precisa normativa, no por ello son totalmente desconocidas por nuestro ordenamiento jurídico, y nuestra realidad legislativa ha afrontado el problema sólo fragmentariamente, sin pronunciarse por una prohibición total, y basta para acreditarlo así la remisión a las disposiciones legales que figuran relacionadas en el segundo fundamento jurídico de la sentencia recaída en segunda instancia. Sobre dicha cuestión, la jurisprudencia de la Sala se ha manifestado en el sentido de que **en materia de uniones more uxorio no es posible aplicar las normas reguladoras del régimen legal de gananciales, pues aún reconociendo la libertad para crear aquellas uniones libres, no pueden ser equiparables al matrimonio, ni pueden serles aplicables sus normas reguladoras** (sentencias de fechas 21 de octubre y 11 de diciembre de 1992 y 27 de mayo y 24 de noviembre de 1994). Sin embargo, la aludida falta de equiparación de las uniones de hecho a la dimanada del matrimonio no puede entenderse en términos de absoluta incompatibilidad, pues descendiendo al campo constitucional, aunque la Constitución no las prevé, tampoco las rechaza explícitamente y así se*

desprende del artículo 32 en relación con el 39, que se proyecta a la protección de la familia de forma genérica, es decir, como núcleo creado tanto por el matrimonio, como por la unión de hecho, y, por otro lado, una de las Recomendaciones del Comité de Ministros del Consejo de Europa, de 7 de marzo de 1988, está orientada para que los contratos de naturaleza patrimonial entre personas que viven juntas como parejas no casadas o que se regulen las relaciones patrimoniales entre las mismas, ya sea por el período ulterior a su casación, no puedan tenerse como nulos, por la única razón de haberse concertado en dichas situaciones, y las precedentes consideraciones responden a la argumentación recogida en la sentencia de 18 de mayo de 1992, así pues, en un terreno tan delicado y complejo como el que se trata, las soluciones, en la medida de lo posible, deben adoptarse caso por caso.

En el caso concreto de autos, no cabe olvidar que la unión more uxorio que formaron los litigantes se caracterizó, como bien se dijo en la sentencia de instancia, por una vida sentimental estable y duradera, en la que aquellos se comportaron como si se tratara de un verdadero matrimonio, llegándose a crear vínculos paternofiliales y, por ende, familiares, dignos de protección, ni olvidar, tampoco, que la prueba practicada evidenció que «era intención de la pareja hacer comunes las ganancias o beneficios obtenidos indistintamente por cualquiera de ellos» (fundamento jurídico quinto de la sentencia de instancia), particular el expresado que se reconoce en los motivos segundo y tercero del recurso del señor V., al decirse que «es evidente que entre las partes ha existido un tipo de asociación o sociedad, regulada, en parte, por ellos mismos en forma expresa, como la ordenación de su patrimonio, y, en parte, verbalmente, como el régimen de contribución al levantamiento de cargas de su unión» y que «ambas partes acordaron someter el patrimonio adquirido por ambos con sus frutos y rentas al régimen de la sociedad de gananciales, régimen que es perfectamente aplicable para regular la comunidad constituida», siendo todo ello, sin duda, lo que determinó al Tribunal a quo, en línea coincidente con el criterio del Juez de instancia, a conceder a la señora J. la percepción de una indemnización mensual por el factor desestabilizador que la supuso la cesación de la convivencia.

CONCLUSION

Las uniones de hecho constituyen un fenómeno cada vez más frecuente por la concurrencia de diversos motivos que se dan en la sociedad actual y que poco o nada tienen que ver con los precedentes originarios de esta figura en la época romana o en los propios de nuestra historia. Lo cierto es que, por su generalidad y extensión, pueden suponer un serio problema que alcance a dañar la familia tradicional, y sobre todo, al concepto religioso del matrimonio.

Sin embargo, aun considerando en todo el valor que tienen esos principios morales, la propia Iglesia ha tenido que admitir que hay poderosas razones sociológicas que inducen a contemplar el fenómeno con una mayor permisividad, estudiando las circunstancias caso por caso. Varias legislaciones admiten claramente estas uniones, dotándolas de una regulación suficiente con el fin de evitar los problemas que podrían surgir si se tratase de ignorarlas.

En España, siguiendo la tónica general de los países de nuestro entorno, no existe una regulación de las uniones de hecho, y sólo hay algunas normas aisladas sobre temas puntuales, amén de las tres leyes autonómicas, de dudosa constitucionalidad, y que podrían tornarse extravagantes si las Cortes llegaran a promulgar una norma de ámbito estatal.

El Parlamento Europeo ha acordado recientemente una Resolución (11350/1999) que en su punto 55 pide a los Estados miembros que garanticen a las familias monoparentales, a las parejas no casadas y a las parejas del mismo sexo, la misma igualdad de derechos de las parejas y familias tradicionales, en particular, en materia de legislación fiscal, régimen patrimonial y derechos sociales.

La doctrina no es muy proclive a lo que se propone por el Parlamento Europeo, salvo alguna opinión aislada. Esta opinión única es la expuesta por los autores VÍCTOR REINA y JOSÉ MARÍA MARTORELL, en su libro *Las uniones matrimoniales de hecho* (Editorial Marcial Pons, Madrid, 1996), dicen que si existen soluciones específicamente matrimoniales para el problema de los hijos, de la casa o de la vivienda común, del enriquecimiento injusto, y de la empresa o patrimonio común familiar, *no hay razón alguna para no aplicar analógicamente esas mismas soluciones a las uniones de hecho*.

Por el contrario, las opiniones adversas son múltiples; hemos recogido, entre otras, las siguientes:

El catedrático de Derecho Civil, don GABRIEL GARCÍA CANTERO, en la Revista *Iglesia en Zaragoza*, núm. 982, de 29 de noviembre de 1998, publica un artículo titulado *Parejas de hecho*, donde se refiere al proyecto que por entonces se preparaba de la Ley autonómica aragonesa, y dice lo siguiente: *Lo menos que puede decirse del proyecto aragonés es que, de aprobarse en sus términos, logrará la cuadratura del círculo, ya que hará que un no matrimonio, sin quererlo los interesados, se equipare al matrimonio; pero en tal caso, se invadirán las facultades estatales sobre las formas de matrimonio (art. 149.1.8 CE), incurriendo en inconstitucionalidad; la Ley catalana no ha caído en esta trampa y ha expulsado a tales parejas de hecho del Código de Familia, abandonándolo al limbo de los conceptos jurídicos. Por otra parte, termina diciendo rotundamente, la mejor ley de parejas es la que no se ha promulgado todavía, ya que ha de reconocerse que los interesados sabrán resolver mejor sus problemas que el propio legislador, el cual, aun-*

que esté bien intencionado, resulta escasamente conocedor de la realidad social.

El también catedrático don RAFAEL NAVARRO VALLS, en un artículo publicado en el diario *El Mundo*, de Madrid, bajo el título *El matrimonio imposible*, decía que la Resolución del Parlamento Europeo, instando a reconocer el matrimonio entre personas del mismo sexo, es una propuesta que choca con las legislaciones nacionales. Sigue diciendo que *la regulación legal de la unión de hecho (homo o heterosexual) es no sólo peligrosa para el matrimonio, sino también para las propias uniones de hecho. Para estas segundas, porque sobre todas las uniones entre homosexuales, amenazarán a partir de ese momento la sombra de la analogía, con la unión de hecho «inscrita». Es decir, esa regulación eliminará precisamente la posibilidad de una relación sin lazos jurídicos, haciendo gravitar sobre el amor libre la sombra amenazante de convertirlo en mini-matrimonio forzado. La paradoja será notable: los homosexuales que deseen una verdadera unión libre, sin consecuencias de Derecho, deberán tomar la cautela de especificarlo por escrito. De otro modo, podrá sucederles lo que a la tenista Billie Jean King, que tuvo que hacer frente a una demanda de su secretaria y amante, que le exigió una fuerte cantidad económica y su casa de Malibú cuando rompieron su relación.*

También se expresa en el mismo sentido el cardenal arzobispo de Génova, DIONIGI TETTAMANZI, según aparece en su artículo *Familia y uniones de hecho*, inserto en *L'Osservatore Romano*, núm. 39, de 24 de septiembre de 1999, reproducido en la revista *Verbo*, núm. 377-378 del mismo año. Nos dice que *frente al fenómeno de las uniones de hecho, no se puede por menos de tener en cuenta el aspecto subjetivo: se trata de determinadas personas, de su visión de la vida, de sus intenciones y, en síntesis, de su «historia». En este sentido, podemos y debemos reconocer y respetar la libertad individual de elección de esas personas. Pero, dice, una atención exclusiva al sujeto y a sus intenciones y opciones, sin una referencia adecuada a la dimensión social y, por consiguiente, al dato objetivo, es fruto de un individualismo arbitrario inaceptable y contraproducente para la dignidad de la persona y el orden de la sociedad. Se trata de un problema no confesional, sino laico; es inaceptable la tendencia de oponer a los católicos y a los laicos; este es un problema general y muy serio. Con las uniones de hecho sucede lo mismo que con cualquier otro problema humano: hay que intervenir con la recta razón. Esta recta razón debe defenderse de algunas tendencias culturales radicales que tienen como objetivo, más o menos evidente, la destrucción de la institución familiar. Cita el discurso del Santo Padre al Foro de las Asociaciones Familiares Católicas de Italia del ataque que supone a la institución familiar la tendencia a equiparar la familia con otras formas muy diferentes de convivencia, prescindiendo de fundamentales consideraciones de orden ético y antropológico (L'Osservatore Romano, 27 de julio de 1998). Por ello, el*

cardenal arzobispo, al que nos venimos refiriendo, sigue diciendo que *es legítima y necesaria la intervención de la sociedad y de la ley civil en el ámbito de la familia y de las uniones de hecho: la razón reside en la esencial dimensión social del matrimonio, que se expresa en la relación recíproca entre la institución matrimonial y la sociedad.*

Por el contrario, las uniones de hecho que, por definición, rechazan cualquier forma de reglamentación social, ponen en peligro la certeza del derecho y también el cumplimiento de las obligaciones, que sólo queda sometido a la total arbitrariedad de los convivientes. La parte final del artículo se refiere concretamente a la visión del problema en Italia, pero la doctrina es perfectamente aplicable a todos los demás países. Dice que *para apoyar una ley civil que reconozca las uniones de hecho se invoca la distinción entre ley moral y ley civil, pero esta distinción, ni es sinónimo de separación, ni mucho menos de contradicción; ya enseñó claramente santo Tomás de Aquino que la ley positiva humana sólo tiene fuerza de ley en cuanto deriva de la ley natural. Y si hay desacuerdo con esta última, ya no hay ley, sino corrupción de la ley.* Reconoce el mismo autor que *la comprensión y, a veces, la compasión por ciertas situaciones difíciles y dolorosas de las personas que viven en una unión de hecho es legítima y aun obligatoria. Pero comprensión no equivale a justificación; más bien, debe ponerse en relieve que la verdad constituye un bien esencial de la persona y de su auténtica libertad, de modo que la afirmación de la verdad no es una ofensa a las personas, sino una ayuda real.*

También el autor don AURELIO FERNÁNDEZ (en el folleto *Parejas de hecho*, que antes hemos citado), página 64, ya nos recuerda lo ocurrido en Francia a este respecto, cuando ya en 1991 se proyectó un plan de reconocimiento jurídico de parejas que desembocó en un *Pacto de Interés Común (PIC)*, que el Ministerio de Justicia hizo público en abril de 1998. En este documento se contemplaba todo tipo de sociedades: amigos, hermanos, parejas de casados, homosexuales, etc., con lo que se pretendía evitar la equiparación de las parejas de hecho al matrimonio. Pero este proyecto ha sido rechazado, por lo que se ha propuesto un *Contrato de Unión Social (CUS)*, que quiere conceder a las parejas de homosexuales casi todos los derechos del matrimonio; este proyecto ha sido contestado por 12.000 alcaldes, que se niegan a firmar dichas uniones. Posteriormente, en octubre de 1998, se presentó el nuevo *Pacto Civil de Solidaridad (PACS)*, que trata de igualar a las parejas de hecho con el matrimonio. Nos dice el mismo autor que algunos socialistas *se avergonzaron* de este proyecto y, según los informes de agencia, *los diputados hicieron novillos* el día de la votación. Por su parte, 18.000 alcaldes, a quienes se adhirieron todos los obispos franceses y otras fuerzas civiles y religiosas, defienden el matrimonio monogámico y heterosexual que legisla la Constitución francesa.

Finalmente, la Asamblea General francesa aprobó el PACS por escasa mayoría, originando numerosas protestas de organizaciones sociales, religiosas y grupos políticos para protestar. Por ello, cada día se siente más la necesidad de defender el matrimonio estable y la familia que con él se origina.

Por tanto, nos parece que la igualdad que se postula en la Resolución del Parlamento Europeo no pasa de ser algo atrevida y poco aceptable. Bien está que se reconozca la realidad de un hecho social que se presenta y requiere una solución jurídica a sus problemas. Pero la igualdad es una quimera por varias razones: es admisible, como dice el Notario SIMÓ SANTONJA (125), que se reflexione sobre la oportunidad de regular jurídicamente a las parejas no casadas, pero debe tenerse presente la marginalidad del problema, la imposibilidad de llegar a una reglamentación aplicable a quienes no la quieren, y, sobre todo, que sería ilógico y socialmente inaceptable que la pareja no casada estuviera sólo a las ventajas y no tuviera que soportar las cargas y obligaciones del matrimonio.

Según se anuncia en el periódico de la Archidiócesis de Madrid, *Alfa y Omega* (núm. 207, 6 de abril de 2000), la Conferencia Episcopal Española está preparando un documento en el que se opone a la antes citada Resolución del Parlamento Europeo. Ya la Conferencia Episcopal de Portugal ha declarado que lo que el legislador no puede, ni debe, es tratar a esas situaciones como iguales a las de familia, y mucho menos extrapolar a ellas la designación de *familia*, designación que tiene un contenido histórico y ético que no debe ser desmerecido (126). Y el Papa Juan Pablo II, en su discurso a los participantes en la XIV Asamblea Plenaria del Pontificio Colegio de la Familia, ha expresado claramente el sentir de la Iglesia. No se debe conceder a estas uniones o parejas un estatuto jurídico dentro del matrimonio, puesto que en ese caso se querría decir que jurídicamente son realidades idénticas, cuando no es así, por la precariedad y ausencia de un compromiso irreversible y por su voluntad de situarse al margen de toda forma de vínculo definitivo. Estas uniones no son una alternativa al matrimonio, sino su negación; en ellas se registra una carencia de empeño recíproco, un paradójico deseo de mantener intacta la autonomía de la propia voluntad en el interior de una relación que debería ser recíproca; falta la apertura confiada a un futuro vivir juntos, que corresponde al menos activar y fundar; falta el Derecho en sentido propio, no en su dimensión extrínseca de mero conjunto de normas, sino en su más auténtica dimensión antropológica de garantía de la coexistencia humana y de su dignidad. Las uniones de hecho entre homosexuales, además, cons-

(125) Obra citada, pág. 53.

(126) Cita de FEDERICO R. AZNAR GIL en su trabajo «Uniones de pareja y Magisterio de la Iglesia católica», publicado en la *Revista Española de Derecho Canónico*, núm. 56, 1999, pág. 121. De ahí también tomamos la cita del papa Juan Pablo II.

tituyen una deplorable distorsión de lo que debería ser la comunión de amor y de vida entre un hombre y una mujer.

El Profesor GONZÁLEZ PORRAS, en sus notas al libro de BERNARD DEMAÏN, ya citado (127), admite como lógica la atención que debe prestarse a las uniones de hecho, porque las situaciones de prolongada convivencia crean una serie de intereses dignos de tutela. Pero, dice, al mismo tiempo es justo rechazar la falsa aspiración ajurídica y laicista, notablemente inspirada en los falsos valores de la libertad individual, que nos quiere hacer creer que la unión libre de un hombre y una mujer, con todas sus consecuencias personales y patrimoniales, se puede igualar al matrimonio legal, y todos sus problemas pueden encontrar solución al margen de la Ley.

Más rotundo es el francés JEAN CARBONNIER al comentar en el prólogo del mismo libro el pensamiento de su autor, BERNARD DEMAÏN. Dice que rechaza sin concesiones la tentadora analogía que algunos quieren utilizar entre el matrimonio y el concubinato; con una constante diligencia, expulsa de la sociedad de hecho todo lo que podría hacerla caer del lado de la comunidad conyugal y niega en las relaciones entre amante y querida todo lo que podría evocar un régimen pseudomrimonial. Nada de moralismo estrecho, dice, no es rigorismo moral, sino el debido rigorismo intelectual al distinguir conceptos jurídicos. La prohibición empieza cuando se intenta deslizarse desde una simple comunidad de hecho a la comunidad de vida, dando formas de sociedad a las ideas de cohabitación y relaciones que en nuestro Derecho son inherentes al estado matrimonial.

Vemos que no sólo por argumentos religiosos, sino también por estrictamente jurídicos, no cabe equiparar la unión de hecho con el matrimonio, como quiere preconizar el Parlamento Europeo. Legislar, sí, pero equiparar, no. De este modo, como dice el Profesor CASTÁN VÁZQUEZ (128), rechazamos la aspiración laicista de igualar ambas figuras, pero no ignoramos estas situaciones *que muchas veces han sido queridas, pero otras veces son simplemente sufridas*.

BIBLIOGRAFIA

ABC, Diario de Madrid: *Inscritos en el Registro de Parejas en Torrejón de Ardoz*. Número del día 4 de marzo de 2000.

ALFONSO X «EL SABIO»: *Las Siete Partidas*. Edición de la Real Academia de la Historia. Imprenta Real. Madrid, 1807.

ARANZADI: *Diccionario de Jurisprudencia*, años 1992 a 1998.

(127) Obra citada, pág. 132.

(128) En el prólogo de la edición española del citado libro de BERNARD DEMAÏN, pág. 7.

- AZNAR GIL, FEDERICO R.: «Uniones estables de pareja y Magisterio de la Iglesia católica», publicado en la *Revista Española de Derecho Canónico*, núm. 56 de 1999, pág. 71 y sigs.
- BAÑARES, JUAN IGNACIO: «Derecho, antropología y libertad en las uniones de hecho», en el libro *Hominum causa omne ius constitutum est. Estudios de Derecho matrimonial en homenaje al Padre Díaz Moreno*. Universidad de Comillas, Madrid, 1999, pág. 1417 y sigs.
- BAYOD LÓPEZ, M.^a DEL CARMEN: «Parejas no casadas, capítulos matrimoniales y normas de régimen económico matrimonial», en la *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 626, enero-febrero de 1995, pág. 129 y sigs.
- BOSCH CAPDEVILA, ESTEBAN: «La unión de hecho», en el *Boletín del Centro de Estudios Registrales de Cataluña*, núm. 81, noviembre-diciembre de 1998, pág. 319 y sigs.
- CASTÁN PÉREZ-GÓMEZ, SANTIAGO: *El concubinato en la experiencia jurídica romana*, en el libro de *Estudios de Derecho matrimonial en homenaje al Padre Díaz Moreno*. Universidad de Comillas, Madrid, 1999, pág. 1459 y sigs.
- CASTÁN TOBEÑAS, JOSÉ: *Derecho Civil Español, Común y Foral*. Edición de 1984.
- CASTÁN VÁZQUEZ, JOSÉ M.^a: *Observaciones sobre la situación jurídica de las parejas no casadas*. Comunicación en el Pleno de Académicos de Número en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación. Publicada en los Anales de dicha Academia, 1994, pág. 135 y sigs.
- *Prólogo al Libro de Estudios de Derecho matrimonial en homenaje al Padre Díaz Moreno*. Universidad de Comillas, Madrid, 1999.
- CASTRO BRAVO, FEDERICO DE: *Derecho Civil de España*. Madrid, 1946.
- CASTRO LUCINI, FRANCISCO: «Comentarios a las sentencias del Tribunal Supremo sobre Derecho de familia», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario de 1995*, pág. 2263 y sigs.
- CERDÁ GIMENO, JOSÉ: «Reflexiones jurídicas sobre el concubinato», en el libro *Estudios sobre el Derecho de Familia*, editado por el Colegio de Registradores, Madrid, 1993, pág. 523.
- *La situación actual de las parejas no casadas ante el Derecho*, en el mismo libro, pág. 549.
- *Una aproximación realista para una visión de conjunto de las sentencias del Tribunal Supremo (Sala 1.ª), relativas a aspectos de la situación de parejas no casadas*, en el mismo libro, pág. 609.
- COLEGIO DE REGISTRADORES DE LA PROPIEDAD Y MERCANTILES DE ESPAÑA: *Boletín de Información*, núm. 40, julio de 1998, y núm. 48, abril de 1999.
- DEMAIN, BERNARD: *La liquidación de bienes en las uniones de hecho*. Traducción española del Profesor José Manuel González Porras. Prólogo del Profesor Castán Vázquez. Editorial Reus, Madrid, 1992.
- DÍAZ MORENO, JOSÉ MARÍA: «La familia de hecho. Aproximación a su vertiente jurídica y ética», en la *Revista Razón y Fe*, julio-agosto de 1997, pág. 33 y sigs.
- DÍEZ PICAZO, LUIS: *Derecho Civil Patrimonial*. Madrid, 1972.
- ESTRADA ALONSO, EDUARDO: *Las uniones extramatrimoniales en el Derecho Civil español*. Editorial Civitas, Madrid, 1971.
- ENCICLOPEDIA JURÍDICA ESPAÑOLA: *Voz Barraganía*. Editorial Seix, Barcelona, 1910.

- FERNÁNDEZ, AURELIO: *Parejas de hecho*. Folleto de Ediciones Palabra, Madrid, 1999.
- GALLEGO DOMÍNGUEZ, IGNACIO: *Las parejas no casadas y sus efectos patrimoniales*. Tesis Doctoral, editada por el Colegio de Registradores, Madrid, 1995.
- GARCÍA CANTERO, GABRIEL: «Parejas de hecho», publicado en la revista *Iglesia en Zaragoza*, núm. 982, noviembre de 1998, pág. 3.
- GARCÍA MAS, FRANCISCO JAVIER: «Las uniones de hecho: su problemática jurídica», en la *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 648, septiembre-octubre de 1998, pág. 1509 y sigs.
- GITRAMA GONZÁLEZ, MANUEL: *Notas sobre la problemática jurídica de la pareja no casada*, en el Libro-homenaje al Profesor Beltrán de Heredia. Universidad de Salamanca, 1984, pág. 210.
- GONZÁLEZ PORRAS, JOSÉ MANUEL: «Notas» al libro *La liquidación de los bienes en las uniones de hecho*, de Bernard Demain. Editorial Reus, Madrid, 1992.
- HERNÁNDEZ GIL, FRANCISCO, y DÍAZ AMBRONA, MARÍA DOLORES: *Lecciones de Derecho de Familia*. Madrid, 1999.
- HERNÁNDEZ IBÁÑEZ, CARMEN: *Problemática jurídica en torno a las uniones de hecho*. Asociación de Profesores Jubilados de Escuelas Universitarias. Madrid, 1995.
- «Una aproximación a la Ley 10/1998, de 15 de julio, de uniones estables de pareja en Cataluña», en *Actualidad Civil*, núm. 22, 1999, pág. 583 y sigs.
- LACRUZ BERDEJO, JOSÉ LUIS: *Elementos de Derecho Civil – Derecho de Familia*. Zaragoza, 1982.
- LALAGUNA DOMÍNGUEZ, ENRIQUE: *La diversidad de legislaciones civiles en España*. Editorial Tirant, Monografías, Valencia, 1998.
- LASARTE ALVAREZ, CARLOS: *Principios de Derecho Civil – Derecho de Familia*. Madrid, 1997.
- LÓPEZ AZPITARTE: «Cristianismo y familias no matrimoniales», en el libro *Política de Familia*, Universidad de Comillas, Madrid, 1999, pág. 147.
- LÓPEZ BURNIOL, JUAN JOSÉ: «La Ley catalana de uniones estables de pareja», en la *Revista Jurídica de Cataluña*, núm. 3, 1999, pág. 9 y sigs.
- LLAQUET DE ENTRAMBASAGUAS, JOSÉ LUIS: «Consideraciones en torno a la Ley de uniones estables de pareja de Cataluña», en la *Revista Española de Derecho Canónico*, núm. 56, 1999, pág. 261 y sigs.
- LLEBARIA SAMPER: *Hacia la familia no matrimonial*, Barcelona, 1997.
- MARTÍN CASALS, MIGUEL: *Informe de Derecho comparado sobre la regulación de la pareja de hecho*. Anuario de Derecho Civil, 1995, tomo IV, pág. 1710 y sigs.
- MARTÍNEZ DE AGUIRRE, CARLOS: «Las uniones de hecho: Derecho aplicable», en *Actualidad Civil*, núm. 36, 1999, pág. 1095 y sigs.
- MARTÍNEZ-PIÑEIRO CARAMÉS, EDUARDO: «Matrimonios asexuados. Parejas de hecho y el contrato de unión civil», en la Revista *Lunes 4'30* de los Registradores de Valencia, núm. 243, pág. 24 y sigs.
- «Uniones estables de pareja en Cataluña», en la misma revista, núm. 260, pág. 27, y núm. 261, pág. 55 y sigs.
- MERINO HERNÁNDEZ, JOSÉ LUIS: *Manual de parejas estables no casadas*. Librería General. Zaragoza, 1999.
- MOISSET DE ESPANÉS, LUIS: *El cazador, casado*. Editorial Miguel Angel, Córdoba, Argentina, 1991.

- MONTESINOS SÁNCHEZ, NIEVES: *Demandas sociales y respuestas jurídicas a propósito de las uniones de hecho*. Estudios de Derecho matrimonial en homenaje al padre Díaz Moreno. Universidad de Comillas, Madrid, 1999, pág. 1433.
- MORENO VERDEJO, JAIME: «Algunas reflexiones sobre registros municipales de uniones civiles no matrimoniales» en la *Revista General del Derecho*, 1994, pág. 12543 y sigs.
- NAVARRO VALLS, RAFAEL: «El matrimonio imposible», publicado en el diario *El Mundo*, de Madrid, el 7 de marzo de 1994, págs. 76 y 77.
- O'CALLAGHAN, JAVIER: «Concepto y calificación jurídica de las uniones de hecho», en *Cuadernos de Derecho Judicial*. Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1997.
- ORDOQUI CASTILLA, GUSTAVO: *El concubinato*. Ediciones del Foro, Montevideo, 1995.
- PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, MANUEL: *Derecho de Familia*. Madrid, 1986.
- REINA, VÍCTOR, y MARTINELL, JOSÉ M.^a: *Las uniones matrimoniales de hecho*. Editorial Marcial Pons, Madrid, 1996.
- ROCA TRÍAS, ENCARNA: «El nou Dret català sobre la família», en la *Revista Jurídica de Catalunya*, núm. 1, 1999, pág. 9 y sigs.
- SIMÓ SANTONJA, VICENTE: *Vida jurídica de las parejas no casadas*. Discurso de ingreso en la Academia Valenciana de Jurisprudencia y Legislación. Cuaderno núm. 62 de la Academia, 1986.
- TETTAMANZI, DIONIGI: «Familia y uniones de hecho», en *L'Osservatore Romano* de 24 de septiembre de 1999, reproducido en la revista *Verbo*, núm. 377-378, de 1999, págs. 615 a 627.
- TORRERO MUÑOZ, MAGDA: «La jurisprudencia del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional ante las uniones de hecho», en la *Revista General del Derecho*, 1998, pág. 10625 y sigs.

M.^a DEL CARMEN CORRAL GIJÓN
Ciclo de Doctorado, 2.º curso. Investigación.
Universidad San Pablo CEU. Madrid.
Curso 1999-2000

Anotación preventiva de créditos refaccionarios (*)

SUMARIO: 1. CONSIDERACIONES GENERALES.—2. EL CONTRATO COMO TITULO OBJETO DE ANOTACION PREVENTIVA.—3. EL DESTINO A LA REFACCION COMO REQUISITO PARA LA ANOTACION.—4. LA ANOTACION DE CREDITOS REFACCIONARIOS QUE RECAIGAN SOBRE UN EDIFICIO EN REGIMEN DE PROPIEDAD HORIZONTAL.—5. LA ANOTACION Y LA CONSTITUCION DE HIPOTECA UNITARIA SOBRE TODA LA FINCA EN PROPIEDAD HORIZONTAL.—6. CADUCIDAD DE LA ANOTACION PREVENTIVA DE CREDITO REFACCIONARIO.

1. CONSIDERACIONES GENERALES

Puede parecer llamativo que uno de los preceptos, objeto de modificación en la última reforma del Reglamento Hipotecario de 4 de septiembre de 1998, haya sido, precisamente, el artículo 155 RH, dado que en la práctica esta figura es tan escasa que ha devenido, no ya en una rareza jurídica, sino en una mera anécdota. Sin embargo, no han debido pasar desapercibidas a las distintas Administraciones Públicas las excepcionales garantías establecidas en favor del acreedor refaccionario, tanto en el Código Civil como, principalmente, en la Ley Hipotecaria, pues no cabe duda de que es para aprovechar las ventajas de la anotación preventiva del crédito refaccionario, por lo que, en ciertas normas de carácter administrativo, determinados créditos en favor de Entidades Públicas son definidos como refaccionarios. Así, en el Decreto de la Generalidad de Cataluña, número 281, de 2 de agosto 1982, se establecen subvenciones para la rehabilitación de viviendas y se califican de refaccionarios los créditos nacidos por

(*) Para un estudio más detenido de los créditos refaccionarios, ver MEZQUITA GARCÍA-GRANERO, M.^a DOLORES, *Garantías del constructor: el crédito refaccionario*, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 2000.

tal causa en favor de la Administración; el Real Decreto de Presidencia del Gobierno 2329/1983, de 28 de julio, califica de refaccionarios los créditos derivados de las subvenciones públicas otorgadas por dicha norma para la rehabilitación de viviendas de protección oficial, antes de la terminación de las obras (art. 38-4); en sentido parecido, la Ley 1/1991, de 3 de julio, de la Junta de Andalucía sobre Patrimonio Histórico Andaluz, alude expresamente a que *la concesión de subvenciones o ayudas para la mejora o conservación de inmuebles podrá asumir la forma de crédito refaccionario* (art. 96); una prevención análoga a las anteriores se encuentra también en la ley de Patrimonio Histórico de 21-12-1998, de la Presidencia de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares. Ahora bien, si no cabe albergar duda alguna en torno a que los créditos nacidos de financiar la mejora o rehabilitación de un inmueble son refaccionarios, ¿por qué se insiste en denominarlos así en las precitadas normas, tal como ya hiciera el artículo 311 RM al calificar de refaccionarios los créditos nacidos de los anticipos que el Patrimonio Forestal del Estado otorgue a los propietarios de montes para reforestar? Cabe, a mi juicio, apuntar dos razones: *a)* la ausencia de definición legal de lo que el crédito refaccionario sea; y *b)* el interés de las Administraciones Públicas por el privilegio refaccionario y, en especial, su deseo de obtener la garantía hipotecaria que comporta la anotación preventiva de un crédito refaccionario. A dicho interés responde también, sin duda, la última reforma del artículo 155 RH, pero, para comprender mejor su alcance, parece preciso definir, siquiera brevemente, la naturaleza, requisitos y efectos de la anotación preventiva de un crédito refaccionario.

Al disponer el artículo 59-2.º LH que esta anotación surtirá todos los efectos de la hipoteca, el acreedor refaccionario anotante al amparo del artículo 42-8.º LH queda revestido de la cualidad de hipotecario (art. 93 *in fine* LH). Podría pensarse que el escasísimo uso que de la anotación hacen los acreedores refaccionarios se debe a la inutilidad de disponer una garantía hipotecaria a la que sólo pueden acceder los acreedores refaccionarios, cuando la misma ley ya se ha ocupado de regular, con casi total perfección, la hipoteca como garantía de cualquier crédito. Sin embargo, si repasamos las ventajas que, respecto de la hipoteca convencional, otorga la refaccionaria a su titular, quizá nos preguntemos por los motivos de que esta institución venga siendo objeto de un casi total desprecio en la práctica. Efectivamente, frente a la necesidad de otorgamiento de escritura pública e inscripción de la misma, como requisitos para la constitución de hipoteca en garantía de un crédito, dispone el artículo 59 LH, que podrán anotarse los créditos refaccionarios que consten por escrito, cualquiera que sea la forma (pública o privada) del contrato objeto de la anotación. Por otro lado, el acreedor refaccionario puede **exigir** la anotación (art. 59-1.º LH), por lo que puede constituir hipo-

teca aunque no obtenga, para ello, el consentimiento del deudor. Además, dicha hipoteca será privilegiada si cumple los requisitos del artículo 61 LH, conforme a lo dispuesto en el artículo 64 LH, de modo que obtendrá preferencia sobre otras hipotecas anteriores, ostentando el acreedor refaccionario anotante una hipoteca de mejor rango que aquéllos sobre el aumento de valor por él introducido en la finca sobre la cual se practique la anotación.

Admitido hoy, conforme demostrara DE ANGEL (1), que es crédito refaccionario todo el que derive de la realización de una obra, ya sea de rehabilitación, ya de nueva construcción, tanto como el del financiador que adelanta fondos para llevarla a cabo, no cabe duda de la importancia de la exoneración de otorgamiento de escritura pública como requisito para la anotación. Es un hecho indiscutido que el contrato de obra se formaliza, normalmente, por escrito, pero casi nunca en documento público. De este modo, es cierto que las grandes entidades financieras se aseguran de garantizar con hipoteca la restitución de sus préstamos, pero también lo es que tanto los distintos agentes de la edificación (desde el arquitecto hasta el último suministrador, pasando por el contratista) como los modestos inversores que adelantan fondos para la realización de una obra ajena, se ven excluidos de la garantía hipotecaria como consecuencia, tanto de la carestía de la misma como de la necesidad de formalizar en documento público el contrato del que derive su crédito. Sin embargo, pueden lograr una garantía suficiente para sus créditos, anotándolos al amparo del artículo 42-8.º LH, sin necesidad de elevar a públicos sus respectivos contratos. No debe olvidarse, tampoco, que la constitución de hipoteca mediante la anotación del crédito refaccionario abarata considerablemente los costes de aquélla. Efectivamente, no sólo se evitan los gastos de otorgamiento de escritura pública sino, lo que es más importante desde el punto de vista económico, la carga impositiva. Como es sabido, todos los préstamos entre particulares están exentos del impuesto de Transmisiones Patrimoniales (art. 45 del Texto Refundido del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales, en adelante TRITP) y, además, del impuesto sobre Actos Jurídicos Documentados, dado que, según el artículo 10 TRTP, los préstamos entre particulares están sujetos al ITP (Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales) y, conforme al artículo 72 de su Reglamento, los actos sujetos al Impuesto de Transmisiones Patrimoniales no pueden estarlo al de Actos Jurídicos Documentados (en adelante AJD) (2). Sin embargo, los préstamos empresariales gozan de exención por el IVA (art. 20-1-18, Ley 37/1992, de

(1) *Los créditos derivados del contrato de obra*, Tecnos, Madrid, 1969, págs. 147 y 148; y «Comentario al artículo 1.923 del Código Civil», en *Código Civil comentado*, obra colectiva dirigida por DE ANGEL YAGÜEZ, RICARDO e IRIARTE ANGEL, JOSÉ LUIS, Tomo IX, E. Bosch, Barcelona (en prensa).

(2) MENÉNDEZ HERNÁNDEZ, JOSÉ, *El impuesto sobre las transmisiones patrimoniales*, J. M. Bosch, Barcelona, 1996, pág. 540.

28 de diciembre) pero no del impuesto de Actos Jurídicos Documentados por no haber incompatibilidad entre ellos, de modo que los préstamos de las entidades financieras deben satisfacer este último tributo cuando se consignan en documento público. La consecuencia de todo lo anterior es que, siendo la inscripción requisito para la constitución de hipoteca convencional como presupuesto para la inscripción de la misma, todos los préstamos hipotecarios deben documentarse en escritura pública quedando, por ello, sujetos al impuesto de AJD. Ahora bien, si el préstamo con destino a la refacción realizado por una entidad financiera al constructor se formalizara en documento privado, haciéndose constar en el mismo su destino a la refacción, quedaría exento de este tributo, pero se podría anotar al amparo del número 8.º del artículo 42 LH constituyendo, en favor de su titular, la garantía hipotecaria. Es cierto que, si se dejara pasar el plazo de sesenta días (a contar desde la terminación de las obras) otorgado por el artículo 92 LH para exigir el pago, sería preciso convertir la anotación en inscripción y, en tal caso, habría que otorgar documento público para inscribir, pero también es cierto que si no se agota tal plazo, el acreedor refaccionario puede ejecutar su crédito como cualquier otro acreedor hipotecario (art. 93 LH) por el precio de la simple anotación registral.

Hemos afirmado que la referida anotación es constitutiva de hipoteca y también que puede exigirse aquélla sin necesidad de obtener el consentimiento del deudor, lo que se deriva de los artículos 42-8.º, 59 y 93 de la Ley Hipotecaria y la convierte en una hipoteca legal. Es una hipoteca, por cuanto conforme a la dicción literal del artículo 59-2.º LH esta anotación surtirá *todos los efectos de la hipoteca*, lo que comporta, no sólo los efectos reales propios de dicha garantía, sino también la obtención de la preferencia satisfactiva que corresponde a la hipoteca. Consecuente con lo anterior, el artículo 1.923-3.º del Código Civil confiere al crédito refaccionario anotado la prelación de la hipoteca, mientras que el crédito refaccionario no anotado goza de un mero privilegio que le confiere preferencia especial, pero en grado inferior que al acreedor hipotecario (1.923-5.º y 1.927-2.º y 3.º del Código Civil) y, además, ordena que los créditos refaccionarios anotados se gradúen entre sí, como las hipotecas, conforme al rango que les otorgue la antigüedad de su anotación (art. 1.927-2.º del Código Civil). El artículo 93-2.º LH permite al acreedor refaccionario anotante, siempre que haya vencido el plazo, exigir el pago desde luego, sin necesidad de convertir la anotación en inscripción, para lo cual la anotación deberá surtir *todos los efectos de la hipoteca*. Por su parte, el artículo 64-2.º LH establece, a su vez, que el acreedor refaccionario sea tenido como hipotecario respecto a lo que exceda el valor de la finca al de los derechos reales anteriores y, *en todo caso*, respecto a la diferencia entre el precio dado a la finca antes de las obras y el valor que alcanzare en la enajenación judicial. Si, como afirma la doctrina mayoritaria, la

anotación preventiva de crédito refaccionario es constitutiva de un derecho real (3) cuyos efectos son todos los de la hipoteca (4). Si, además, confiere el derecho de preferencia de la hipoteca, superior al del simple privilegio refaccionario no anotado, siendo que el único derecho real inmobiliario que lleva aparejada preferencia es la hipoteca. Si tenemos en cuenta que todo lo anterior se produce, no sólo tras la conversión en inscripción sino sin necesidad de ello, pues se puede ejecutar el crédito simplemente anotado como una hipoteca (art. 93 LH) y además, que el artículo 1.923-3.º confiere la prelación de la hipoteca tanto al crédito refaccionario anotado como al inscrito, se impone concluir que la anotación del crédito refaccionario es constitutiva de hipoteca, siquiera sea ésta «provisional» como consecuencia de la propia naturaleza temporal del asiento que la origina.

Además, tal como afirmé con anterioridad, esta hipoteca es legal, pues el acreedor refaccionario no precisa, para su constitución, del consentimiento del deudor. Efectivamente, ninguno de los diez supuestos de anotación preventiva previstos en el artículo 42 LH requiere la aquiescencia del deudor. El artículo 59 LH expresamente dice que el acreedor refaccionario podrá «exigir» anotación sobre la finca, forma verbal que implica un poder de coacción sobre el deudor, de modo que aunque el artículo 42 LH alude, tan sólo, a la posibilidad de «pedir» el acreedor la anotación preventiva de su derecho en el Registro, ello se explica porque en la retórica forense, mientras que al deudor se le exige, al juez se le ruega o suplica, y es el juez quien manda al registrador practicar la anotación solicitada, naturalmente, sin el consentimiento del deudor, porque de tenerlo sobraría la solicitud judicial de la anotación. Pues bien, si las hipotecas sólo pueden ser convencionales o legales, considerando las segundas en el poder que tiene el acreedor de exigir hipoteca en garantía de su derecho (art. 158 LH), no se puede negar que la del acreedor refaccionario es una hipoteca legal, aun cuando no se enumere en el artículo 168 LH, pues son legales todas las hipotecas admitidas *expresamente* por las leyes con tal carácter y, la del acreedor refaccionario no es menos expresa que la prevista en el artículo 9-e) LPH (que, además, es oculta) o la del primer ordinal del artículo 1.923 del Código Civil. Cabe, por último, recordar

(3) CAPÓ BONNAFOUS, EDUARDO, «Apuntes sobre la anotación preventiva en el Derecho Hipotecario español», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, T. IX, 1933, pág. 200; DE LA RICA MARITORENA, «La anotación preventiva en general», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1977, núm. 519, págs. 402 a 404; Díez-PICAZO, LUIS, «Las anotaciones preventivas», en *Revista de Derecho Notarial*, 1964, pág. 23.

En el mismo sentido, las SSTs de 2 de julio de 1868 (JC 187); STS de 16 de octubre de 1886 (JC 126); STS de 10 de febrero (JC 47); la STS de 9 de febrero de 1884 (JC 53) deniega la cualidad hipotecaria refaccionaria a un crédito refaccionario porque «podían haberlo anotado».

(4) La reciente RDGRN, de 10 de diciembre de 1999, afirma que «la anotación del crédito refaccionario otorga a éste toda la protección jurídica de la hipoteca».

la Exposición de Motivos de la Ley Hipotecaria de 1861, cuando afirmaba que *«Si digno es de ser considerado como hipotecario el crédito del que da su dinero para la construcción o reparación de un edificio, después de invertirse en la obra toda la cantidad convenida, aun en el caso de que expresamente no se haya pactado la hipoteca, digno es también de ser considerado como hipotecario por las cantidades que parcialmente vaya anticipando mientras dure la edificación, concediéndole al efecto el derecho de exigir una anotación preventiva sobre la finca refaccionada por las cantidades que hubiere anticipado»* (5).

Pues bien, dado que el acreedor refaccionario puede exigir la constitución de hipoteca a su deudor sobre la finca en la cual ha realizado su inversión, es evidente que el manto protector de la hipoteca podrá envolver a todos aquellos que, como consecuencia de su escaso poder en el mercado, se vean normalmente impedidos de acceder a tal garantía, de modo que los créditos de los más débiles quedarán suficientemente protegidos. Tal es el caso de los pequeños contratistas que intervienen en una obra, pero también el de los modestos inversores que financian, total o parcialmente, una obra ajena. Naturalmente, también las grandes entidades financieras pueden acogerse a estos beneficios, pero en su caso no es tan importante la constitución de una hipoteca legal porque, dada su posición de fuerza en el mercado, están en situación de obtener la hipoteca convencional y, en su caso, experimentar con una garantía poco conocida equivale a obtener menos seguridad que con la consolidada hipoteca convencional, sin que la cualidad privilegiada de la hipoteca refaccionaria sea por sí sola suficientemente atractiva, pues su interés se reduce a un error en el cálculo o a un inesperado, e infrecuente, descenso en los precios del mercado inmobiliario.

En esta tesitura, ni las ventajas impositivas que se derivan de la posibilidad de anotar un crédito refaccionario, ni el ahorro en gastos de Notaría, ni la especial prelación que otorga el artículo 64 LH al acreedor refaccionario anotado, son suficientes atractivos para mover, a quienes gozan de la seguridad de la hipoteca convencional, a preferir la anotación del crédito refaccionario. Uno de los principales motivos de su desconfianza es esa provisionalidad de la hipoteca constituida mediante anotación preventiva. Efectivamente, dispone el artículo 92 LH que la anotación en favor del acreedor refaccionario caducará a los sesenta días de concluida la obra objeto de la refacción y, aunque conforme al artículo 93 LH puede ejecutarse la hipoteca del acreedor anotante si el plazo estuviera vencido, estos preceptos disparan dos señales de

(5) Nótese como la referencia a la ausencia de pacto de hipoteca *expresa* alude, por oposición, a la existencia de una hipoteca *tácita* en favor del acreedor refaccionario. La ley pretende evitar el ocultismo de la hipoteca llamada tácita, imponiendo al titular de la misma, la obligación de exigir su anotación para darle publicidad.

alarma para el acreedor refaccionario anotante. ¿Qué pasa si se terminan las obras antes de que venza el plazo otorgado al deudor para realizar el pago? y ¿qué ocurre si el acreedor anotante no se entera de que se han terminado las obras y deja pasar los sesenta días establecidos en el artículo 92 LH para que se produzca la caducidad del asiento de anotación?

La respuesta al primer interrogante es que, necesariamente, el acreedor anotante debe convertir la anotación en inscripción de hipoteca. En consecuencia, no sólo debe aquél otorgar documento público para poder practicar la inscripción (art. 94 LH) sino que el acreedor refaccionario anotante precisará estar pendiente de la marcha de las obras para evitar que transcurra el plazo de caducidad sin realizar la conversión pues, aunque tal caducidad no es automática, sí podría solicitarla el deudor y, una vez justificada, debería el registrador proceder a la cancelación del asiento de anotación con la consiguiente extinción de la garantía hipotecaria. Si a ello se le suma que, terminadas las obras, ya no es posible practicar un nuevo asiento de anotación (art. 42-8.º LH), no es de extrañar que las entidades financieras que disponen de la posibilidad de pactar hipoteca desconfíen de esta garantía.

Pues bien, parece claro que la reforma del artículo 155 RH de septiembre de 1998 pretendía solucionar alguno de los problemas apuntados, con objeto de fomentar la anotación preventiva de determinados créditos refaccionarios.

2. EL CONTRATO COMO TITULO OBJETO DE ANOTACION PREVENTIVA

Con expresa remisión al artículo 59 LH, dispone el artículo 155-1.º RH que podrá solicitarse la anotación en virtud de documento privado que conste por escrito. Hay que precisar que, prácticamente, la única modificación sufrida por el actual párrafo primero de este precepto (6), al que se han adicionado otros tres completamente nuevos, consiste en la sustitución del término «contrato» por el más lato de «documento». Es preciso preguntarse, ante todo, por el sentido que tenga esta modificación, pero también si es posible que un reglamento altere, de algún modo, el contenido de una ley, pues se ha introducido una discordancia con la Ley Hipotecaria. Efectivamente, el artículo 59 LH exige «*contrato por escrito*» para que se pueda practicar la anotación, mientras que el artículo 155 LH contrae la exigencia a la presentación de «*documento priva-*

(6) Se sustituye también la dicción «concurrir al Registro» por la de «concurrir ante el Registrador».

(7) «Comentario al artículo 155 del Reglamento Hipotecario, modificado por Real Decreto 1867/1998, de 4 de septiembre», en *La reforma de los Reglamentos Hipotecario y del Registro Mercantil*, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1998, pág. 222.

do», considerando NIETO GARCÍA (7) que es adecuado el cambio por cuanto se refiere esta expresión al contrato del que deriva el crédito refaccionario suscrito en documento privado. Esta interpretación hace concordar el valor semántico del término documento, empleado por el reglamento, con el de contrato empleado por la ley, y para salvar el principio de jerarquía entiende que se emplea el término «documento» en un sentido restringido como sinónimo de «contrato escrito» de modo que no habría discordancia semántica alguna y sí, sólo, terminológica. Sin embargo, dado que no había duda de que pudiera practicarse la anotación de un contrato privado y que todo contrato por escrito es un documento, ¿por qué cambiar la dicción, si no era necesaria precisión alguna? Todo ello nos lleva a plantearnos la posibilidad de que la reforma pretendiera, precisamente, abrir paso a la anotación de un documento privado que no sea un contrato. Partiendo de la base de que a una norma reglamentaria le está vedado modificar una ley, se trataría de saber si cuando el artículo 59 LH emplea el término «contrato», lo hace en su sentido estricto o en otro más lato, como sinónimo de «título», ya que se inscriben títulos, aunque se publiquen derechos y, en este caso, se publica el derecho del acreedor refaccionario que, normalmente pero no necesariamente, derivará de un contrato de préstamo o de obra, expresando que deberá constar por escrito en cualquier caso el documento en que se formalice el título como requisito *sine qua non* para que se pueda practicar la anotación. En tal caso, no se trataría de que una norma de rango inferior modificara la de rango superior, sino de realizar la interpretación gramatical y sistemática del término «contrato» en el artículo 59 LH, teniendo en cuenta, también, lo dispuesto en el artículo 155 RH, pues parece que lo que sí puede un reglamento, como integrante del conjunto de normas del Ordenamiento Jurídico, es colaborar en la interpretación sistemática de un término legal que admita varios sentidos. A mi parecer, el artículo 59 LH se refiere al contrato como el título del que se deriva el crédito y al precisar que debe constar por escrito lo equipara a «documento», pues este último no es sino un título escrito, mientras que todo contrato que consta por escrito es un documento. Ahora bien, el término «contrato» hace también referencia a la causa (el mismo contrato) que origina el crédito refaccionario, por lo que el documento cuya anotación se solicite deberá ser, precisamente, aquél del cual derive el crédito refaccionario. Confirma este sentido de la interpretación el precepto inmediatamente siguiente de la misma Ley Hipotecaria. Efectivamente, se refiere expresamente el artículo 60 LH, a «los títulos en cuya virtud se pida la anotación preventiva de créditos refaccionarios», de modo que si no es necesario que en los mismos conste fijamente la cantidad de dinero o efectos en que consistan los mismos créditos es porque asimila el término «contrato» del artículo 59 al más amplio de «título» empleado en el artículo 60 LH. Pues bien, si el legislador de 1861 no distinguió en el artículo 59 LH entre el significado de los términos título y contrato fue, probablemente, porque le interesaba dejar claro que no era preciso

el otorgamiento de escritura pública, pudiendo anotarse el «contrato por escrito que, en cualquier forma legal haya celebrado (el acreedor) con el deudor» y, siendo lo normal que tal título sea un contrato, utilizó este último término que le dispensaba de referirse al origen del título, como confirma el hecho de que en el artículo 60 LH al término título se añada «en cuya virtud». En consonancia con lo anterior, el artículo 1.875 del Código Civil dispone que quienes tengan atribuido el derecho de hipoteca legal pueden exigir el otorgamiento e inscripción del **documento** en que haya de formalizarse la hipoteca. Más criticable me parece la redacción redundante: «documento privado que conste por escrito» del precepto reglamentario reformado ya que, por definición, un «documento» es un título escrito.

Sea como fuere, no hay que olvidar que el artículo 3 del Código Civil ordena interpretar las normas atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquéllas, así como a la realidad del tiempo en que han de ser aplicadas. Pues bien, si interpretamos el término contrato en su sentido estricto, como negocio jurídico bilateral que origine, en este caso, un crédito refaccionario, no será posible anotar ninguno de aquéllos cuyo origen directo no sea un contrato entre acreedor refaccionario y propietario de la finca refaccionada, lo que lleva al absurdo de impedir la anotación preventiva del crédito refaccionario expresamente prevista en el artículo 64 LAR cuando establece que el arrendatario *podrá pedir la anotación preventiva presentando el contrato escrito*. Efectivamente, si el crédito refaccionario del arrendatario nace como consecuencia de las mejoras introducidas en la finca, a cuyo reembolso tenga derecho el arrendatario al expirar el arrendamiento conforme a lo prevenido en el artículo 61 de la propia ley, no hay contrato alguno que pueda anotarse, pues del de arrendamiento no se deriva el crédito refaccionario y el de obra (si existe, pues, también será refaccionario el crédito del arrendatario que realice las mejoras por sí) no se habrá celebrado con el hipotético deudor, dueño de la finca, sino con el contratista. Tampoco puede referirse el precepto al convenio por el cual, al finalizar el contrato, ex-arrendador y ex-arrendatario valoren las obras realizadas y convengan la indemnización (si es que lo hacen), por cuanto la anotación sólo puede practicarse **antes** de la conclusión de las obras y, por definición, carece el arrendatario de derecho a indemnización si no hay mejora, lo que implica que la obra ya ha sido realizada (8). El único documento que podría anotarse para garantizar al arrendatario la devolución de las cantidades a que tenga derecho, en su caso, sería la autorización escrita del arrendador o del IRYDA (9) para llevar a cabo las obras, que sólo se concederá por esta entidad en el supuesto de que se aumente en

(8) CILVETI GUBIA, BELÉN, *Mejoras útiles en contratos sujetos a la Ley de Arrendamientos Rústicos*, Aranzadi, Pamplona, 1995, pág. 328.

(9) En la actualidad, Dirección General de Planificación y Desarrollo Rural.

un 50 por 100 el valor agrario de la finca, y no ofrece duda que tal autorización no es un contrato, en el sentido estricto del término, aunque sí un documento escrito del que derivará el crédito refaccionario si llega a existir. La consecuencia es que, de una interpretación sistemática del artículo 59 LH, 64 LAR y 155 RH, se sigue que el término contrato se ha utilizado en las normas de rango superior en un sentido muy lato, como sinónimo de título, mientras que el cambio introducido en la reforma del artículo 155 RH constituye una mayor precisión terminológica, pero no una alteración semántica, pues otra interpretación de los preceptos legales implicados llevaría al absurdo de vaciar de sentido al artículo 64 LAR y privar del derecho a la anotación a ciertos créditos que, siendo refaccionarios y constando en documento escrito, no derivan de un contrato en el sentido estricto del término.

Si ponemos en relación el cambio operado en el párrafo 1.º del artículo 155 RH con los demás introducidos, se evidencia la voluntad del legislador de acercar a la Administración Pública la garantía refaccionaria hipotecaria. Así, dice el segundo párrafo que *podrá solicitarse en la misma forma la anotación preventiva en virtud de los documentos de concesión de subvenciones*, quizá porque el legislador es consciente de que muchas de las subvenciones otorgadas por la Administración para la rehabilitación de viviendas no derivan de verdaderos contratos, sino de actos de disposición de la Entidad Pública que resuelve en favor de los particulares que cumplan la condición de invertir los fondos recibidos en la rehabilitación de su vivienda, siendo el crédito refaccionario que se quiere garantizar el derecho al reembolso de todo o parte de los fondos entregados al particular. Ahora bien, cuando la Administración financie sólo en parte las obras de rehabilitación, es evidente que nos encontramos ante un crédito refaccionario, nazca o no de un contrato; sin embargo, cuando el derecho a reembolso nazca del incumplimiento de la obligación de invertir los fondos públicos en la rehabilitación de la vivienda, por definición, la garantía refaccionaria decaerá, por más que esté anotada, ya que no se habrá producido el requisito básico para la existencia de un crédito refaccionario: que se haya verificado la inversión que produce refacción o aumento en el patrimonio del deudor. Sea como fuere, es evidente la intención del legislador de que se anoten «documentos» y no sólo «contratos escritos». Abundando en lo dicho, tampoco es un contrato la certificación contemplada en el artículo 155-3.º RH, acreditativa de que los presupuestos de las obras no son inferiores a la subvención concedida por una resolución administrativa (que tampoco es un contrato), así como de que tales presupuestos han sido aceptados por la comunidad.

De otro lado, y para finalizar este punto, no parece que haya razón de peso para exigir que la anotación de crédito refaccionario se produzca exclusivamente si hay contrato, y no cuando se aporte un documento escrito, como el reconocimiento unilateral de deuda refaccionaria que, sin ser contrato, eviden-

cie la existencia del derecho cuya anotación se pretenda. Así, el artículo 42 LH contempla la anotación de demanda (documento privado distinto del contrato), de mandamiento de embargo y de sentencia ejecutoria (documentos públicos pero no contratos) y, el apartado 9.º del citado precepto permite anotar preventivamente los *títulos* cuya inscripción no pueda practicarse por falta de algún requisito subsanable. Pues bien, si además de contratos se inscriben sentencias, declaraciones de obra nueva y también certificaciones administrativas, documentos todos ellos que el artículo 65 LH denomina «títulos», no parece de sentido común negar la posibilidad de anotar un crédito refaccionario documentado en un título que, sin ser contrato, evidencie la existencia del derecho. En conclusión, lo que el artículo 59 LH permite, conforme a una interpretación adecuada y útil al uso social de esta institución en nuestros días, es anotar cualquier título escrito del que se derive la existencia de un crédito refaccionario contra el dueño de la finca objeto de la anotación, sin necesidad de que tal documento haya sido autorizado por un notario o funcionario público competente (art. 1.216 del Código Civil). Téngase en cuenta, por otra parte, que para anotar cualquier documento privado, sea o no un contrato, será preciso que tanto deudor como acreedor comparezcan ante el registrador (art. 155-1.º), con lo que viene a exigirse la presencia de este último en el acto, tras la modificación de la dicción anterior que exigía sólo la *concurencia al Registro* por la reforma de 1998. Tal comparecencia no será precisa, sin embargo, siempre que las firmas estuvieren legitimadas notarialmente. Esta última exigencia, unida a la de otorgamiento de escritura pública para convertir la anotación en inscripción de hipoteca, parece suficiente garantía para el deudor, pues no parece haber razones para que el registrador deba denegar la anotación preventiva de un crédito refaccionario documentado, por ejemplo, en una escritura pública de reconocimiento unilateral de deuda.

3. EL DESTINO A LA REFACCION, COMO REQUISITO PARA LA ANOTACION

El párrafo 2.º del artículo 155 RH permite solicitar la anotación preventiva de los documentos justificativos de la concesión de subvenciones públicas o de créditos en favor de entidades públicas destinados a la refacción. La dicción legal es perfectamente correcta ya que, para anotar un crédito refaccionario, no es preciso ser acreedor refaccionario en el momento de la solicitud de aquélla, bastando acreditar, documentalente, que se ha obligado el anotante a realizar obras por sí o a financiarlas, siendo el objeto de las mismas la finca sobre la cual se practique la anotación. Efectivamente, cuando el crédito refaccionario derive de un contrato de obra, el contratista anotante no

será todavía acreedor, pues el derecho al cobro nacerá cuando termine y entregue la obra conforme a lo prometido y, por definición, para practicar la anotación la obra no puede haber terminado (art. 42-8.º LH) aunque sí es posible que no haya comenzado todavía. De modo parecido, si el anotante fuera quien prestó dinero para la realización de las obras, queda claro que es acreedor pero no se sabe todavía si será refaccionario, pues debe justificar en el documento que se quiera anotar el destino a la refacción, pero su inversión en la misma se apreciará sólo al liquidar el crédito como presupuesto para exigir el pago como acreedor hipotecario, o al solicitar la conversión de la anotación en inscripción. Estas son las razones de que se exija sólo la justificación documental de que el objeto del crédito es la refacción, sin que sea necesario haber realizado ya la inversión, y ello es lo que justifica, precisamente, que se haya recurrido a la vía de la anotación y no de la inscripción, puesto que la anotación es un asiento eventual, frente al carácter definitivo de la inscripción.

Sin embargo, por más que lo diga el párrafo 2.º del artículo 155 RH, es imposible que cuando los fondos adelantados por la entidad pública o Administración no sean invertidos en las obras de rehabilitación o mejora, nazca un crédito refaccionario en favor de aquéllas, y ello porque lo que sea un crédito refaccionario no puede determinarlo el reglamento contra la razón de ser o fundamento de aquel crédito privilegiado. La doctrina mayoritaria ha mantenido desde antiguo, y mantiene en la actualidad, que el titular de un crédito refaccionario debe su derecho de preferencia al hecho de haber incrementado o conservado el valor del patrimonio del deudor, pues aumenta con ello la garantía de los demás acreedores, por lo que no sería justo permitir que, con el valor introducido por el acreedor refaccionario, cobraran antes que éste quienes no lo procuraron. De este modo, siempre que se pueda determinar la cosa o bien concreto que ha producido un acreedor para el deudor, aquél tendrá el derecho de preferencia satisfactiva sobre la misma cosa, de modo que al realizarse su valor tendrá derecho a cobrar antes que los demás acreedores, pero sólo con el valor del objeto introducido, conservado, mejorado o construido. Del mismo modo, si no se puede concretar sobre un objeto determinado el aumento de valor producido, no habrá preferencia porque no se podrá ejercitar ésta (10). En consecuencia, y a pesar de que ni el Código Civil ni la Ley Hipotecaria definen lo que el crédito refaccionario sea, sí imponen unos límites, el principal de los cuales es el fundamento del privilegio: el aumento de valor introducido por el acreedor refaccionario en el patrimonio del deudor. Pues bien, dado que ningún reglamento puede, ni crear privilegios, pues contravendría la reserva de ley establecida en el artícu-

(10) En contra, CORDERO LOBATO, ENCARNACIÓN, *El privilegio del crédito refaccionario*, Tecnos, Madrid, 1995.

lo 1.921 del Código Civil, ni alterar los límites establecidos por una norma de rango superior contrariando la finalidad de la misma, siempre que la obligación de reembolsar a la Administración se origine como consecuencia de no haberse invertido los fondos en la rehabilitación de la vivienda o inmueble objeto de la anotación, ésta deberá denegarse por el registrador, porque si el derecho de crédito llegara a nacer no sería refaccionario y, si se produjera la refacción, no habría derecho de crédito. Así, en el artículo 1 del Decreto de la Generalidad de Cataluña, de 2 de agosto de 1982, se establecen subvenciones a fondo perdido para la rehabilitación de viviendas y se dispone que éstas tendrán el carácter de crédito refaccionario *especial*, que se entenderá legalmente **condonado** si el beneficiario cumple con las obligaciones que impone el Decreto. También la Ley de Patrimonio Histórico de las Islas Baleares, de 21-12-1998, afirma que las ayudas para la conservación son **condonables** al finalizar satisfactoriamente las obras que se financien a su cargo (art. 83-3.º). Se trata, evidentemente, de sendas donaciones modales, siendo la carga impuesta al donatario que se lleve a cabo la rehabilitación del inmueble en la forma prevenida. En consecuencia, si el donatario cumple no llega a nacer derecho de crédito alguno en favor de la Administración y, si no cumple, el derecho de crédito será consecuencia de no haberse practicado la refacción prometida y, precisamente por ello, no puede ser refaccionario.

Distinto es el caso en que se prevea una subvención parcial, o un préstamo con bajo interés, pues en tal supuesto queda clara la existencia del crédito y su destino, de modo que, realizadas las obras de rehabilitación debe presumirse la inversión de los fondos o materiales en las mismas.

En relación con lo expuesto, parece interesante recordar que los privilegios son de exclusiva creación legal, pero también las hipotecas legales y que no hay más causas de preferencia que el privilegio y la garantía real. Efectivamente, cuando la Ley 1/1991, de 3 de julio, de la Junta de Andalucía sobre Patrimonio Histórico Andaluz, se refiere a que *la concesión de subvenciones o ayudas para la mejora o conservación de inmuebles podrá asumir la forma de crédito refaccionario* (art. 96) parece presumir que la calificación refaccionaria de un crédito depende de la *forma* en que se constituya (¿pensando quizá en la anotación?) como si se pudiera «convertir» un crédito en refaccionario por la voluntad de las partes. En idéntico sentido, el artículo 83-3.º de la Ley de Patrimonio Histórico de las Islas Baleares, de 21-12-1998, afirma que *las ayudas para la conservación de bienes inmuebles podrán otorgarse en forma de crédito refaccionario*, añadiendo que *la Administración competente podrá instar la anotación preventiva del crédito refaccionario en el Registro de la Propiedad y la posterior conversión en hipoteca en los términos previstos en la legislación hipotecaria*. Pues bien, siendo un crédito refaccionario podrá, su titular, exigir que se anote al amparo del artículo 42-8.º LH, pero nunca dar a un crédito simple la *forma* (¿cali-

dad?) de refaccionario por voluntad de las partes. Está claro, por ello, que sólo podrá anotarse un crédito **conforme** a la legislación hipotecaria (art. 42-8.º) cuando se trate de una subvención parcial o de un préstamo, pero no cuando se pretenda anotar una donación (subvención total) con la carga de invertir, pues el artículo 42-8.º LH permite anotar créditos refaccionarios en formación, pero no eventuales derechos de crédito que, en ningún caso, puedan tener la calidad de refaccionarios. Lo contrario implicaría la creación de una nueva causa de preferencia en favor de la Administración para garantizar un crédito nacido de haber incumplido la carga de rehabilitar un inmueble, no siendo posible por razón de competencia, que una Administración autonómica disponga la anotación de un crédito no refaccionario «al amparo» de la legislación hipotecaria y contra lo dispuesto en los artículos 42-8.º y 59 LH de la misma Ley Hipotecaria que restringe dicha anotación a los créditos que ostenten tal cualidad.

Conviene, por tanto, dejar meridianamente claro que la calificación de un crédito como refaccionario depende, exclusivamente, de la ley, sin que las partes contratantes puedan alterar por pacto las condiciones y requisitos impuestos por aquélla para que se origine su nacimiento y, asimismo, que el artículo 155 RH, como norma inferior, no puede declarar anotable al amparo del artículo 42-8.º LH un crédito que no es refaccionario, porque tal precepto sólo contempla la anotación de los que ostenten tal calidad, razón por la cual el precepto de rango inferior no será obligatorio como consecuencia del principio de jerarquía normativa y, en este caso concreto, de su oposición a los artículos 42-8.º, 59 y demás concordantes de la Ley Hipotecaria.

4. LA ANOTACION DE CREDITOS REFACCIONARIOS QUE RECAIGAN SOBRE UN EDIFICIO EN REGIMEN DE PROPIEDAD HORIZONTAL

Es evidente que, junto a la razón de justicia distributiva que explica la preferencia del crédito refaccionario y la justifica, en el más puro sentido del término, frente a los demás acreedores del deudor insolvente y frente al principio de igualdad y no discriminación contenido en el artículo 14 CE, otras razones han pesado en el ánimo de los distintos legisladores para favorecer con privilegio (1.923-5 del Código Civil) y/o hipoteca (1.923-3.º del Código Civil y 59 LH) a los titulares de un crédito refaccionario. Se cuenta entre ellas, ya desde sus orígenes, el deseo de mantener la belleza de las ciudades potenciando la reconstrucción y mejora de los edificios (11). Si a esta última razón sumamos

(11) Parece indiscutido que Marco-Aurelio (emperador de Roma entre el año 160 y el 180), para potenciar la rehabilitación de los edificios dañados por un desbordamiento

el interés de potenciar el sector de la construcción, como motor fundamental de la riqueza de un país, siendo que una y otro son perfectamente compatibles y complementarios, se comprende perfectamente la adición del párrafo 3.º del artículo 155 RH. En efecto, habida cuenta de que la mayoría de los edificios de las grandes ciudades se encuentra, en nuestro país, en régimen de propiedad horizontal, se trata de favorecer tanto la rehabilitación a la que se hace referencia en el ordinal 2.º del citado precepto, cuanto de garantizar a la Administración correspondiente el recobro de los anticipos realizados con tal fin, todo lo cual contribuye, además, a potenciar la actividad en el sector de la construcción. Ahora bien, si cada vez que la Administración anticipa dinero para la rehabilitación de un edificio en propiedad horizontal, tuviera que entenderse con cada uno de los copropietarios y firmar un contrato con cada uno de ellos, aunque sea privado, con objeto de poder anotar su crédito refaccionario, tal garantía se haría inútil por la imposibilidad de llevarla a la práctica. Sin embargo, si como autoriza el artículo 155-3.º RH, cuando la finca refaccionada sea un edificio en régimen de propiedad horizontal, es suficiente para practicar la anotación de un crédito refaccionario en favor de la Administración o de una entidad pública, la comparecencia del presidente de la comunidad ante el registrador aportando la certificación acreditativa de que se han aprobado las obras por la comunidad y de que su importe no es inferior a la subvención concedida, parece que se facilita sensiblemente el camino para lograr esta hipoteca refaccionaria. Aun cuando el texto no es nada claro, parece deducirse que basta, para practicar esta anotación, la comparecencia del presidente, cursando excepción a lo establecido en el párrafo 1.º del mismo precepto que indica, claramente, el deber de comparecer ambas partes (salvo que las firmas estén legitimadas). No parece jurídicamente problemático que se pueda constituir hipoteca refaccionaria unilateral, mediante la sola comparecencia del deudor, siempre que se cumplan los requisitos establecidos en el artículo 141 LH, además de los del artículo 61 LH por ser ésta refaccionaria. Ahora bien, no parece de sentido común que siendo la anotación preventiva de crédito refaccionario una hipoteca legal, cuya ventaja deriva del derecho del acreedor a exigir su constitución al deudor, se delegue la solicitud de la misma al propio deudor. Hubiera sido más sensato habilitar a la Administración para realizar la solicitud de la anotación mediante la presentación de la meritada certificación, y ello no sólo porque sea

del Tíber, favoreció con un privilegio, además de con hipoteca legal privilegiada, al que prestara dinero para la reconstrucción de un edificio. Esta idea del embellecimiento de las ciudades se repite en *Lo Codi*, los *Furs* de Valencia, siendo también recogida por la doctrina de los siglos XVI y XVII. Ver SALGADO DE SOMOZA, FRANCISCO, *Labyrinthus creditorum concurrentium ad litem per debitorem communem inter illos caufatam*, Lugduni, 1757; y AMADOR RODRÍGUEZ, *Tractatus de concurso, et privilegis creditorum*, Génova, 1665, primera parte, cap. VII, pág. 116, parágrafo 14: «cum non tam ob illam publicae utilitatis rationem, quam ob aliam aequitatis causam».

dudoso el interés del presidente de la comunidad (deudor) en practicar la anotación, sino también porque entendemos que no se debe anotar únicamente la certificación referida en el artículo 155-3.º RH, sino también el documento administrativo de concesión de la subvención, pues no hay que olvidar que, sin este último documento y la comparecencia del que lo autorizó, no puede acreditarse la existencia del crédito ni la autenticidad de la firma, salvo que fuere esta última legitimada por notario o hubiere sido objeto de publicación en un Diario Oficial la correspondiente resolución administrativa. Hubiera sido más sensato establecer que el funcionario autorizante del préstamo refaccionario, o cualquier representante de la Administración concedente, pudieran practicar la anotación presentando la meritada certificación de la comunidad, con la presencia del presidente de la comunidad o sin ella, si la firma obrante en la certificación hubiera sido legitimada notarialmente. Es cierto que, si el presidente de la comunidad practica por sí solo la anotación preventiva, ésta será constitutiva de hipoteca «voluntaria» y que, lo que prevé la ley es sólo la posibilidad de exigir la anotación por el acreedor cuando se niegue el deudor, no la imperatividad de que siempre su constitución sea legal. También es cierto que no es la Administración uno de esos acreedores que, encontrándose en inferioridad de condiciones respecto del otro contratante, se vea impedido de exigir garantías suficientes para asegurar su crédito. Parece, por ello, que lo que interesa a la Administración es obtener la hipoteca privilegiada refaccionaria. Ahora bien, y sin perjuicio de lo anterior, cuando la anotación se **exija** por el acreedor, no será preciso el consentimiento del deudor ni, por tanto, cabrá hablar de capacidad del deudor para la práctica de la anotación. Más, si es el deudor quien voluntariamente la constituye por mediación del presidente de la comunidad, como sería el caso previsto en el párrafo 3.º del artículo 155 RH, parece claro que todos los comuneros necesitarán tener suficiente capacidad de obrar, además del poder de disposición para constituir válidamente hipoteca. Por lo que respecta a la obtención de la hipoteca privilegiada del artículo 164 LH el procedimiento para la anotación sólo podrá ser el previsto en el artículo 155-3.º RH cuando no haya acreedores hipotecarios anteriores, pero, en caso contrario, no será posible practicar la anotación sin renunciar el acreedor a la hipoteca privilegiada del artículo 64 LH (12). Efectivamente, cuando los artículos 55

(12) La necesidad de convenio o resolución judicial para la anotación cuando existan gravámenes inscritos y no cuando la finca esté libre de ellos, deriva del contenido del último párrafo del artículo 64 LH, que establece la prelación de la hipoteca refaccionaria sobre la anterior inscrita «*respecto a la diferencia entre el precio dado a la finca antes de las obras y el que alcanzare en su enajenación judicial*». Esta excepción a la regla *prior tempore*, establecida en favor del acreedor refaccionario anotado o inscrito, sólo puede materializarse cuando se ha valorado previamente la finca, y para ello se requiere el convenio unánime que, como el procedimiento judicial, tiene por objeto evitar que el deudor propietario de la finca y el acreedor refaccionario puedan ponerse de acuerdo en

y 61 de la Ley Hipotecaria disponen que la anotación, habiendo inscritos derechos reales sobre la finca refaccionada, sólo se llevará por acuerdo unánime con los titulares de los mismos sobre el valor de la finca y la necesidad de las obras o, en su defecto, por resolución judicial tras el expediente previsto en el artículo 157 RH, se está haciendo referencia a la hipoteca privilegiada regulada en el artículo 64 LH, pero nada impide practicar la anotación sin tales requisitos y obtener la garantía hipotecaria, pues el efecto de la anotación será la constitución de una hipoteca no privilegiada, tal como afirma la RDGRN de 10 de diciembre de 1999, al decir que *«no puede negarse dicha anotación aun cuando existan cargas anteriores y no aparezca fijado, con intervención de sus titulares, el valor de la finca antes de la refacción, pues esa anotación que, en tal caso se producirá, obviamente, sin perjuicio de la prioridad total de esas cargas anteriores, conferirá al crédito así anotado una fuerza superior a la que le confiere la mera anotación de embargo: ningún otro crédito del deudor no garantizado con hipoteca legal tácita [¿en referencia a la del art. 9-e) LPH?] podría anteponerse en el cobro sobre la finca refaccionada aun cuando fuese anterior a la anotación misma»*.

Cabe preguntarse también si tales facilidades para la práctica de la anotación se extienden a quienes, sin ser una entidad pública, ostenten un crédito refaccionario contra la Comunidad de Propietarios. Es el caso del contratista que rehabilita la fachada, conserva elementos comunes o construye, para la comunidad una nueva planta sobre el edificio. En la medida en que aceptemos la posibilidad de anotar un documento privado distinto del contrato, no parece que haya inconveniente para que baste con la comparecencia del presidente y del contratista ante el registrador, aportando la certificación acreditativa de que la comunidad acordó las obras y su importe, bastando la comparecencia del contratista acreedor si las firmas se legitimaron.

5. LA ANOTACION Y LA CONSTITUCION DE HIPOTECA UNITARIA SOBRE TODA LA FINCA EN PROPIEDAD HORIZONTAL

La hipoteca refaccionaria recaerá, conforme dispone el artículo 155-3.º RH *in fine*, sobre la totalidad del edificio, por lo que entiende NIETO GAR-

la valoración de aquélla. Así, la RDGRN, de 9 de junio de 1911, permite la anotación sin tal convenio renunciando a la prelación del artículo 64 LH *in fine*, dado que tras la renuncia, ningún perjuicio se puede causar a los titulares de derechos reales anteriores e inscritos. En consecuencia, el convenio no es requisito para que se proceda a la anotación, sino para que se ejerza el derecho de prelación sobre el mayor valor dado a la finca por el acreedor refaccionario respecto del valor de la finca antes de su actividad. Por tanto, el acuerdo no es condición para la existencia de la hipoteca, sino para la derogación del principio *prior tempore*.

cía ((13) que *es claro que esta anotación (...) será una hipoteca unitaria sobre la totalidad del edificio que, conforme al artículo 218 RH, sólo podrá hacerse efectiva dirigiéndose sobre la totalidad del edificio*. Discrepo, sin embargo, del autor citado en este punto, por las siguientes razones:

1.º El texto legal literalmente dice que «*la anotación recaerá sobre la totalidad del edificio o finca*», pero ello no implica, necesariamente, que se hipoteque el edificio de forma unitaria. Efectivamente, la regla general, cuando se hipotecan varias fincas por un solo crédito, está contenida en el artículo 119 LH que exige el reparto de la responsabilidad hipotecaria. El hecho de que la finca esté en Propiedad Horizontal no significa que haya un único bien de la comunidad (que carece de patrimonio), pues tras la inscripción de la finca matriz se practica una inscripción en folio separado por cada una de las fincas independientes que integran el edificio y en las que se hacen constar los nombres de los titulares y las demás circunstancias. La excepción que realiza el artículo 218 RH a la regla enunciada, dispensando a los copropietarios de distribuir la responsabilidad cuando la finca esté en Propiedad Horizontal, además de no poder aplicarse por analogía por ser una norma excepcional, en ningún caso releva de la exigencia de que todos los copropietarios presten su consentimiento a la constitución de hipoteca convencional unitaria, de modo que, si quieren, aquéllos pueden pactar la hipoteca sin distribuir la responsabilidad, pero nunca se presumirá la hipoteca unitaria por el hecho de estar la finca en régimen de Propiedad Horizontal. Pues bien, esto es lo que ocurriría si interpretáramos que, como consecuencia de la anotación de crédito refaccionario en favor de la Administración sobre una finca en Propiedad Horizontal se constituye hipoteca unitaria. Naturalmente que podrán los copropietarios otorgar su consentimiento para que la anotación surta tal efecto, pero no puede el reglamento presumirlo otorgado. Efectivamente, el artículo 155-3.º RH sólo puede desarrollar el procedimiento para la constitución de una hipoteca legal (por tanto sin el consentimiento de los deudores) en la medida en que no vulnere lo dispuesto en la Ley Hipotecaria, e imponer que esa hipoteca legal sea además unitaria, conculca tanto la Ley Hipotecaria como la Ley de Propiedad Horizontal. Efectivamente, los artículos 158-2.º y 160 LH limitan el derecho del titular de una hipoteca legal a exigir la constitución de una hipoteca suficiente en garantía de su derecho al obligado a prestarla, en este caso, mediante la posibilidad de exigir la anotación preventiva. Ello es así, porque: 1.º) la anotación contemplada por el artículo 155-3.º RH es constitutiva de hipoteca; 2.º) la deuda garantizada se asume, formalmente, por el presidente de la Comunidad de Propietarios, como mediador entre los distintos propietarios y la Administración o Entidad Pública acree-

(13) *Ob. cit.*, pág. 224.

dora, pero los verdaderos deudores son los copropietarios; 3.º) la hipoteca afecta a varios bienes pertenecientes a diferentes deudores que responden ante un acreedor común, individualmente y en diferente medida, pero no en atención a su número sino en proporción a sus respectivas cuotas, tal como dispone el artículo 9-*e*) LPH. No es posible, en este sentido, que el Reglamento Hipotecario amplíe la responsabilidad individual de los distintos copropietarios por razón de las obras de rehabilitación, contrariando lo dispuesto en la Ley de Propiedad Horizontal.

2.º Entender que la hipoteca refaccionaria es unitaria por imposición legal, implica la posibilidad de que el comunero que ya haya contribuido conforme a su cuota a los gastos de refacción y que, por tanto, ya no sea deudor, tenga que responder por los demás que no pagaron con el valor de su elemento privativo, estableciendo una suerte de fianza «real» con carácter legal, lo que no sólo parece una aberración jurídica sino también imposible por contravenir lo dispuesto en el artículo 1.827 del Código Civil. No debe olvidarse, además, que la hipoteca refaccionaria se debe a la existencia de un crédito que, por haber aumentado el patrimonio del deudor, debe ser reembolsado con preferencia al de otros acreedores. De este modo, no cabe hablar de hipotecante no deudor, pues siendo la anotación preventiva de crédito refaccionario una hipoteca legal, va contra su misma esencia constituirla sobre una finca de la que no sea propietario el deudor, además de que si el hipotecante es un tercero, no hay refacción sobre la finca hipotecada que justifique la anotación al amparo del artículo 42-8.º ni, mucho menos, la cualidad privilegiada que a esta hipoteca confiere el artículo 64 LH. Del mismo modo, cuando el deudor por refacción ya ha pagado a su acreedor, debe poder exigir la cancelación de la anotación (art. 124 LH). En el caso de que el acuerdo de rehabilitación se tome por mayoría, aún es más flagrante la situación de los disidentes que, dispensados por la Ley de Propiedad Horizontal de contribuir a los gastos, verían su elemento privativo hipotecado sin deuda (propia) que garantizar y sin su consentimiento, por lo que tal hipoteca sería nula. Además, la posibilidad de que el elemento privativo de los comuneros que pagaron o no consintieran las obras, quedase sujeto a la responsabilidad de los incumplidores, provocaría el retraimiento de los copropietarios a la hora de solicitar ayudas para la rehabilitación de los edificios, justamente lo contrario de lo que se quiere conseguir.

En conclusión, aunque formalmente se practique la anotación en el folio de la finca matriz, ello no implica que quede hipotecada la finca entera de forma unitaria, debiendo entenderse que las notas de referencia previstas en el citado precepto y que deberán practicarse en los folios correspondientes a cada uno de los elementos privativos, serán la forma de distribuir la responsabilidad hipotecaria, pues cualquier otra interpretación conculca el principio de jerarquía normativa.

3.º Es mucho más interesante para la Administración acreedora poder practicar la ejecución hipotecaria sobre el elemento privativo del comunero deudor, que asumir la obligación de dirigirse sobre la totalidad del inmueble, pues para llevar a cabo tal ejecución, aunque la hipoteca sea unitaria, tendrá que dirigirse contra cada uno de los titulares registrales, ya que los órganos colectivos de la comunidad no tienen ningún poder sobre ellos (14). Efectivamente, la «comunidad» no es propietaria del edificio refaccionado, sino que éste pertenece a los distintos copropietarios (15). En consecuencia, el patrimonio aumentado no es el de la comunidad, sino el particular de cada uno de los comuneros que se ve incrementado por el aumento de valor de su elemento privativo y de su cuota en los elementos comunes tras la refacción.

Pues bien, como el edificio está formado por varias fincas independientes, deberá hacerse constar en la anotación sobre la finca matriz, conforme a lo dispuesto en el artículo 119 LH, la cantidad de la que cada elemento privativo responde (que no será sino la parte proporcional a su cuota en los elementos comunes), haciéndose constar también en las respectivas notas de referencia que se practiquen en los folios correspondientes a los elementos privativos, de modo que quedará distribuida la responsabilidad sobre los distintos pisos y locales. La consecuencia es que la Administración acreedora podrá ejecutar su crédito, proporcionalmente, con la garantía hipotecaria de la anotación, sobre el piso o elemento privativo del comunero o comuneros que no hayan realizado el pago debido, pero no sobre los que sean propiedad de quienes hayan cumplido su obligación. Otra cosa distinta es que la comunidad verifique el pago completo a la Administración acreedora aunque alguno o algunos de los copropietarios no haya desembolsado su parte, porque tenga fondos suficientes para ello. En tal caso, podrá la comunidad ejercitar la hipoteca legal, privilegiada y oculta (16), que los artículos 9-*e*) y 10 LPH le confieren sobre el elemento privativo del copropietario deudor para recobrar la parte proporcional de las cantidades pagadas como consecuencia de la rehabilitación.

(14) Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 27 de junio de 1986, de 30 de junio de 1986 y de 7 de julio de 1986.

(15) RRDGRN de 5 de mayo de 1970, 15 de junio de 1973, 1 de septiembre de 1981 y 7 de julio de 1986, entre otras.

(16) La Ley de Propiedad Horizontal en el artículo 9-*e*) establece que la comunidad goza de preferencia absoluta sobre cualquier otro crédito, excepto los salariales. Dado que dicha preferencia afecta de modo «real» al elemento del copropietario deudor, de forma que podrá ejecutarse aunque se haya transmitido a un tercero, dicha preferencia no es un simple privilegio, puesto que el privilegio carece de eficacia real y desaparece cuando los bienes afectos salen del patrimonio del deudor. Dado que la única causa de preferencia que goza, además, de eficacia real inmobiliaria es la hipoteca, que la impone la ley sin necesidad de pacto y que no es preciso inscribirla en el Registro de la Propiedad, hay que concluir que se trata de una hipoteca legal y oculta que, además, es privilegiada, pues se antepone incluso a los acreedores hipotecarios anteriores. Ver MEZQUITA GARCÍA-GRANERO, *ob. cit.*

6. CADUCIDAD DE LA ANOTACION PREVENTIVA DE CREDITO REFACCIONARIO

Dado que la anotación preventiva es, por su propia naturaleza, un asiento provisional, su duración está limitada en el tiempo y viene prefijada por la ley. Esta temporalidad es la causa de que la anotación preventiva de crédito refaccionario sea constitutiva de hipoteca «provisional», pues de no ejecutarse el crédito durante la vigencia de tal asiento, la anotación se extinguirá necesariamente: o por caducidad, o porque se convertirá en inscripción de hipoteca. Así, conforme dispone el artículo 92 LH, se producirá la caducidad de la anotación a los sesenta días de concluida la obra objeto de la refacción y, aunque la ley no es clara en este punto, entiendo que dicho plazo debe quedar dentro del general de cuatro años, prorrogable por otros tantos, establecido por el artículo 86 LH para la caducidad de todas las anotaciones preventivas, «cualquiera que sea su origen» (17). Ahora bien, mientras que la caducidad de toda anotación, incluida la del crédito refaccionario, se producirá automáticamente y de forma inexorable al cumplirse el plazo legal, salvo que se produzca la prórroga durante la vigencia del asiento, es mi parecer que la caducidad prevista en el artículo 92 LH no es automática, sino que deberá ser rogada por el deudor, salvo en casos excepcionales. Efectivamente, mientras que el registrador puede cancelar de oficio cualquier anotación cuando compruebe que han transcurrido los cuatro años de plazo legal desde la fecha del asiento, es poco probable que pueda llegar a tener el registrador la certeza del día exacto en que terminaron las obras para cancelar el asiento a los sesenta días de tal fecha. Digo poco probable porque no parece lógico excluir la posibilidad de que se haya anotado un crédito refaccionario en favor del constructor de un edificio destinado a vivienda y que el propietario lo venda. En tal caso, en la medida en que será preciso aportar la licencia de habitabilidad para poder inscribir la adquisición a favor del comprador, sería posible que el registrador cancelara el asiento de anotación si ya hubieran transcurrido los sesenta días del artículo 92 LH y siempre que, además, no se diera ninguna de las siguientes circunstancias: 1.^a) que se hubiera solicitado la ejecución del crédito conforme a lo previsto en el artículo 93-2.º LH; 2.^a) que hubiese pedido el acreedor la conversión en inscripción; 3.^a) que se hubiese interpuesto demanda de juicio declarativo para solventar alguna cuestión suscitada entre acreedor y deudor en torno a la liquidación del crédito o sobre la constitución de hipoteca (art. 95 LH), y ello sin necesi-

(17) En el mismo sentido, CHICO Y ORTIZ, JOSÉ M.^a, *Estudios sobre Derecho Hipotecario*, T. II, pág. 1099, Marcial Pons, Madrid, 1994, y GARCÍA-GARCÍA, JOSÉ MANUEL, *Código de legislación hipotecaria*, Cívitas, Madrid, 1986, pág. 52, nota 28.

dad de solicitar la anotación preventiva de la demanda (18); 4.^a) que se hubiese interpuesto por el acreedor demanda solicitando la declaración de ser su crédito refaccionario y la consiguiente anotación, habiéndose anotado preventivamente tal demanda. 5.^a) que se hubiese instado la anotación preventiva en el procedimiento dispuesto en el artículo 157 RH en relación con el artículo 61 LH por haber derechos reales anteriores inscritos.

Pues bien, lo primero que hay que determinar, para que pueda producirse la caducidad del artículo 92 LH, es el día en que se terminaron las obras. Para ello se precisará, normalmente, una prueba pericial y un acta notarial de terminación de obra pero, cuando el crédito se haya originado como consecuencia de la construcción de una vivienda, deberá acompañarse de la licencia de habitabilidad, único documento que, a mi juicio, acredita la terminación, como parece derivarse de la exigencia registral de presentarla para poder inscribir la adquisición de una vivienda a favor de quien la compró al constructor.

Sea como fuere, el mayor temor de un acreedor refaccionario es que pueda terminarse la obra sin que llegue a su conocimiento tal hecho porque, en tal caso, corre el riesgo de que, vencido el plazo de sesenta días, solicite el deudor la cancelación de la anotación y el registrador la lleve a cabo sin enterarse el acreedor. Téngase en cuenta que, producida la caducidad, por definición, ya no puede prorrogarse el asiento, pero tampoco puede practicarse una nueva anotación porque, conforme al artículo 59 LH, ésta sólo es posible **antes** (19) de la terminación de las obras. Pues bien, parece claro que, cancelado el asiento de anotación, no podrá el acreedor ejecutar el crédito con las ventajas de la hipoteca si ya está vencido y que tampoco podrá solicitar la conversión de la anotación en inscripción. Sin embargo, cabe preguntarse si puede el registrador denegar la conversión en hipoteca de una anotación preventiva de crédito refaccionario, habiendo transcurrido más de sesenta días desde la terminación de las obras sin que se haya practicado la cancelación del asiento. Al decantarme en favor de que la caducidad del artículo 92 LH no es automática, tuve muy en cuenta la dicción literal del artículo 93-1.º LH, conforme al cual el acreedor refaccionario podrá pedir la conversión de su anotación preventiva en inscripción de hipoteca, ***si al expirar el término señalado en el artículo anterior*** (sesenta días tras la finalización de las obras) no estuviese aún pagado por completo, por no haber ven-

(18) GARCÍA-GARCÍA, JOSÉ MANUEL, en notas a «la legislación hipotecaria y del Registro Mercantil», nota 31, Cívitas, Madrid, 1999.

(19) Ver la RDGRN de 19 de febrero de 1896, según la cual no puede practicarse la anotación cuando del mismo documento presentado aparece que las obras debían estar terminadas mucho antes de haberse solicitado la anotación del crédito, porque «tal anotación sólo procede mientras duren las obras que sean objeto de la refacción, por lo que es lícito que el registrador dé por supuesto que lo están si no se le acredita lo contrario».

cido el plazo estipulado en el contrato. Es decir, que habiéndose aplazado el pago, el acreedor podría **convertir** la anotación en inscripción aun habiendo expirado el plazo de sesenta días fijado por el artículo 92 LH. A su vez, y reafirmando lo anterior, el artículo 93-2.º LH permite que, expirado el término del artículo 92 LH y si la deuda estuviere vencida, pueda el acreedor prorrogar el plazo mediante la conversión o exigir el pago, añadiendo que *para lo cual surtirá la anotación todos los efectos de la hipoteca* (20), de lo que resulta obvio que no puede haber caducado el asiento por el simple transcurso del referido plazo, pues lo que caduca se extingue y lo que se extingue no puede convertirse en nada, por lo que de estar el asiento caducado no podría producir efectos. En consecuencia con lo establecido en este precepto, y siempre a mi entender, para denegar la conversión en inscripción de una anotación preventiva de crédito refaccionario cuya cancelación no haya sido previamente rogada por el deudor, deberá el registrador basarse en el plazo de caducidad general de cuatro años no prorrogados, pero no en el previsto en el artículo 92 LH. Tampoco podrá el juez, congruentemente, denegar la ejecución de un crédito refaccionario anotado por el procedimiento previsto para las hipotecas, aunque haya transcurrido el plazo de sesenta días, si previamente el deudor no solicitó la cancelación del asiento, aunque si deberá hacerlo cuando hayan transcurrido los cuatro (ocho) años del artículo 86 LH.

Sea como fuere, la inseguridad que estos preceptos generan en el acreedor refaccionario es intensa, pues a su oscuridad se añade la inexistencia de jurisprudencia que permita realizar un pronóstico sobre la interpretación adecuada. Se comprende por ello que quienes dispongan de la posibilidad de pactar garantías contrastadas en la práctica, renuncien a los beneficios de la anotación y omitan esta vía de obtención de la garantía hipotecaria. Paliar dicha inseguridad, así como fomentar la anotación del crédito refaccionario es, en parte, lo que ha pretendido la reforma del artículo 155-4.º RH al disponer que cuando una Administración o Entidad Pública ostente un crédito refaccionario, derivado de haber financiado la rehabilitación de un edificio en Propiedad Horizontal, el plazo de sesenta días establecido en el artículo 92 LH se computará *desde el vencimiento del crédito o del plazo expresamente previsto en la resolución... sin perjuicio de la duración máxima y, en su caso, de la prórroga prevista en el artículo 86 LH*. Precisamente este punto ha sido objeto de la sentencia de la Sala 3.ª del TS, de 24 de febrero de 2000, que declara nulo el párrafo 4.º del artículo 155 RH por cuanto, al alargar el plazo de vigencia de la anotación, conculca el principio de jerarquía normativa al modificar el precepto reglamentario el artículo 92 LH. Efectivamente, aun-

(20) En contra BARBER CÁRCAMO, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Edersa, Madrid, 2000, tomo VII, vol. 5.º, págs. 735 a 738.

que no se produzca la caducidad automáticamente, el deudor debe poder exigir la cancelación si se dan las circunstancias previstas en el artículo 92 LH, pero la nueva redacción dada al artículo 155-4.º RH se lo impediría. La intención del legislador reformista es, a mi entender, doble. Por un lado, al disponer que el plazo se computará desde el vencimiento del crédito, deja a la Administración indemne frente al problema de que caduque la anotación por haberse terminado las obras sin saberlo el acreedor, ya que la caducidad se producirá sólo cuando además haya vencido el crédito. Esta ampliación de plazo es lo que la STS citada considera «ilegal» (21), criterio que comparto en este punto pues, aunque sería conveniente que todos los créditos refaccionarios caducaran sólo cuando hubieran vencido y pudieran, por tanto, ejecutarse, entiendo que esta reforma jamás debiera haberse acometido por vía reglamentaria.

Ahora bien, por otro lado, dispone el precepto que se produzca la caducidad de la anotación al concluir el *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*. Parece obvio, por tanto, que era también intención del legislador asegurar a la Administración la devolución de las cantidades adelantadas para rehabilitar cuando no se produzca tal inversión dentro de los plazos marcados por la Administración y, como dije en líneas anteriores, tal cosa es completamente imposible, no porque el precepto reglamentario vulnere el artículo 92 LH, sino porque, en tal caso, el crédito no puede nunca ser refaccionario. El problema, a mi juicio, deriva del escaso conocimiento existente en torno a lo que sea un crédito refaccionario. Una equivocada concepción de esta institución ha llevado al legislador a intentar dotar de asegurar con eficacia real el cumplimiento de las condiciones impuestas por la Administración a los particulares, seguramente procurando eludir la necesidad de pactar e inscribir la condición resolutoria expresa en garantía de la obligación. Así, siendo indudable que la anotación preventiva del crédito refaccionario permite ejecutarlo con todas las ventajas de la hipoteca y que, para ello, no es preciso otorgar escritura pública, el legislador parece creer que, dado que el crédito se otorga con la condición de invertirlo en la rehabilitación de un edificio, el incumplimiento de tal condición implica la posibilidad de ejecutarlo con todas las ventajas de la hipoteca, también frente a terceros, sin caer en la cuenta de que sin inversión no hay refacción y que sin ser refaccionario el crédito no hay posibilidad alguna de constituir hipoteca al amparo del artículo 42-8.º LH.

Dispone, por último, el párrafo 4.º del artículo 155 *in fine* que puede pactarse la prórroga automática del asiento en el mismo título del que derive

(21) Es ilegal, en este sentido, la norma que, careciendo de rango de ley, se opone a una ley.

el crédito, de modo que, pasados los cuatro años previstos en el artículo 86 LH se prorrogue, automáticamente, por otros cuatro años. Este apartado fue, también, objeto de resolución en la citada sentencia del TS, de 24 de febrero de 2000, si bien, en este caso, el Tribunal declaró que este pacto no es contrario al artículo 86 LH ni, por tanto, nulo. Con independencia del valor que deba darse a una única resolución judicial y, máxime, habida cuenta de que cualquier precepto reglamentario puede dejar de aplicarse por el juez de instancia cuando considere éste que vulnera el principio de jerarquía normativa, sí comparto la opinión de que es conveniente abrir la posibilidad de este pacto. Sin embargo, su utilidad será mínima, pues no es fácil que una obra dure más de cuatro años y, en cualquier caso, el acreedor siempre puede pedir la prórroga del asiento por otros cuatro sin mayor inconveniente que el de hacerlo antes del cumplimiento del plazo.

La seguridad que, verdaderamente, está demandando esta materia, radica en evitar al titular de un crédito refaccionario anotado la desagradable sorpresa de que las obras hayan terminado sin su conocimiento y, en consecuencia, la posibilidad de que el acreedor se encuentre con que se ha cancelado la anotación por solicitud del deudor, con la consiguiente pérdida de la garantía hipotecaria. No parece muy difícil arbitrar medidas que lleven en la práctica a tal resultado. Así, bastaría que no se entendiera terminada la obra a efectos legales sino tras del otorgamiento de la correspondiente escritura de obra nueva (téngase en cuenta que ello depende sólo del deudor), exigiendo al efecto justificar al notario autorizante de la declaración de obra nueva terminada o del acta de terminación de obra (si se había declarado la obra nueva en construcción) la notificación fehaciente a todos los acreedores refaccionarios anotados o inscritos. Podría exigirse también la necesidad de inscribir los documentos descritos para cancelar registralmente la anotación con efectos frente a terceros de buena fe, adquirentes del crédito refaccionario, aumentando así la seguridad de todos los interesados.

Ahora bien, tal reforma debe acometerse tras un estudio profundo de la institución y por vía de ley, no de reglamento, siendo preferible que se abordara en una ley de carácter general, como el Código Civil o la Ley Hipotecaria. Es significativo que, versando en gran parte la reforma del artículo 155 RH de septiembre de 1998, sobre Propiedad Horizontal, se haya reformado en abril de 1999 la Ley de Propiedad Horizontal de 1960, sin verificar en la misma ninguna referencia a la reforma del artículo 155 RH cuando, de haberlo hecho, no se hubiese producido problema de jerarquía alguno. También es significativo que, siendo el principal origen del crédito refaccionario el contrato de obra, se haya reformado esta materia sin tener en cuenta este hecho y sin hacer mención alguna de esta institución. La Ley de Ordenación de la Edificación, de 5 de noviembre de 1999, recoge en su artículo 20 y para garantizar los seguros previstos en el artículo 19 LOE, parecidas previsiones

a las que acabo de exponer, pues prohíbe la autorización e inscripción de las escrituras de declaración de obra nueva en las que no se acredite la contratación del seguro correspondiente. Lamentablemente, se ha perdido una oportunidad de oro para aumentar la seguridad del acreedor refaccionario y, con ella, la utilización práctica de esta institución.

M.^a DOLORES MEZQUITA GARCÍA-GRANERO
Profesora-Ayudante de la Universidad
Pública de Navarra
Abogado

Breves comentarios a la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de ordenación de la edificación

SUMARIO: I. INTRODUCCION.—II. EXEGESIS DEL TEXTO: PRIMERO.—OBJETO Y ÁMBITO DE APLICACIÓN. A) *Objeto*. B) *Ámbito de aplicación*: 1. Ámbito de aplicación material. 2. Ámbito temporal. SEGUNDO.—EXIGENCIAS TÉCNICAS Y ADMINISTRATIVAS DE LA EDIFICACIÓN. TERCERO.—RESPONSABILIDADES Y GARANTÍAS. LA LEY DE EDIFICACIÓN Y SU CONEXIÓN CON EL ARTÍCULO 1.591 DEL CÓDIGO CIVIL (1): 1. *Breve análisis de la doctrina del TS sobre el artículo 1.591 del Código Civil*. 2. *La responsabilidad que resulta de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación*. 3. *Algunas consecuencias derivadas de la comparación del artículo 1.591 y su jurisprudencia, y la Ley de Ordenación de la Edificación*. CUARTO.—ANÁLISIS DEL ARTÍCULO 20. REQUISITOS PARA LA ESCRITURACIÓN E INSCRIPCIÓN: A) *Autorización e inscripción de escrituras públicas de declaración de obra nueva*. B) *Cierre del Registro Mercantil*. QUINTO.—OTRAS CUESTIONES: A) *El derecho de reversión*. B) *Las Disposiciones Adicionales, Transitorias y Finales*.

I. INTRODUCCION

No cabe duda que uno de los sectores de la actividad económica más importante de un país es el sector de la edificación, que se encuentra rodeado de todo un conjunto de relaciones de hecho y de derecho que suponen una necesidad por parte de cualquier Estado moderno de crear un marco jurídico adecuado, lo más sencillo posible y que a la vez dote a todos los operadores que intervienen en la edificación, y sobre todo al destinatario final del pro-

(1) El epígrafe relativo a las responsabilidades y garantías y la Ley de Edificación y su conexión con el artículo 1.591 del Código Civil ha sido redactada por JOSÉ ALBERTO MARTÍN VIDAL. También puede verse la conexión de la Ley de Edificación con el Código Civil en el trabajo de Díez-Picazo y Ponce de León, Luis, «Ley de Edificación y Código Civil», en *Anuario de Derecho Civil*, Tomo LIII fascículo I, enero-marzo de 2000, págs. 5 y sigs.

ducto y del servicio, que es el consumidor, de las garantías adecuadas que protejan el tráfico jurídico y los intereses que en este campo se puedan desarrollar.

Dentro del mundo de la edificación confluyen distintas variables que el legislador debe regular. Por una parte se encuentra todo el entramado jurídico de las normas que afectan al suelo, en definitiva, las leyes del suelo, tanto las de carácter estatal como las autonómicas, con las especificaciones al tratarse los diferentes tipos de suelo existiendo una clasificación básica en la denominada legislación urbanística, y en la legislación agraria. No es este el momento ni el objetivo de nuestro trabajo, pero sí dejar apuntados los problemas que se están planteando en la actualidad para conexionar y poder llegar a alguna conclusión jurídica posible entre la legislación agraria y la legislación urbanística, uno de los puntos esenciales en el control de legalidad del sistema.

El otro punto a tener en cuenta es el mundo de la construcción de los edificios, y es en este aspecto en el que incide la nueva Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación, en el sentido de poder hacer una regulación lo más pormenorizada posible para dotar a través de un texto legal de la mayor cobertura normativa a todos los estadios que giran en torno a la palabra construcción y edificación, tanto en lo relativo a las exigencias técnicas y administrativas de la misma, como a los agentes de la edificación, a las responsabilidades y garantías de éstos y, en definitiva, a que los destinatarios de la norma puedan en un texto único tener la base sobre la cual ejercitar sus derechos.

En este sentido, la Exposición de Motivos de la citada Ley 38/1999, de 5 de noviembre, trata de justificar la norma en base a que «...la tradicional regulación del suelo contrasta con la falta de una configuración legal de la construcción de los edificios, básicamente establecida a través del Código Civil y de una variedad de normas cuyo conjunto adolece de serias lagunas en la ordenación del complejo proceso de la edificación, tanto respecto a la identificación, obligaciones y responsabilidades de los agentes que intervienen en el mismo, como en lo que se refiere a las garantías para proteger al usuario... Por otra parte, la sociedad demanda cada vez más la calidad de los edificios y ello incide tanto en la seguridad estructural y la protección contra incendios como en otros aspectos vinculados al bienestar de las personas, como la protección contra el ruido, el aislamiento térmico o la accesibilidad para personas con movilidad reducida. En todo caso, el proceso de la edificación, por su directa incidencia en la configuración de los espacios... implica siempre un compromiso de funcionalidad..., así se contempla en la Directiva 85/384/CEE de la Unión Europea, cuando declara que la creación arquitectónica, la calidad de las construcciones... así como el patrimonio colectivo y privado, revisten un interés público...».

Por lo indicado anteriormente existe todo un conjunto normativo que directa o indirectamente intenta regular la edificación, así, la Ley Estatal 6/1998, de 13 de abril, sobre régimen del suelo y valoraciones, el Código Civil en los artículos referentes al contrato de arrendamiento de obras, complementado con la jurisprudencia del Tribunal Supremo, al ya famoso artículo 1.591 del Código Civil, todo el conjunto de la legislación notarial e hipotecaria que hace referencia a las declaraciones de obra nueva, tanto en construcción como terminadas, y un largo etcétera, configuran una materia muchas veces complicada a los efectos de su sistematización.

Uno de los puntos más importantes de la Ley es el intento en la misma de fijar las garantías suficientes a los usuarios frente a los posibles daños que se les puedan ocasionar en todo el proceso de la edificación, de la construcción y de la correspondiente entrega de los inmuebles. Y ese deseo del legislador no es más que una consecuencia que subyace en la esencia de la propia Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, que deben tener los instrumentos jurídicos adecuados para defender y ejercitar sus derechos.

El objeto central de nuestro trabajo será el analizar el texto de la Ley con carácter general, aunque no cabe duda que existirá en el mismo un especial enfoque de la actividad notarial, y la posterior registral, aunque en la Ley únicamente un artículo, el 20, hace referencia a los requisitos para la escritura e inscripción de las declaraciones de obra nueva. No vamos aquí a repetir el análisis de otras normas notariales como registrales que ya existen, y que también hacen referencia a las declaraciones de obra nueva, ya que la novedad que introduce la Ley en el artículo 20, es la acreditación de la constitución de unas garantías.

No cabe duda que el comentario de esta Ley quedaría cojo si no profundizáramos en la relación y análisis del artículo 1.591 del Código Civil con la Ley de Ordenación de la Edificación, y las posibles conclusiones que se puedan derivar del mismo, a los efectos de indicar o no la posible derogación de este artículo citado por la entrada en vigor de la Ley de edificación. Esperemos que las buenas intenciones de este trabajo sobrepasen a las mismas y se conviertan en realidades que puedan servir para resolver algunas dudas y cuestiones que se suscitan en los despachos profesionales.

II. EXEGESIS DEL TEXTO

PRIMERO.—OBJETO Y ÁMBITO DE APLICACIÓN

Los artículos 1 y 2 hacen referencia al objeto de la Ley y al ámbito de aplicación.

A) *Objeto*

En cuanto al objeto, el artículo 1.1 establece que la Ley «tiene por objeto regular en sus aspectos esenciales el proceso de la edificación, estableciendo las obligaciones y responsabilidades de los agentes que intervienen en dicho proceso, así como las garantías necesarias para el adecuado desarrollo del mismo, con el fin de asegurar la calidad mediante el cumplimiento de los requisitos básicos de los edificios y la adecuada protección de los intereses de los usuarios». No obstante, a pesar de este objeto tan amplio, y yo diría tan idílico, la realidad nos va a demostrar que no tiene un concepto totalizador, ni mucho menos. En este sentido se ha indicado (2) que «...El objeto de esta Ley no es la regulación general del fenómeno de la edificación en todos sus aspectos. No trata de que en un único cuerpo legal se recoja toda la normativa sobre la edificación... no sería posible ni lógico. Tampoco trata, partiendo de la legislación existente sobre uno de los aspectos del fenómeno de completar la regulación. La nueva Ley no contiene toda la regulación civil de la edificación, ni la de uno de los aspectos de la regulación administrativa... Es cierto que en buena parte es Derecho Civil o, si se prefiere, Derecho Privado... Pero el párrafo tercero de la misma deja claramente sentado que no es sólo esto. Que en ella también hay Derecho Administrativo... De lo expuesto se desprende que las normas contenidas en la nueva Ley son de muy diversa naturaleza. Al igual que en la Ley del suelo, en sus sucesivas versiones, existen normas que son puramente civiles, otras mercantiles o de Derecho Inmobiliario Registral, aparte de las de carácter jurídico-administrativo... A fin de precisar el grado de actuación en las Comunidades Autónomas... La LOE, más simplistamente, en su Disposición Final primera, después de citar los apartados del artículo 149.1 CE, que constituyen el fundamento constitucional de la competencia del Estado, en un último párrafo dice: ...Lo dispuesto en esta Ley será de aplicación sin perjuicio de las competencias legislativas y de ejecución que tengan asumidas las Comunidades Autónomas en este ámbito... Lo que no supone, en modo alguno, que todas las normas contenidas en la nueva Ley tengan igual carácter en orden a su aplicación en las distintas Autonomías, sino que mientras unas serán de aplicación plena, otras tendrán el carácter de legislación básica».

(2) GONZÁLEZ PÉREZ, JESÚS, *Comentarios a la Ley de Ordenación de la Edificación*, Editorial Cívitas, Madrid, 2000, págs. 58 y 59.

B) *Ambito de aplicación material*

1. Ambito de aplicación material

El artículo 2 de la Ley centra el ámbito de aplicación material al denominado proceso de la edificación, entendiendo por tal la actuación y el resultado de construir un edificio de carácter permanente, público o privado, cuyo uso principal esté comprendido dentro del marco administrativo, sanitario, religioso, residencial, aeronáutico, agropecuario, etc., y en general las demás edificaciones cuyos usos no estén comprendidos en los citados anteriormente.

A continuación se define lo que debe considerarse por edificación a los efectos de la ley, edificación que requerirá un proyecto, y que incluye las obras de edificación de nueva construcción, las obras de ampliación, modificación, reforma o rehabilitación que alteren la configuración arquitectónica, y las obras que tengan el carácter de intervención total en edificaciones catalogadas, o que dispongan de algún tipo de protección de carácter ambiental o histórico-artístico.

En cuanto a las excepciones de la aplicación de esta ley, se encuentran en el propio artículo 1.2 y 3 y que son las relativas a las obligaciones y responsabilidades para la prevención de riesgos laborales en las obras de edificación, que se regirán por su legislación específica y de otro lado en los supuestos en que las Administraciones Públicas y los organismos y entidades sujetos a la legislación de contratos de las Administraciones Públicas, cuando actúen como agentes del proceso de la edificación, se regirán por lo dispuesto en la legislación de contratos de las Administraciones Públicas y en lo no contemplado en esa Ley, por las disposiciones de la Ley que comentamos, con excepción del régimen de garantías de suscripción obligatoria.

Mayor problema de interpretación plantea la excepción del artículo 2.2, letra a), en el sentido de no considerar edificación a los efectos de la Ley, aquellas construcciones de escasa entidad constructiva y sencillez técnica que no tengan, de forma eventual o permanente, carácter residencial ni público y que se desarrollen en una sola planta. Lo que debe entenderse por edificación de escasa entidad constructiva y sencillez técnica, en nuestra opinión es un concepto muy indeterminado que puede crear una gran inseguridad. ¿Puede entenderse incluido en esta excepción un chalé o una casa de campo de una sola planta, es decir, las viviendas unifamiliares? El peligro en la contestación es total y más desde el punto de vista notarial y posterior registral, por ello considero que lo más prudente es entender incluidas las viviendas unifamiliares con independencia de las características que éstas tengan, pues aunque pueda pensarse que el objetivo de la Ley es la protección del tercer adquirente, y que no debe quedar incluida aquella persona que realiza lo que podríamos denominar autoconsumo, no debemos olvidar que el inmueble edificado

puede enajenarse a un tercero, y éste debe quedar cubierto, entre otros aspectos, por las garantías que la Ley establece, por los daños que puedan derivarse de la edificación. Este es el criterio que me parece más adecuado.

No obstante, lo anteriormente indicado, existen otras opiniones al respecto, y así se ha dicho: «...En una primera aproximación al supuesto... lo fundamental es que se trate de construcciones destinadas a la venta a terceros, y que muy difícilmente cuadra en cuanto a las edificaciones que el titular de un solar o finca construya directamente para su propia vivienda o disfrute... En estos casos, normales en las pequeñas poblaciones y edificaciones modestas, parece que la necesidad de seguros no tiene objeto, por faltar el presupuesto esencial de la misma, que es la regulación de las responsabilidades entre promotor y constructor y de éstos con los terceros adquirentes... En este punto, creo que pueden adoptarse como criterios de prudencia: estimar construcción sencilla, a todo edificio unifamiliar en una sola planta en zonas de edificación de mediana calidad; pero no al mismo edificio en zonas de alto standing... estimar construcción sencilla aquélla que no exceda de los noventa metros cuadrados fijados como límite a las VPO —estimar construcción sencilla a las naves industriales y agrícolas...— no estimar construcción sencilla chalet o apartamentos adosados, ni a los chalets que llevan consigo obras en la parcela... Y, en todo caso, considerar que aún tratándose de construcciones sencillas y de una sola planta, si se trata de construir una pluralidad de las mismas, para su puesta en el mercado de la vivienda y adquisición por terceros, estaría claramente dentro de las disposiciones de la Ley...» (3).

A pesar del esfuerzo loable de interpretar el concepto de edificación sencilla, me parece un ejercicio de imposible cumplimiento el poder aplicar en la práctica todos los criterios anteriormente transcritos y vertidos por algún autor porque estaríamos en continuos criterios subjetivos de elucubración mental, rodeados de total inseguridad jurídica.

No estarán sometidas a la Ley las simples modificaciones de carácter jurídico, las modificaciones interiores en un edificio, siempre que no alteren la configuración arquitectónica del mismo, e incluso las exteriores, siempre que no alteren tampoco, como indica la Ley, la estructura, la volumetría o el conjunto del sistema estructural.

2. Ambito temporal

El ámbito temporal nos viene marcado por la Disposición Transitoria primera, de donde se deduce que la Ley sólo se aplicará a las obras de nueva

(3) RICO MORALES, NICOLÁS, *Entrada en vigor de la Ley de Ordenación de la Edificación*. Folio registral. Centro de Estudios Registrales de Andalucía Oriental, núm. 92, mayo de 2000, págs. 128 y 129.

construcción y a las obras en los edificios existentes, para cuyos proyectos se solicite la correspondiente licencia de edificación a partir de su entrada en vigor. La entrada en vigor de la Ley por la Disposición Final cuarta fue a los seis meses de su publicación en el *BOE*, que tuvo lugar el 6 de noviembre de 1999, por lo tanto, la entrada en vigor de la Ley ha sido el 6 de mayo de 2000. Como aclaración hay que indicar que la Ley entró en vigor al día siguiente de su publicación para algunas disposiciones de la misma, como en lo relativo a la regulación del derecho de reversión, la derogación en materia de expropiación forzosa, la de los artículos 74 a 70 del Reglamento de la Ley de Expropiación Forzosa, la adaptación del Reglamento de la Ley de Expropiación Forzosa y la no aplicación de la Disposición Adicional quinta para aquellos bienes y derechos sobre los que a la entrada en vigor de la Ley se hubiera presentado la solicitud de reversión.

Teniendo pues establecidas las diferentes fechas de entrada en vigor, el conjunto normativo mayor de la Ley ha entrado en vigor el 6 de mayo de 2000, y por la ya indicada Disposición Transitoria primera será la fecha de solicitud de la correspondiente licencia de edificación la que determine o no la aplicación de la Ley. En este sentido si la licencia se ha solicitado antes del 6 de mayo de 2000, aunque se conceda después del 6 de mayo, no será de aplicación la Ley. Por ello, desde el punto de vista notarial, por ejemplo, deberemos tener muy en cuenta la fecha de solicitud de la licencia, fecha de solicitud que muchas veces no aparece consignada en la concesión de la licencia, y que deberemos solicitar que la aporte para así consignarlo en el propio documento notarial, salvo que venga en la propia licencia concedida. Podría ocurrir que la petición de licencia fuera anterior al 6 de mayo de 2000, pero que posteriormente haya habido una modificación o alteración del proyecto, bien ampliándose o reduciéndose el mismo, y que esta modificación se presente después del 6 de mayo de 2000. En este caso considero que sí se aplica la Ley, y que por lo tanto habrá que tener en cuenta lo establecido en el artículo 20 que luego comentaremos.

SEGUNDO.—EXIGENCIAS TÉCNICAS Y ADMINISTRATIVAS DE LA EDIFICACIÓN

El Capítulo II de la Ley hace referencia a las exigencias técnicas y administrativas de la edificación. Así el artículo 3, relativo a los requisitos básicos de la edificación, requisitos que hacen referencia a la funcionalidad, a la seguridad y a la habitabilidad, teniendo en cuenta que el Código Técnico de la Edificación es el marco normativo que establece las exigencias básicas de calidad de los edificios y de sus instalaciones, Código Técnico que aún no ha sido aprobado y que la Disposición Final segunda autoriza al Gobierno para que, mediante Real Decreto y en el plazo de dos años a contar desde la

entrada en vigor de la Ley, apruebe un Código Técnico de la Edificación, que establezca las exigencias que deben cumplir los edificios, y hasta su aprobación se aplicarán las normas básicas de la edificación, NBE que regulan las exigencias técnicas de los edificios.

El artículo 4 hace referencia al proyecto con su definición, el 5 a las licencias y autorizaciones administrativas, con un enunciado general.

El artículo 6 versa sobre la recepción de la obra, como la entrega del constructor al promotor y aceptada por éste y que dicha recepción deberá consignarse en un acta firmada al menos por el promotor y el constructor. Como se ha indicado en la Circular 2/2000 del Consejo General del Notariado: «...si su otorgamiento se encomendara al notario, naturalmente la forma será la de escritura pública y si en ella se hicieren constar, además, los requisitos exigidos por la Ley del Suelo, podría la escritura de recepción de obra servir asimismo como acta de finalización a los efectos del control urbanístico que lleva a cabo la Administración. En cualquier caso, autorice o no el notario la recepción de las obras, si es requerido para practicar las notificaciones a que se refiere el artículo 6 de la Ley entre constructor y promotor, será conveniente llevarlo a cabo mediante entrega personal por parte del notario de cédula de notificación al requerido, en el domicilio señalado (art. 202, párrafo 2.º del Reglamento Notarial).»

Parece importante la forma pública notarial por la importancia que va a tener esta recepción de la obra, ya que entre otras circunstancias, el cómputo de los plazos de responsabilidad y garantía establecidos en la Ley se iniciará a partir de la fecha en que se suscriba el acta de recepción, o cuando se entienda ésta tácitamente producida según lo establecido en el propio artículo. El documento público notarial va a determinar una fehaciencia de la fecha frente a terceros, y además en el propio acta notarial podrán consignarse las manifestaciones de las partes, el por qué del rechazo de la obra y sus circunstancias, que puede ser fundamental cara a un procedimiento judicial.

Por último el artículo 7 hace referencia a la documentación de la obra ejecutada y esta documentación constituirá el libro del edificio y que será entregado a los usuarios finales.

TERCERO.—RESPONSABILIDADES Y GARANTÍAS.

LA LEY DE EDIFICACIÓN Y SU CONEXIÓN CON EL ARTÍCULO 1.591 DEL CÓDIGO CIVIL

1. *Breve análisis de la doctrina del TS sobre el artículo 1.591 del Código Civil*

Los principios básicos de la figura de la responsabilidad por ruina del artículo 1.591 del Código Civil se deben a la doctrina del Tribunal Supremo.

1. El artículo 1.591 sanciona la doble responsabilidad del contratista:

- La responsabilidad «ordinaria» derivada del incumplimiento de las condiciones del contrato a que se refiere el artículo 1.591 en su párrafo 2 para fijar el plazo de prescripción de quince años, que es el general del artículo 1.964 del Código Civil. Por ello, en los casos de ejecución de obra defectuosa pero sin que exista ruina, se está a las reglas generales de los artículos 1.101 del Código Civil y concordantes (sentencia de 21-10-87) y al artículo 1.124, en su caso.
- La responsabilidad «especial» por ruina del edificio del artículo 1.591 en su párrafo 1, sobre la cual se centrará nuestro análisis.

2. Así, presupone la existencia de un contrato de arrendamiento de obra afectante a un edificio.

El contrato puede ser de construcción de un edificio *ex novo* o simplemente de rehabilitación, reformas o reparaciones (sentencia de 19-2-59). El TS amplía el supuesto no sólo a los edificios en sentido estricto sino también a cualquier obra en el suelo, vuelo o subsuelo: obras en un pozo aséptico (sentencia de 4-4-87) o de construcción de una cantera (sentencia de 14-6-84).

3. Pero el origen de la responsabilidad ex artículo 1.591 del Código Civil es la existencia de RUINA. Este concepto de ruina ha sido interpretado muy ampliamente por el TS. Así:

- No sólo encaja en dicho concepto la destrucción total del edificio, sino también los vicios que hagan inútil la obra para la finalidad que le es propia (sentencias de 22-5-86, 7-12-87 y 10-7-90); la ruina del artículo 1.591 del Código Civil implica también graves desperfectos que hagan temer la pérdida próxima (sentencia de 16-2-85); y cabe también la ruina parcial (sentencia de 21-4-81).
- Se aplica también a los vicios que afecten a los elementos esenciales de una construcción y a aquellos que incidan en la habitabilidad del edificio, es decir, implica la RUINA POTENCIAL O FUNCIONAL (sentencias de 17-2-86, 12-12-88, 29-1-91, 16-7-92 y muchas otras).

Ejemplo de esta doctrina jurisprudencial de la RUINA FUNCIONAL pueden ser estas sentencias:

- Sentencia de 16-3-95: La doctrina de esta Sala ha venido delimitando el concepto de «ruina» que en el artículo 1.591 del Código Civil se contiene, dándole un significado más amplio que el que originariamente tuvo, extendiéndolo a la estimación de defectos graves de construcción y creando una nueva terminología a tales efectos, tal acontece con los conceptos de «vicios ruinógenos», «ruina funcional», etc., que ponen de relieve que la «ruina» no puede ya entenderse limitada a los supuestos de derrumbamiento o destruc-

ción total o parcial de una obra, sino que puede extenderse a aquellos defectos de construcción que excediendo de las imperfecciones corrientes, son constitutivas de una violación del contrato de obra.

- Sentencia de 19-4-95: Es pacífica y consolidada doctrina jurisprudencial la de que el concepto de ruina del artículo 1.591 del Código Civil se refiere no sólo a aquellos vicios que hagan temer la pérdida o el derrumbamiento total o parcial del edificio, sino también la que se viene denominando «ruina funcional», comprensiva de aquellos vicios o defectos constructivos que hagan inútil la edificación para la finalidad que le es propia.

- Sentencia de 16-11-96: La definición de ruina ha sido ampliamente elaborada por la jurisprudencia de esta Sala, evolucionando desde el concepto de ruina física hasta llegar al de ruina funcional, al señalar que el término de ruina que utiliza el artículo 1.591 no debe quedar reducido al supuesto de derrumbamiento total o parcial de la obra (ruina física), sino que hay que extenderlo y ampliarlo a aquellos defectos de construcción que, por exceder de las imperfecciones corrientes, configuren una violación del contrato, viniendo a significar unos defectos constructivos determinantes del concepto de ruina funcional al hacer la edificación inútil para la finalidad que le es propia en consonancia con las necesidades y exigencias del mundo de la construcción en el que confluyen intereses y supuestos complejos, de no siempre fácil delimitación de las responsabilidades respectivas.

4. Pasivamente, son responsables, en principio, el contratista y el arquitecto, pero el TS también amplía aquí la aplicación del artículo 1.591:

- Aplica también el artículo 1.591 al promotor (desde la sentencia de 11-10-74), que esencialmente es quien comercializa el edificio o la urbanización, pudiendo ser el mismo constructor que se dedique a vender los pisos por él construidos (sentencias de 30-10-86 y 27-10-87).
- Junto con el contratista, constructor y promotor, el TS también incluye a los demás técnicos, no sólo al arquitecto sino también a los ingenieros, técnicos proyectistas y al aparejador.
- En cuanto a los terceros, subcontratistas y demás empleados y dependientes, se aplican los artículos 1.596 y 1.597, y el contratista responde de sus actuaciones salvo que hubiesen contratado directamente con el dominus o arrendatario. La sentencia de 23-11-85 afirma que el subcontratista responde solidariamente con el constructor, mientras que las sentencias de 26-11 y 13-6-84 manifiestan que el subcontratista responde ante el promotor.
- Dado que en la práctica es difícil, en ocasiones, concretar exactamente el origen o naturaleza del vicio para evitar la indefensión del dueño de la obra, la jurisprudencia ha sancionado el principio de RESPONSABILIDAD

BILIDAD SOLIDARIA de todos los que intervinieron en la construcción, arquitecto, aparejador... (sentencias de 17-2-86, 28-1-94, 6-3-99 y 23-3-99). Pero no hay solidaridad cuando es posible deslindar con claridad la responsabilidad individual de cada responsable (sentencias de 12-6-87 y 16-3-95); si se prueba que el daño se debe a vicios del suelo, sin que lo haya sido por vicios de la construcción, el único responsable es el arquitecto autor del proyecto (sentencia de 22-11-82).

5. Activamente, pueden exigir responsabilidad, no sólo el arrendatario que contrató la obra, sino también los ulteriores adquirentes de la edificación (sentencias de 22-3-86 y 27-3-95), y la comunidad de propietarios adquirentes de los pisos (sentencia de 8-2-82).

6. La responsabilidad a que nos referimos se traduce en la reparación en forma específica, realizando las obras necesarias para eliminar la ruina, o en el pago del equivalente, coste de la reparación realizada por el dueño de la obra (sentencia de 25-1-93), y en ambos casos, además, la indemnización de daños y perjuicios causados (daño emergente y lucro cesante), siempre que éstos se demuestren (sentencia de 23-4-99).

7. Para la existencia de esta responsabilidad, la ruina debe darse en el plazo de diez años contados desde que se concluyó la obra; este es un plazo de garantía que actúa como plazo de caducidad, pero una vez producida la ruina dentro de este plazo surge la acción que tiene el plazo de prescripción general de quince años (art. 1.964) (sentencias de 13-7-87, 25-11-88, 4-11-92 y 17-7-96).

2. *La responsabilidad que resulta de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación*

Esta ley regula el proceso de edificación, fijando las obligaciones de los agentes que intervienen en el mismo, para así establecer sus responsabilidades. Conforme a su Disposición Final cuarta, esta Ley entrará en vigor a los seis meses de su publicación en el *Boletín Oficial del Estado* (6 de noviembre), salvo sus Disposiciones Adicional quinta, Transitoria segunda, Derogatoria primera, por lo que se refiere a la legislación en materia de expropiación forzosa, Derogatoria segunda y Final tercera, que entrarán en vigor el día siguiente al de dicha publicación.

1. La Ley 38/1999 recoge la doble responsabilidad de los agentes de la edificación:

— El artículo 17.1 que la regula, lo hace sin perjuicio de sus responsabilidades contractuales, que se regirán por las reglas generales. El

artículo 18 regula los plazos de prescripción de las acciones para exigir la responsabilidad que fija el artículo 17 por daños materiales dimanantes de los vicios o defectos, plazo que se entiende sin perjuicio de las acciones que puedan subsistir para exigir responsabilidades por incumplimiento contractual.

- El artículo 17 finaliza diciendo: «9. Las responsabilidades a que se refiere este artículo se entienden sin perjuicio de las que alcanzan al vendedor de los edificios o partes edificadas frente al comprador conforme al contrato de compraventa suscrito entre ellos, a los artículos 1.484 y siguientes del Código Civil y demás legislación aplicable a la compraventa».

2. Parte de la existencia del hecho de la edificación, reflejado en las siguientes normas:

— Artículo 1. Objeto: «1. Esta Ley tiene por objeto regular en sus aspectos esenciales el proceso de la edificación, estableciendo las obligaciones y responsabilidades de los agentes que intervienen en dicho proceso, así como las garantías necesarias para el adecuado desarrollo del mismo, con el fin de asegurar la calidad mediante el cumplimiento de los requisitos básicos de los edificios y la adecuada protección de los intereses de los usuarios.

2. Las obligaciones y responsabilidades relativas a la prevención de riesgos laborales en las obras de edificación se regirán por su legislación específica.

3. Cuando las Administraciones públicas y los organismos y entidades sujetos a la legislación de contratos de las Administraciones públicas actúen como agentes del proceso de la edificación, se regirán por lo dispuesto en la legislación de contratos de las Administraciones públicas y en lo no contemplado en la misma por las disposiciones de esta Ley, a excepción de lo dispuesto sobre garantías de suscripción obligatoria».

— Artículo 2. Ambito de aplicación. 1. «Esta Ley es de aplicación al proceso de la edificación, entendiendo por tal la acción y el resultado de construir un edificio de carácter permanente, público o privado, cuyo uso principal esté comprendido en los siguientes grupos:

- a) Administrativo, sanitario, religioso, residencial en todas sus formas, docente y cultural.
- b) Aeronáutico; agropecuario; de la energía; de la hidráulica; minero; de telecomunicaciones (referido a la ingeniería de las telecomunicaciones); del transporte terrestre, marítimo, fluvial y aéreo; forestal; industrial; naval; de la ingeniería de saneamiento e higiene, y accesorio a las obras de ingeniería y su explotación.

- c) Todas las demás edificaciones cuyos usos no estén expresamente relacionados en los grupos anteriores.
2. Tendrán la consideración de edificación a los efectos de lo dispuesto en esta Ley, y requerirán un proyecto según lo establecido en el artículo 4, las siguientes obras:
- a) Obras de edificación de nueva construcción, excepto aquellas construcciones de escasa entidad constructiva y sencillez técnica que no tengan, de forma eventual o permanente, carácter residencial ni público y se desarrollen en una sola planta.
 - b) Obras de ampliación, modificación, reforma o rehabilitación que alteren la configuración arquitectónica de los edificios, entendiéndose por tales las que tengan carácter de intervención total o las parciales que produzcan una variación esencial de la composición general exterior, la volumetría, o el conjunto del sistema estructural, o tengan por objeto cambiar los usos característicos del edificio.
 - c) Obras que tengan el carácter de intervención total en edificaciones catalogadas o que dispongan de algún tipo de protección de carácter ambiental o histórico-artístico, regulada a través de norma legal o documento urbanístico y aquellas otras de carácter parcial que afecten a los elementos o partes objeto de protección.

3. Se consideran comprendidas en la edificación sus instalaciones fijas y el equipamiento propio, así como los elementos de urbanización que permanezcan adscritos al edificio».

— «DISPOSICION TRANSITORIA PRIMERA. Lo dispuesto en esta Ley, salvo en materia de expropiación forzosa en que se estará a lo establecido en la Disposición Transitoria segunda, será de aplicación a las obras de nueva construcción y a obras en los edificios existentes, para cuyos proyectos se solicite la correspondiente licencia de edificación, a partir de su entrada en vigor».

3. El origen de la responsabilidad que se regula en la Ley 38/99, deriva de la existencia de los daños a que alude el artículo 17.1:

...«las personas físicas o jurídicas que intervienen en el proceso de la edificación (es decir, todos los agentes que intervienen en el proceso de la edificación), responderán..., de los siguientes daños materiales ocasionados en el edificio dentro de los plazos indicados, contados desde la fecha de recepción de la obra, sin reservas o desde la subsanación de éstas:

- a) **Durante diez años, de los daños materiales causados en el edificio por vicios o defectos que afecten** (a la seguridad estructural del edificio, como los resume la Exposición de Motivos) **a la cimenta-**

ción, los soportes, las vigas, los forjados, los muros de carga u otros elementos estructurales, y que comprometan directamente la resistencia mecánica y la estabilidad del edificio.

- b) Durante tres años, de los daños materiales causados en el edificio por vicios o defectos de los elementos constructivos o de las instalaciones que ocasionen el incumplimiento de los requisitos de habitabilidad del apartado 1, letra c), del artículo 3 (relativos a la habitabilidad: 1. Higiene, salud y protección del medio ambiente, de tal forma que se alcancen condiciones aceptables de salubridad y estanqueidad en el ambiente interior del edificio y que éste no deteriore el medio ambiente en su entorno inmediato, garantizando una adecuada gestión de toda clase de residuos. 2. Protección contra el ruido, de tal forma que el ruido percibido no ponga en peligro la salud de las personas y les permita realizar satisfactoriamente sus actividades. 3. Ahorro de energía y aislamiento térmico, de tal forma que se consiga un uso racional de la energía necesaria para la adecuada utilización del edificio. 4. Otros aspectos funcionales de los elementos constructivos o de las instalaciones que permitan un uso satisfactorio del edificio).**

El constructor también responderá de los daños materiales por vicios o defectos de ejecución que afecten a elementos de terminación o acabado de las obras dentro del plazo de un año.

4. Respecto a la responsabilidad pasiva:

— El artículo 17 regula la responsabilidad civil de los agentes que intervienen en el proceso de la edificación. Los citados agentes de la edificación son regulados en los artículos 8 a 16, cuyo contenido en síntesis es el siguiente:

Son agentes de la edificación todas las personas, físicas o jurídicas, que intervienen en el proceso de la edificación (art. 8). Será considerado promotor cualquier persona, física o jurídica, pública o privada, que, individual o colectivamente, decide, impulsa, programa y financia, con recursos propios o ajenos, las obras de edificación para sí o para su posterior enajenación, entrega o cesión a terceros bajo cualquier título (art. 9.1). El proyectista es el agente que, por encargo del promotor y con sujeción a la normativa técnica y urbanística correspondiente, redacta el proyecto. Podrán redactar proyectos parciales del proyecto, o partes que lo complementen, otros técnicos, de forma coordinada con el autor de éste. Cuando el proyecto se desarrolle o complete mediante proyectos parciales u otros documentos técnicos según lo previsto en el apartado 2 del artículo 4 de esta Ley, cada proyectista asumirá la

titularidad de su proyecto (art. 10.1). El constructor es el agente que asume, contractualmente ante el promotor, el compromiso de ejecutar con medios humanos y materiales, propios o ajenos, las obras o parte de las mismas con sujeción al proyecto y al contrato (art. 11.1). El director de obra es el agente que, formando parte de la dirección facultativa, dirige el desarrollo de la obra en los aspectos técnicos, estéticos, urbanísticos y medioambientales, de conformidad con el proyecto que la define, la licencia de edificación y demás autorizaciones preceptivas y las condiciones del contrato, con el objeto de asegurar su adecuación al fin propuesto. Podrán dirigir las obras de los proyectos parciales otros técnicos, bajo la coordinación del director de obra (art. 12.1 y 2). El director de la ejecución de la obra es el agente que, formando parte de la dirección facultativa, asume la función técnica de dirigir la ejecución material de la obra y de controlar cualitativa y cuantitativamente la construcción y la calidad de lo edificado (art. 13.1). Son entidades de control de calidad de la edificación aquéllas capacitadas para prestar asistencia técnica en la verificación de la calidad del proyecto, de los materiales y de la ejecución de la obra y sus instalaciones de acuerdo con el proyecto y la normativa aplicable (art. 14.1). Son laboratorios de ensayos para el control de calidad de la edificación los capacitados para prestar asistencia técnica, mediante la realización de ensayos o pruebas de servicio de los materiales, sistemas o instalaciones de una obra de edificación (art. 14.2). Se consideran suministradores de productos los fabricantes, almacenistas, importadores o vendedores de productos de construcción (art. 15.1). Considera el artículo 16 a los propietarios y a los usuarios como agentes de la edificación, fijando sus obligaciones.

— El artículo 17.1 concreta la responsabilidad en las personas físicas o jurídicas que intervienen en el proceso de la edificación.

— Los apartados 2 a 8, ambos inclusive, desarrollan y concretan esta responsabilidad de los agentes que intervienen en el proceso de edificación:

«2. La responsabilidad civil será exigible en forma personal e individualizada, tanto por actos u omisiones propios, como por actos u omisiones de personas por las que, con arreglo a esta Ley, se deba responder.

3. No obstante, cuando no pudiera individualizarse la causa de los daños materiales o quedase debidamente probada la concurrencia de culpas sin que pudiera precisarse el grado de intervención de cada agente en el daño producido, la responsabilidad se exigirá solidariamente. En todo caso, el promotor responderá solidariamente con los demás agentes intervinientes ante los posibles adquirentes de los daños materiales en el edificio ocasionados por vicios o defectos de construcción.

4. Sin perjuicio de las medidas de intervención administrativas que en cada caso procedan, la responsabilidad del promotor que se establece en esta

Ley se extenderá a las personas físicas o jurídicas que, a tenor del contrato o de su intervención decisoria en la promoción, actúen como tales promotores bajo la forma de promotor o gestor de cooperativas o de comunidades de propietarios u otras figuras análogas.

5. Cuando el proyecto haya sido contratado conjuntamente con más de un proyectista, los mismos responderán solidariamente. Los proyectistas que contraten los cálculos, estudios, dictámenes o informes de otros profesionales, serán directamente responsables de los daños que puedan derivarse de su insuficiencia, incorrección o inexactitud, sin perjuicio de la repetición que pudieran ejercer contra sus autores.

6. El constructor responderá directamente de los daños materiales causados en el edificio por vicios o defectos derivados de la impericia, falta de capacidad profesional o técnica, negligencia o incumplimiento de las obligaciones atribuidas al jefe de obra y demás personas físicas o jurídicas que de él dependan. Cuando el constructor subcontrate con otras personas físicas o jurídicas la ejecución de determinadas partes o instalaciones de la obra, será directamente responsable de los daños materiales por vicios o defectos de su ejecución, sin perjuicio de la repetición a que hubiere lugar. Asimismo, el constructor responderá directamente de los daños materiales causados en el edificio por las deficiencias de los productos de construcción adquiridos o aceptados por él, sin perjuicio de la repetición a que hubiere lugar.

7. El director de obra y el director de la ejecución de la obra que suscriban el certificado final de obra serán responsables de la veracidad y exactitud de dicho documento. Quien acepte la dirección de una obra cuyo proyecto no haya elaborado él mismo, asumirá las responsabilidades derivadas de las omisiones, deficiencias o imperfecciones del proyecto, sin perjuicio de la repetición que pudiere corresponderle frente al proyectista. Cuando la dirección de obra se contrate de manera conjunta a más de un técnico, los mismos responderán solidariamente sin perjuicio de la distribución que entre ellos corresponda.

8. Las responsabilidades por daños no serán exigibles a los agentes que intervengan en el proceso de la edificación, si se prueba que aquéllos fueron ocasionados por caso fortuito, fuerza mayor, acto de tercero o por el propio perjudicado por el daño».

— Esta regulación de la responsabilidad pasiva se complementa con la norma procesal de la DISPOSICION ADICIONAL SEPTIMA. «Solicitud de la demanda de notificación a otros agentes. Quien resulte demandado por ejercitarse contra él acciones de responsabilidad basadas en las obligaciones resultantes de su intervención en el proceso de la edificación previstas en la presente Ley, podrá solicitar, dentro del plazo que la Ley de Enjuiciamiento

Civil concede para contestar a la demanda, que ésta se notifique a otro u otros agentes que también hayan tenido intervención en el referido proceso. La notificación se hará conforme a lo establecido para el emplazamiento de los demandados e incluirá la advertencia expresa a aquellos otros agentes llamados al proceso de que, en el supuesto de que no comparecieren, la sentencia que se dicte será oponible y ejecutable frente a ellos».

5. Activamente pueden exigir la responsabilidad conforme al artículo 17.1: «...los propietarios y los terceros adquirentes de los edificios o parte de los mismos, en el caso de que sean objeto de división...», los cuales tendrán la condición de asegurados en los seguros a que se aludirá a continuación.

6. Respecto a la responsabilidad derivada de esta ley, la novedad de la ley se centra en las garantías por daños materiales ocasionados por vicios y defectos de la construcción que se fijan en el artículo 19. Sus características esenciales son las siguientes:

A) El régimen de garantías exigibles para las obras de edificación comprendidas en el artículo 2 de la Ley se hará efectivo, teniendo como referente a las siguientes garantías:

- Seguro de daños materiales o seguro de caución para garantizar, durante un año, el resarcimiento de los daños materiales por vicios o defectos de ejecución que afecten a elementos de terminación o acabado de las obras, que podrá ser sustituido por la retención por el promotor de un 5 por 100 del importe de la ejecución material de la obra. El importe mínimo del capital asegurado en este caso será del 5 por 100 del coste final de la ejecución material de la obra, incluidos los honorarios profesionales. En este seguro no serán admisibles cláusulas por las cuales se introduzcan franquicias o limitación alguna en la responsabilidad del asegurador frente al asegurado.
- Seguro de daños materiales o seguro de caución para garantizar, durante tres años, el resarcimiento de los daños causados por vicios o defectos de los elementos constructivos o de las instalaciones que ocasionen el incumplimiento de los requisitos de habitabilidad del apartado 1, letra c), del artículo 3. El importe mínimo del capital asegurado en este caso será del 30 por 100 del coste final de la ejecución material de la obra, incluidos los honorarios profesionales.
- Seguro de daños materiales o seguro de caución para garantizar, durante diez años, el resarcimiento de los daños materiales causados en el edificio por vicios o defectos que tengan su origen o afecten a la cimentación, los soportes, las vigas, los forjados, los muros de carga u otros elementos estructurales, y que comprometan directamente la resistencia mecánica y estabilidad del edificio. El importe mínimo del capital asegurado en este caso será del 100 por 100 del coste final de la ejecución

material de la obra, incluidos los honorarios profesionales. En este seguro, si se establece una franquicia, ésta no podrá exceder del 1 por 100 del capital asegurado de cada unidad registral.

La Disposición Adicional segunda establece que esta última garantía del apartado c) será exigible, a partir de la entrada en vigor de la ley, para edificios cuyo destino principal sea el de vivienda.

Mediante Real Decreto podrá establecerse:

- la obligatoriedad de suscribir las otras dos garantías [a) y c)] para edificios cuyo destino principal sea el de vivienda.
- la obligatoriedad de suscribir cualquiera de las tres garantías [a), b) y c)] para edificios destinados a cualquier uso distinto del de vivienda.

B) Los seguros de daños materiales reunirán las condiciones del apartado 2 del artículo 19, y los seguros de caución las condiciones del apartado 3 del mismo artículo 19, debiendo estar pagada la prima en el momento de la recepción de la obra. Una vez tomen efecto las coberturas del seguro, no podrá rescindirse ni resolverse el contrato de mutuo acuerdo antes del transcurso del plazo de duración citado para cada seguro.

C) Salvo pacto en contrario, las garantías a que se refiere la Ley no cubrirán:

- Los daños corporales u otros perjuicios económicos distintos de los daños materiales que garantiza la Ley.
- Los daños ocasionados a inmuebles contiguos o adyacentes al edificio.
- Los daños causados a bienes muebles situados en el edificio.
- Los daños ocasionados por modificaciones u obras realizadas en el edificio después de la recepción, salvo las de subsanación de los defectos observados en la misma.
- Los daños ocasionados por mal uso o falta de mantenimiento adecuado del edificio.
- Los gastos necesarios para el mantenimiento del edificio del que ya se ha hecho la recepción.
- Los daños que tengan su origen en un incendio o explosión, salvo por vicios o defectos de las instalaciones propias del edificio.
- Los daños que fueran ocasionados por caso fortuito, fuerza mayor, acto de tercero o por el propio perjudicado por el daño.
- Los siniestros que tengan su origen en partes de la obra sobre las que haya reservas recogidas en el acta de recepción, mientras que tales reservas no hayan sido subsanadas y las subsanaciones queden reflejadas en una nueva acta suscrita por los firmantes del acta de recepción.

D) El asegurador podrá optar por el pago de la indemnización en metálico que corresponda a la valoración de los daños o por la reparación de los mismos (art. 19.6). El incumplimiento de las anteriores normas sobre garantías de suscripción obligatoria implicará, en todo caso, la obligación de responder personalmente al obligado a suscribir las garantías (art. 19.7).

E) Para asegurar la prestación de estas garantías se introduce el artículo 20, respecto a requisitos para la escrituración e inscripción, anteriormente analizado: «1. No se autorizarán ni se inscribirán en el Registro de la Propiedad escrituras públicas de declaración de obra nueva de edificaciones a las que sea de aplicación esta Ley, sin que se acredite y testimonie la constitución de las garantías a que se refiere el artículo 19.

2. Cuando no hayan transcurrido los plazos de prescripción de las acciones a que se refiere el artículo 18, no se cerrará en el Registro Mercantil la hoja abierta al promotor individual ni se inscribirá la liquidación de las sociedades promotoras sin que se acredite previamente al Registrador la constitución de las garantías establecidas por esta Ley, en relación con todas y cada una de las edificaciones que hubieran promovido».

7. Respecto a los plazos de responsabilidad se establecen períodos de uno, tres y diez años, en función de los diversos daños que puedan aparecer en los edificios, conforme se ha expuesto, contados desde la fecha de recepción de la obra, sin reservas o desde la subsanación de éstas.

Conforme al artículo 18 que regula los plazos de prescripción, las acciones para exigir la responsabilidad que fija el artículo 17 por daños materiales dimanantes de los vicios o defectos, prescribirán en el plazo de dos años a contar desde que se produzcan dichos daños, sin perjuicio de las acciones que puedan subsistir para exigir responsabilidades por incumplimiento contractual. La acción de repetición que pudiese corresponder a cualquiera de los agentes que intervienen en el proceso de edificación contra los demás, o a los aseguradores contra ellos, prescribirá en el plazo de dos años desde la firmeza de la resolución judicial que condene al responsable a indemnizar los daños, o a partir de la fecha en la que se hubiera procedido a la indemnización de forma extrajudicial.

El artículo 6.5 afirma: «El cómputo de los plazos de responsabilidad y garantía establecidos en esta Ley se iniciará a partir de la fecha en que se suscriba el acta de recepción, o cuando se entienda ésta tácitamente producida, según lo previsto en el apartado anterior». De este apartado anterior resulta que la recepción se entenderá tácitamente producida si transcurridos treinta días desde la fecha de la terminación el promotor no hubiera puesto de manifiesto reservas o rechazo motivado por escrito.

3. *Algunas consecuencias derivadas de la comparación del artículo 1.591 y su jurisprudencia, y la Ley de Ordenación de la Edificación*

El artículo 1.591 del Código Civil es complementado con las normas de la Ley de Ordenación de la Edificación, la cual recoge, elevando a la categoría de norma legal, criterios elaborados por la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Así, fija las funciones de los distintos agentes de la construcción, y la responsabilidad de cada uno de ellos, con el fin de distribuir singularmente su contribución a la reparación de los posibles daños. No les libera, sin embargo, de la posible responsabilidad solidaria que creó la jurisprudencia y prevé explícitamente la ley cuando no sean determinables las respectivas cuotas de contribución a la causa del daño.

La no derogación expresa del artículo 1.591 del Código Civil (DISPOSICION DEROGATORIA PRIMERA. «Quedan derogadas todas las disposiciones de igual o inferior rango que se opongan a lo dispuesto en esta Ley»), supone su persistencia en nuestro ordenamiento jurídico y su compatibilidad con la Ley de Ordenación de la Edificación, ya que parece necesaria la expresa derogación de un precepto tan importante y que ha dado origen a una tan copiosa jurisprudencia como es el artículo 1.591 del Código Civil.

La Ley de Ordenación de la Edificación es una ley especial frente al 1.591 que se considera como ley general; dicha especialidad puede referirse a los aspectos novedosos no contemplados por el Código Civil, anteriormente aludidos.

Pese a ello, el artículo 1.591 conserva un margen de aplicación: será aplicable a aquellos supuestos de contrato de obra que no se incluyan en el ámbito de aplicación de la Ley de Ordenación de la Edificación, conforme al artículo 2 de ésta; así, se aplicará a aquellos contratos de obra que no afecten a una edificación en sentido estricto, sino a otras obras a las que el Tribunal Supremo ha extendido la aplicación del artículo 1.591 (ya se citaron obras en un pozo o de construcción de una cantera), o a cualesquiera otras construcciones no contempladas por la Ley de Ordenación de la Edificación (presas, puertos, estructuras, muros).

Igualmente tendrá aplicación el artículo 1.591 a los daños que se produzcan como consecuencia de un contrato de obra, que no tengan encaje en los supuestos de daños materiales del artículo 17 de la Ley de Ordenación de la Edificación, pero se trate de daños que puedan incluirse en el amplísimo ámbito de la «RUINA FUNCIONAL» elaborada por el Tribunal Supremo sobre la base del citado artículo 1.591.

Y, finalmente, según se ha defendido, el artículo 1.591 y la jurisprudencia sobre «ruina funcional» podrá abarcar a daños y vicios de habitabilidad o defectos constructivos conocidos por el perjudicado entre los tres y diez años desde la finalización de la construcción, y que no se puede asegurar de dónde

proceden en su origen, de modo que no tengan fácil encaje en los daños de aparición a los tres años según la nueva Ley de Ordenación de la Edificación.

CUARTO.—ANÁLISIS DEL ARTÍCULO 20.

REQUISITOS PARA LA ESCRITURACIÓN E INSCRIPCIÓN

A) *Autorización e inscripción de escrituras públicas de declaración de obra nueva*

El artículo 20 de la Ley en el número 1 establece que: «No se autorizarán ni se inscribirán en el Registro de la Propiedad escrituras públicas de declaración de obra nueva de edificaciones a las que sea de aplicación esta Ley, sin que se acredite y testimonie la constitución de las garantías a que se refiere el artículo 19».

Como podemos observar, se impone en este artículo una obligación específica de abstención de la actuación profesional de los notarios y registradores, sin que se acredite el tema esencial de la constitución de garantías del artículo 19, garantías que ya hemos analizado en otra parte de este trabajo. Ello significa, por ejemplo, en el caso de los notarios si a éste no se le acredita, esta circunstancia no podrá autorizar la escritura, terminología que parece más correcta y adecuada que el epígrafe de escrituración a que hace referencia la Ley. En estos casos no se podrá autorizar la escritura, con la advertencia de que faltando dicha acreditación, el notario indique esa obligación legal, y que en su momento promete acompañar el compareciente, sino que el notario debe tenerlo en su presencia, y además reflejarlo en la escritura matriz, ya que habla de acreditar y testimoniar, no valiendo solamente el que al notario se le haya acreditado el que se han constituido las garantías, sino que además debe hacer reflejo de las mismas en el documento, bien, en nuestra opinión, incorporando la certificación correspondiente de la entidad aseguradora, en su original, o bien, mediante testimonio de ese original, incorporándolo a la matriz. Y creo que la palabra «testimonie», que utiliza el legislador, no lo es en un sentido técnico notarial, sino que quede reflejo en la matriz de que se han cumplido esas garantías, bien como hemos indicado incorporando el original del documento acreditativo o bien realizando un testimonio notarial del mismo e incorporándolo a su vez. Por la dicción del texto no valdría el que el notario diga que existe ese documento. Podría utilizarse, en mi opinión, la transcripción del documento en el propio texto de la matriz, indicando el notario que en lo omitido no hay nada que altere, restrinja o modifique el sentido de lo inserto.

Como indicamos anteriormente, en relación al ámbito temporal de la Ley, para aplicar el artículo 20 de la misma en relación a las declaraciones de obra

nueva, habrá que examinar si la licencia se ha solicitado antes o después de la entrada en vigor de la Ley que en este aspecto lo fue el 6 de mayo de 2000. Como ya indicamos anteriormente también, habrá que fijarse en esa fecha de la solicitud, teniendo en cuenta que en muchas ocasiones no aparecerá en la concesión de la licencia, la fecha de su solicitud, debiendo entonces el notario, indagar y pedir a los interesados que aporten esa fecha, ya que es esencial para determinar la aplicación o no de este artículo 20, y de la mayor parte de los artículos de la Ley.

Uno de los problemas que se planteaba en relación con el análisis del artículo 20, era el de la interpretación que debía darse a la declaración de obra nueva, es decir, si se aplicaba única y exclusivamente a las declaraciones de obra nueva terminada, o bien a todo tipo de declaraciones de obra nueva, es decir, en construcción y terminadas.

En este sentido se había dicho que «...Las garantías de la edificación a que se refieren los artículos 19 y 20 de la LOE, que se han estudiado para la obra terminada, deben entenderse aplicables también a la obra en construcción: por un lado, porque la Ley no hace distinción entre una u otra declaración de obra nueva; por otra, porque si la finalidad de la Ley, confesada en la E. de M., es evitar el fraude a los adquirentes, tampoco debe distinguirse: la obra nueva en construcción también puede transmitirse y el fraude puede ser aún mayor ante el peligro de que ni siquiera llegue a terminarse. Esto, indudablemente, es así, a la vista de la Ley; pero también es uno de los puntos más conflictivos del sistema que establece... ciertamente los constructores pueden hipotecar sólo el solar, sin declaración de obra nueva y con pacto de extensión de la hipoteca a las edificaciones futuras, pero esta solución no será satisfactoria en todos los casos...» (4).

Esta interpretación extensiva que se había dado por parte de algún sector doctrinal, ha quedado matizada y concretada para las declaraciones de obra nueva terminada en virtud de la Resolución de la DGRN, de 20 de marzo de 2000, que resolvía una consulta de la Asociación de Promotores y Constructores de España, consulta que versaba sobre el artículo 20.1 de la Ley a los efectos de aclararse que dicho precepto se refiere tan sólo a la declaración de obra nueva terminada y no a la obra nueva en construcción. La respuesta del Centro Directivo se basa, entre otros argumentos, en el propio artículo 19.2.b al indicar que «...en las garantías por daños materiales ocasionados por vicios y defectos en la construcción, cuando se prestan mediante un seguro de daños materiales, exige que la prima esté pagada en el momento de la recepción de

(4) AVILA NAVARRO, PEDRO, «La Ley de Ordenación de la Edificación y el Registro», en *La Ley*, núm. 5013, miércoles 15 de marzo de 2000, pág. 2. También de este mismo autor y con el mismo título en el Boletín del Colegio de Registradores de España, núm. 59, abril de 2000, págs. 821 y sigs.

la obra, la cual, a su vez, exige la finalización de la obra, en su totalidad o al menos en la fase completa realizada... Lo cual es coherente con la inexistencia de bien asegurable de daños mientras no existe edificación. Que el artículo 22, párrafo segundo de la Ley 6/1998, de 13 de abril, sobre Régimen de Suelo y Valoraciones, establece como obligatoria la constancia registral de la finalización de la obra, al señalar que el propietario deberá hacer constar la terminación mediante acta notarial que incorporará la certificación de las obras antes mencionadas. Y que la Disposición Adicional primera de la misma Ley deja en vigor y actualiza el sistema de garantía de las cantidades pagadas a cuenta del precio de la vivienda durante su construcción, a que se refiere la Ley 57/1968, de 27 de julio, sobre Percepción de cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas, sin exigir la suscripción de seguro de daños materiales alguno...».

En base a estos argumentos, el Centro Directivo resuelve la consulta en el sentido de que los notarios y registradores de la propiedad tan sólo exigirán la acreditación de la constitución de las garantías a que se refiere el artículo 19 de la Ley, al autorizar o inscribir, respectivamente, las escrituras de declaración de obra nueva terminada y las actas de finalización de obras, y no así en las relativas a las obras nuevas en construcción. No obstante, dice el Centro Directivo que se hará constar al pie del título el carácter obligatorio de la constatación registral de la finalización de la obra, momento en el cual procederá la exigencia de tales garantías. Parece, en una primera lectura, que esta constatación hace referencia a aquello que debe hacer el registrador al practicar la inscripción, pero en nuestra opinión, y como principio general, el notario también deberá advertir en la escritura que la finalización de la obra deberá hacerse constar por medio de acta notarial, e incluso indicando que en ese momento se procederá a la exigencia de la acreditación y su correspondiente testimonio de la constitución de tales garantías.

Como se permite esta circunstancia de la no exigencia en los supuestos de obra nueva en construcción, el propio Centro Directivo, a los efectos de que los terceros tengan la mayor información posible de cómo se encuentra el edificio, en relación a las garantías del artículo 19, establece que: «...En la autorización o inscripción de compraventas, hipotecas y demás negocios jurídicos sobre inmuebles en construcción, los Notarios y Registradores de la Propiedad advertirán expresamente y harán constar al pie del título, respectivamente, la circunstancia de no constar registralmente la finalización de la obra ni la prestación de las garantías legalmente exigidas a los efectos de los artículos 19 y 20.1 y Disposición Adicional segunda de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre...».

En relación con lo anterior, la práctica diaria va a establecer un conjunto de cláusulas que iremos incorporando en las escrituras de declaración de obra nueva, que sigan el tenor de lo que hemos indicado anteriormente a la hora

de comentar la resolución del Centro Directivo. En cuanto a las garantías a las que hemos hecho referencia, puede haber muchas modalidades, así, por ejemplo, se ha indicado como cláusulas a incluir en las escrituras las siguientes: «...manifiesta el compareciente, según interviene, que, pese a ser el destino principal del inmueble el de vivienda, la licencia se solicitó con anterioridad al 6 de mayo de 2000, por lo que de conformidad con lo dispuesto en las DT 1.ª y 4.ª y DA 2.ª y artículo 19 de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación, no es exigible la constitución de garantías. Me justifica la anterioridad de la solicitud de la licencia a la fecha citada... por la mera exhibición de la licencia que ya obra incorporada a esta matriz y que es de fecha anterior. Mediante la exhibición de la solicitud de licencia con su fecha de registro de entrada, de la que obtengo una fotocopia que testimonio que coincide con su original y que incorpora esta matriz... Garantías. Manifiesta el compareciente, según interviene, que siendo el destino principal del inmueble el de vivienda, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 19 de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación, me acredita la constitución del seguro a que se refiere el apartado 1.c) mediante la exhibición de la póliza del mismo de la que obtengo una fotocopia que testimonio que coincide con su original y que incorporo a esta matriz...» (5).

El propio Consejo General del Notariado en la circular 2/2000, de 26 de febrero de 2000, ya entendió, con acierto, que la interpretación literal del párrafo 1 del artículo 20, llevaba a entender que la obra nueva es obra terminada, puesto que en la escritura hay que testimoniar la constitución de garantías cuyo importe depende del costo total, y porque el cómputo de los plazos de responsabilidad y garantía inician su cómputo a partir de la fecha en que se suscriba el acta de recepción o se entienda ésta tácitamente producida, de conformidad con lo establecido en el artículo 6.5 de la Ley.

A continuación, a modo de ejemplo, expondremos algunos modelos de cláusulas a incluir en las escrituras públicas:

a) Declaraciones de obra nueva y actas de fin de obra que recaigan sobre viviendas (cuya licencia se haya solicitado a partir del 6 de mayo de 2000)

A efectos de dar cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 20 de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación, los señores comparecientes me entregan y se incorpora a esta matriz un folio de papel común suscrito por don..., en su calidad de... de la entidad aseguradora..., cuya firma considero legítima por indubitación de la que aparece en su DNI, en que declara la constitución sobre la edificación, objeto de la presente

(5) MICÓ GINER, JAVIER, «Apunte sobre la Ley de Ordenación de la Edificación. Una nueva cláusula en las escrituras de obra nueva», en *La Notaría*, enero de 2000, pág. 64.

escritura, cuyo destino principal es el de vivienda, de la garantía a que se refiere el artículo 19, apartado 1.c) en relación a la Disposición Adicional segunda de la Ley 38/1999, con el alcance, capital mínimo asegurado del 100 por 100 del coste final de la ejecución material de la obra, incluidos los honorarios profesionales, y demás condiciones que fija el citado artículo 19.

b) Declaraciones de obra nueva en construcción sobre viviendas (Licencia solicitada a partir del 6 de mayo de 2000)

Advierto expresamente de la obligación legal de constitución de las garantías a que se refiere el artículo 19 en relación a la Disposición Adicional segunda de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación, para la autorización de la escritura pública de declaración de obra nueva terminada sobre la edificación objeto de la presente.

c) Escrituras de venta, hipotecas y demás negocios jurídicos sobre viviendas cuya obra nueva terminada no haya sido declarada (Licencia solicitada a partir del 6 de mayo de 2000)

Advierto expresamente la circunstancia de no constar declarada la finalización de la obra y de la obligación legal de constitución de las garantías a que se refiere el artículo 19 en relación a la Disposición Adicional segunda de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación, para la autorización de la escritura pública de declaración de obra nueva terminada sobre la edificación objeto de la presente. El incumplimiento de las normas sobre garantías de suscripción obligatoria conforme a la Ley 38/99 implicará la obligación de responder personalmente al obligado a suscribir las garantías.

Uno de los problemas que se plantean a la hora de autorizar la escritura de obra nueva terminada, o del acta de la finalización de la obra, es la de la acreditación de la constitución de las garantías exigidas. El artículo 19 de la Ley establece quiénes tienen la condición de tomador y asegurado, así como el importe mínimo del capital asegurado, y ordena que la prima deberá estar pagada en el momento de la recepción de la obra. Por ello, al utilizar la escritura de obra nueva terminada, o la del acta de finalización de obra, o incluso si es requerido para autorizar la escritura pública de recepción de obra a la que hace referencia el artículo 6 de la Ley, el notario deberá tener en cuenta las cifras de los importes mínimos del capital asegurado, fijados en el artículo 19.5 y que son, respectivamente, el 5, 30 el 100 por 100 del coste final de ejecución, incluidos los honorarios profesionales, según se trate de asegurar los daños previstos en los apartados a), b) y c) del artículo 19.1.

Hay que tener en cuenta la Disposición Adicional 2.^a de la Ley, en virtud de la cual la garantía contra daños materiales a que se refiere el apartado 1.c) del artículo 19, referente al seguro decenal, es exigible a partir de la entrada en vigor de la Ley para edificios cuyo destino principal sea el de vivienda. El Gobierno podrá, por Real Decreto, establecer la obligación de suscribir garantías previstas en los apartados 1.a) y 1.b), para edificios cuyo destino principal sea el de vivienda, así como también extender, en su caso, la obligatoriedad a edificios destinados a cualquier uso distinto del de vivienda.

Por lo tanto, la obligación recogida en el artículo 20, en este momento, sólo lo es para edificios cuyo destino principal sea el de vivienda y referente al seguro de daños materiales o seguro de caución, para garantizar, durante diez años, el resarcimiento de los daños materiales causados en el edificio por vicios o defectos que tengan su origen o afecte a la cimentación, los soportes... y, en general, los que comprometan directamente la resistencia mecánica y estabilidad del edificio. Como indicábamos anteriormente, al notario se le debe acreditar la constitución de las garantías, por el momento las del artículo 19.1.c), con el importe mínimo del capital que ya hemos indicado anteriormente.

El tomador de este seguro y contratante del mismo es el promotor de la obra, al que corresponderá el pago de la prima, aunque puede ocurrir que el promotor y constructor pacten que sea tomador el propio constructor, si bien por cuenta del promotor, en este caso, contratará el seguro el constructor, pagándolo él, pero repercutiendo las primas al promotor en el precio de la obra. Los asegurados serán el propio promotor y los sucesivos adquirentes del edificio, durante el plazo de diez años, y el pago de las primas debe realizarse en el momento de la realización de la obra, y como se ha indicado, aunque se haya pactado alguna dilación en el pago entre el asegurador y el tomador, «...la posición del tercer adquirente de la marca asegurada es muy fuerte, de forma que está asegurado aunque se haya pactado dilación en el pago de la prima... el asegurador ha de pagar al adquirente a su primer requerimiento... el asegurador no puede oponer contra su requerimiento de pago las excepciones que pudiese oponer contra el tomador del seguro... el importe de este seguro ha de ser del 100 por 100 del coste final de ejecución de la obra, incluidos los honorarios de los profesionales que intervengan en la edificación, fundamentalmente arquitectos y aparejadores...» (6).

A la vista de todo lo anterior, el notario deberá comprobar que se cumplen los requisitos del artículo 19, en el supuesto que ya hemos analizado, que es de carácter obligatorio, en cuanto a la constitución de la

(6) RICO MORALES, NICOLÁS, *Entrada en vigor de la Ley de Ordenación de la Edificación*, Centro de Estudios Registrales de Granada, núm. 92, mayo de 2000, págs. 698 y 699.

garantía. Un problema que se nos va a presentar es el de tener una cierta seguridad de que la compañía aseguradora, sociedad, efectivamente tiene la autorización administrativa para actuar en un determinado ramo del seguro, así como que el modelo de póliza utilizado se encuentra homologado administrativamente (7). Otra cuestión será si en la póliza el notario deberá legitimar las firmas, o en su caso, en el certificado que acredite la constitución del seguro, aquí nos encontramos de nuevo con problemas de la práctica diaria, y aunque fuese conveniente el hacerlo, realmente no hay en la Ley un precepto que obligue a ello, aunque podría ser conveniente. Se ha indicado también que «...sería conveniente la comunicación por la Dirección General del Seguro a la Dirección General de los Registros y del Notariado, o directamente en el *Boletín Oficial del Estado*, de un listado general anual de las sociedades con autorización administrativa vigente, al menos de las nacionales. Por el momento, anualmente, el Ministerio de Hacienda, a través de su servicio de publicaciones, relaciona las sociedades que tienen la autorización administrativa vigente para operar en cada clase de seguro, y por lo tanto, figuran en las listas del registro administrativo que se lleva en la Dirección General del Seguro... La eficacia de estas medidas se solapa con la libre prestación de servicios de esta clase de seguros por parte de las compañías comunitarias...» (8).

En el marasmo de requisitos que debe contener el certificado, así como los datos, se ha indicado que «...Deberán contener los siguientes datos respecto de: a) La construcción: identificación: emplazamiento, promotor, descripción suficiente... En su caso, puede bastar con la remisión al acta de recepción... o al acta notarial de fin de obra. Recepción de la obra: por referencia al acta con expresión de su fecha. Coste final de ejecución, incluidos los honorarios profesionales... b) El seguro: clase: de daños o de caución. Garantías cubiertas: al menos por remisión al artículo 19, 1.c) LOE, sin exclusiones. Capital asegurado: mínimo igual al coste final de ejecución. Plazo de vigencia: diez años a contar desde la fecha de recepción. Prima: importe y pago, o expresión del fraccionamiento. Franquicia: máximo el 1 por 100 del capital asegurado por unidad registral, que, a efectos del seguro decenal, se considera el edificio en su totalidad. Tomador del seguro: promotor o constructor por cuenta de aquél. Asegurado: promotor y los sucesivos adquirentes. Asegurador: compañía o entidad aseguradora...» (9).

(7) GARCÍA CONESA, ANTONIO, «Análisis del artículo 20 y concordantes de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación», en el *Boletín del Colegio de Registradores de España*, núm. 57, febrero de 2000, pág. 350.

(8) GARCÍA CONESA, ANTONIO, *ob. cit.*, pág. 350.

(9) GARCÍA CONESA, ANTONIO, *Aplicación del artículo 20 de la Ley de Ordenación de la Edificación*. Folio registral. Centro de Estudios Registrales de Andalucía Oriental, núm. 92, mayo de 2000, pág. 135.

Para completar esta materia y como ya hemos indicado, a fin de poder cumplir con el artículo 20 de la Ley de Edificación, deberá existir una labor de control a efectuar por el notario autorizante de la escritura, que va a exigir, ciertamente, el examen de la póliza o documento contractual de constitución de los correspondientes seguros y, por supuesto, la incorporación a la escritura matriz del testimonio de aquella documentación. En un informe solicitado por la Dirección General de los Registros y del Notariado al Consejo General del Notariado, este último remitió dicho informe en el sentido de que el modelo de certificación o documento a expedir por las entidades aseguradoras debería de tener, al menos, los siguientes datos:

1.º CALIFICACION Y MODALIDAD DE SEGURO: esto es, si se trata de un seguro de daños o un seguro de caución, así como la expresa mención de su carácter de seguro obligatorio de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación, en garantía de daños decenales.

2.º INMUEBLE ASEGURADO: identificación del mismo mediante la constatación de los siguientes datos:

- a) Localización: vía pública, número, etc.
- b) Referencia catastral (si constare, del solar o edificio en su conjunto).
- c) Datos registrales (si constare, del solar o edificio en su conjunto).
- d) Inclusión de un plano de situación del solar o edificio en su conjunto (el cual consta en todo proyecto básico de edificación).

3.º ENTIDAD ASEGURADORA: datos de identificación de la misma, así como su autorización para operar en España.

4.º TOMADOR DEL CONTRATO: datos de su identificación.

5.º ASEGURADO: indicación de quiénes son, según la modalidad de contrato de seguro (promotor y sucesivos adquirentes en el caso de seguro de daños o, sucesivos adquirentes, si es seguro de caución).

6.º DURACION DEL CONTRATO: con expresión de la fecha inicial de cobertura y la final (diez años).

7.º CAPITAL ASEGURADO: indicación de su cuantía.

8.º FRANQUICIA: expresión, en su caso, del importe.

9.º PRIMA: cuantía y expresión del pago de la misma.

10.º DECLARACION EXPRESA: de que el contrato de seguro certificado se realiza en cumplimiento de la obligación de garantía exigida en la Ley de Ordenación de la Edificación y que su contenido contractual se acomoda a las exigencias y requisitos legales.

Creo que con los anteriores datos puede cumplirse perfectamente la labor de control, a los efectos de lo indicado en la Ley; también, a lo mejor, podría incluirse en esa certificación, una declaración expresa de que la entidad aseguradora está debidamente autorizada.

B) *Cierre del Registro Mercantil*

El artículo 20.2 de la Ley establece que «...Cuando no hayan transcurrido los plazos de prescripción de las acciones a que se refiere el artículo 18, no se cerrará en el Registro Mercantil la hoja abierta al promotor individual ni se inscribirá la liquidación de las sociedades promotoras sin que se acredite previamente al registrador la constitución de las garantías establecidas por esta Ley, en relación con todas y cada una de las edificaciones que hubieran promovido...»

Este número 2 del artículo 20 es un cúmulo de buenas intenciones que se presumen como el valor a los soldados, por parte del legislador, pero que en la práctica tiene un imposible cumplimiento porque es imposible que el registrador mercantil conozca los presupuestos básicos para que no cierre el Registro Mercantil o para que no se inscriba la liquidación de las sociedades promotoras. La intención, como hemos dicho, es buena y parece clara, pero el infierno está lleno de buenas intenciones. Las dificultades para el registrador mercantil son variadas, en primer lugar no acierto a comprender cómo el registrador mercantil puede calcular los plazos de prescripción de las acciones del artículo 18, que son de dos años desde que se produzcan los daños, o desde la firmeza de la resolución judicial. Carece completamente de datos. Tampoco creo que pueda el registrador mercantil conocer y saber cuáles son las sociedades promotoras, porque, como se ha indicado con acierto, «...como no sea por el débil indicio del objeto social: si en la tesis impuesta por la DGRN, el objeto no limita la capacidad y los administradores tienen en el ámbito exterior un poder de representación y de actividad ilimitado, puede ocurrir que una sociedad que tenga por objeto la promoción de edificios no haya promovido nunca ninguno y se haya dedicado a otras actividades, como puede ocurrir también que una sociedad con un objeto extraño a la construcción haya promovido varios edificios. Y, aún sabiendo qué sociedades han promovido edificaciones, el registrador mercantil no puede saber de qué edificaciones se trata...» (10). Por último, también y como cuestión de pura lógica, quedan otro conjunto de empresarios individuales no inscritos y otras entidades no sujetas a inscripción en el Registro Mercantil, que no tienen control de ningún tipo, aunque presumiéramos que las otras si pueden ser controladas.

(10) AVILA NAVARRO, PEDRO, *ob. cit.*, pág. 2.

QUINTO.—OTRAS CUESTIONES

A) *El derecho de reversión*

La Disposición Adicional quinta de la Ley regula el derecho de reversión dando nueva redacción a los artículos 54 y 55 de la Ley de Expropiación Forzosa, de 16 de diciembre de 1954. En concreto, el artículo 54 regula ese derecho de reversión en favor del expropiado para el supuesto en que no se cumplan los fines de la expropiación. En estos casos por no ejecutarse la obra o no establecerse el servicio que motivó la expropiación, el primitivo dueño o sus causahabientes podrán recobrar la totalidad o la parte sobrante de lo expropiado mediante el abono a quien fuera su titular de la indemnización que se determina en el artículo siguiente, que es el 55, y que también tiene nueva redacción. Este derecho de reversión está en el propio artículo 54.1, contemplado en la Ley, y por lo tanto, con una publicidad frente a todos; no obstante, en el número 5 del artículo 54 se exige esa constancia y esa necesidad de su inscripción para poder ser oponible a terceros adquirentes. El número 5 del artículo 54 establece que «...en las inscripciones en el Registro de la Propiedad del dominio y demás derechos reales sobre bienes inmuebles adquiridos por expropiación forzosa, se hará constar el derecho preferente de los reversionistas frente a terceros posibles adquirentes para recuperar el bien o derecho expropiados, de acuerdo con lo dispuesto en este artículo y en el siguiente, sin cuya constancia registral el derecho de reversión no será oponible a los terceros adquirentes que hayan inscrito los títulos de sus respectivos derechos conforme a lo previsto en la Ley Hipotecaria...».

Como comentario a este artículo, AVILA NAVARRO indica con claridad que: «...No dice si el Registro debe actuar de oficio o a instancia del interesado; lo primero es contrario a la técnica registral usual, donde el principio de rogación excluye la actuación no rogada del registrador; lo segundo frustraría con frecuencia el derecho porque la expropiación no suele inscribirse a instancia del expropiado, sino del expropiante o del beneficiario, poco inclinados, en general, a asegurar el derecho de aquél. Por estas últimas razones quizá debiera entenderse que la actuación del registrador debe ser de oficio, apoyada en la exigencia del artículo 54.4 de la LEF; pero bien entendido que el registrador actuará cuando de los documentos presentados para inscribir la expropiación resulte claramente el derecho de reversión y no cuando pueda dudarse si procede o no (por ejemplo, cuando el titular, ante un expediente de expropiación, cede voluntariamente la finca sin reservarse derechos especiales). Y debe entenderse también que si no se hubiera hecho constar el derecho de reversión en la inscripción de la expropiación, podrá hacerse más tarde, a instancia del expropiado, siempre que la finca continúe inscrita a nombre del expropiante o beneficiario; porque si ha pasado a poder de un tercero, éste

está protegido frente a la reversión... La referencia a la Ley Hipotecaria parece en concreto al artículo 32 LH (los títulos de dominio o de otros derechos reales sobre bienes inmuebles que no estén debidamente inscritos o anotados en el Registro de la Propiedad no perjudican a tercero) o al mismo artículo 34 LH, que establece la protección de la fe pública registral con las consabidas cuatro condiciones (adquisición a título oneroso, de buena fe, de persona que en el Registro figure con facultades para transmitir, e inscripción del tercero) cuando se anule o resuelva el derecho del otorgante por virtud de causas que no consten en el Registro... La Ley de Ordenación de la Edificación quiere que este sistema de expropiación sea de aplicación inmediata; y lo excluye del sistema general de *vacatio* del resto de la Ley... entrará en vigor al día siguiente de la publicación... pero, por lo que respecta al derecho de reversión, se ha ido más lejos y se ha dado a la nueva norma, quizá sin pretenderlo, un efecto retroactivo... La reversión no será oponible a un tercero sin inscripción previa; pero sí será ejercitable frente al expropiante o al beneficiario mientras éstos conserven la propiedad de la finca; ellos no son terceros y no están protegidos conforme a lo previsto en la Ley Hipotecaria...» (11).

B) *Las Disposiciones Adicionales, Transitorias y Finales*

La Ley tiene siete Disposiciones Adicionales, dos Transitorias, dos Derogatorias y cuatro Finales. El contenido de las más importantes se ha ido analizando en diversas partes de este trabajo, en aquellos puntos que guardaban relación con alguna de las mismas, por lo que simplemente indicar que la Disposición Adicional primera hace referencia a la percepción de cantidades anticipadas en la edificación por los promotores o gestores, y que dichas cantidades se cubrirán mediante un seguro que indemnice el incumplimiento del contrato en forma análoga a lo dispuesto en la Ley 57/1968, de 27 de julio, sobre percepción de cantidades anticipadas, modificándose en esta Disposición Adicional algunas disposiciones de dicha Ley.

FRANCISCO JAVIER GARCÍA MÁ
Notario. Letrado Adscrito de la Dirección
General de los Registros y del Notariado

JOSÉ ALBERTO MARTÍN VIDAL
Notario

(11) AVILA NAVARRO, PEDRO, *ob. cit.*, pág. 2.

El derecho de vuelo en nuestro Ordenamiento (Consideraciones a propósito de unas recientes resoluciones)

SUMARIO: 1. INTRODUCCION.—2. POSIBILIDAD.—3. SU CONSTITUCION:
A) EL DERECHO REAL COSA PROPIA. B) EL DERECHO REAL SOBRE COSA FUTURA.
—4. DETERMINACION DEL DERECHO.—5. ACCESO AL REGISTRO.

1. INTRODUCCION

El presente estudio tiene por objeto el llamado derecho de vuelo. Y viene motivado por la lectura comparativa de dos casos de este tipo que se han producido muy recientemente. Nos estamos refiriendo a los supuestos contemplados en la Resolución de la DGRN, de fecha 29 de abril de 1999, y en la STS, de 10 de mayo de ese mismo año. De ellas resulta destacable, lo primero y más inmediato, la diferente solución que en cada una se sostiene. Pero también, y sobre todo, el defectuoso entendimiento de la figura que de las mismas se desprende que entre nosotros existe hoy, que es el que determina las vacilaciones y los equívocos que a la hora de su tratamiento se advierten. Esto creemos que justifica el que le dediquemos las siguientes reflexiones.

No pretendemos aquí, sin embargo, proceder a un estricto comentario de las referidas sentencia y Resolución, sino más bien, con base en ellas, esbozar las líneas fundamentales del tratamiento jurídico que al citado derecho, a nuestro modo de ver, mejor conviene. Para ello, tocaremos los puntos siguientes: *a)* su posibilidad, tanto en un plano general como en el más concreto de su verificación en un edificio sometido al régimen de propiedad horizontal, que es el que ahora más nos interesa; *b)* su forma y momento de constitución; *c)* su determinación, esto es, los límites o contornos con que este derecho debe ser

establecido; d) finalmente, la eficacia que al mismo corresponde atribuir o reconocer, lo que es lo mismo que plantear el tema de su acceso al Registro.

2. POSIBILIDAD

¿Es éste un derecho posible, viable, en nuestro Ordenamiento actual? Antes de contestar a ello, creemos conveniente esbozar el concepto de este derecho del que aquí partimos.

De entrada, «derecho de vuelo» es una expresión que inmediatamente nos lleva a pensar en algo que se produce en el medio aéreo, y por tanto en un poder jurídico que de una u otra forma nos habilita para operar en él. Esto es correcto, pero resulta demasiado genérico como para tener una idea cabal de a qué nos estamos refiriendo. Considérese a este respecto que la extensión del dominio en sentido vertical, en relación con los inmuebles, decía la concepción clásica, con raíces romanas, que llegaba *usque ad coelos et ad inferos*. Ahí estaría ya comprendido ese «vuelo». Pero ocurre que eso no sería sino una parte del contenido que integra el derecho de propiedad sobre el inmueble, sin consideración jurídica de derecho autónomo por tanto. Y es, precisamente, su entendimiento como derecho propio y distinto el que determina su actual consideración. Un derecho que, siendo autónomo, atribuye a su titular un poder para operar sobre el dicho espacio aéreo, realizando en él obras de construcción o edificación, y además que se apoya sobre la base previa de un edificio, no sobre un solar en sentido estricto. Por eso se habla de derecho de vuelo o, también, de sobreelevar edificaciones (1).

Esto dicho, tenemos ya una idea aproximada del fenómeno al que estamos haciendo referencia. La pregunta ahora es la siguiente: ¿es posible este derecho en nuestro Ordenamiento? En términos generales la respuesta es afirmativa, sin perjuicio de que su regulación positiva sea entre nosotros (relativamente) reciente: a partir del Decreto 393/1959, de 17 de marzo, por el que se modificaron determinados artículos del Reglamento Hipotecario. En concreto, el precepto que aquí nos interesa es su artículo 16, en el que se lee lo siguiente: «1.º Para su eficaz constitución deberá inscribirse a favor del superficiario el derecho de construir edificios en suelo ajeno y el de levantar nuevas construcciones sobre el vuelo o efectuarlas bajo el suelo de fundos ajenos. (...) 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 inscri-

(1) Sin perjuicio de lo dicho, conviene advertir aquí que ése es un razonamiento que hoy se extiende y se predica igual del subsuelo.

bible conforme a las normas de número tercero [hoy cuarto] del artículo 8 de la Ley y sus concordantes (...)».

A su vista, ahora bien, y cuando se presente combinado con el régimen de Propiedad Horizontal, se ha pensado que cabe advertir un obstáculo para su admisibilidad, cifrado en la contradicción en que incurriría ese precepto reglamentario con el artículo 396 del Código Civil (2). Y es que, ateniéndonos a la letra, resulta que para aquél el vuelo puede ser objeto de aprovechamiento privativo, mientras que para éste es elemento común, que por tanto no podría desligarse de la titularidad de los pisos ni ser objeto de consideración autónoma. Y esta contradicción entre ambos preceptos, así planteada, se dice que debe ser siempre resuelta en favor del segundo, a la luz tanto del criterio de jerarquía normativa —Ley frente a Reglamento— como de fecha o tiempo —la actual redacción del citado art. 396 del Código Civil es obra de la Ley de Propiedad Horizontal, de 21 de julio de 1960 (3), mientras que el RH es de 1959—. De esto se quiere extraer como consecuencia que, al menos en el marco de la propiedad horizontal, el derecho de vuelo no resulta hoy viable entre nosotros. Esta solución, sin embargo, no parece aceptable, con sólo pensar que supondría excluir un fenómeno que se presenta con cierta habitualidad en la vida actual y además, y sobre todo, que responde a un interés perfectamente plausible. Repárese, en este sentido, que la adquisición de vivienda constituye una operación muy importante, desde el punto de vista económico, para una gran parte de la población, que lleva a acudir a vías diversas, en función de cuál sea en cada caso la más conveniente, y que una de esas posibles vías consiste en la construcción de nuevas plantas sobre edificios ya existentes y sometidos al régimen de la Propiedad Horizontal, de tal modo que participen de las ventajas de ésta. ¿Cómo puede, entonces, salvarse aquella aparente contradicción? La solución no es difícil, y hoy hay coincidencia, al menos relativa, en ella (4): entendiendo que, dentro de esa serie de elementos que el artículo 396 del Código Civil relaciona, y que califica de comunes, unos lo son por naturaleza mientras que

(2) Así, precisamente, la STS de 10 de mayo de 1999, a la que hacíamos referencia al inicio de este estudio (la comenta, en tono crítico, MARÍA DEL CARMEN GONZÁLEZ CARRASCO, *CCJC*, núm. 51, septiembre-diciembre de 1999). Vid. F. D.º 2.º, 3.º, 5.º y 6.º, aunque a tenor de lo que se dice en el F. D.º 7.º quede la duda de si lo anterior tiene carácter de *ratio decidendi* o de mero *obiter dictum*. Lo alegaba también el Registrador, en el informe en defensa de su nota, en el caso planteado y resuelto en la Resolución de 7 de abril de 1970.

(3) El artículo 396 del Código Civil, en la redacción dada por la Ley de 26 de octubre de 1939, no mencionaba al vuelo entre los elementos comunes.

(4) FRANCISCO ESCRIVÁ DE ROMANI, «Lo imperativo y lo dispositivo en la propiedad horizontal», en *RCDI*, 1967, pág. 1249; VICENTE FONT BOIX, «El derecho de vuelo y el de superficie. Especial referencia a sus relaciones con la propiedad horizontal», en *RDN*, julio-diciembre de 1967, págs. 48 y sigs.; ANTONIO SOTO BISQUERT, «El derecho de vuelo», en *RCDI*, 1967, nota 26.

otros lo son por destino, y que si bien los primeros llevan impreso ese carácter de forma indeleble, no ocurre igual con los segundos, en relación con los cuales la autonomía privada tiene cierta capacidad de decisión. Pues bien, resulta así que el «vuelo» es elemento que pertenece al segundo de los tipos dichos, lo que excluye la dificultad apuntada, pues esto significará que previamente habrá quedado desafectado de tal función. En este sentido, y abundando en lo dicho, creemos que es importante distinguir entre «cubierta» y «vuelo» de los edificios, pues a la primera ciertamente parece convenir la idea de «común por naturaleza», pero no puede decirse lo mismo del segundo (5). No hay, por tanto, razones que impidan admitir que el propietario o los propietarios de un edificio puedan separar, del conjunto de facultades que integran su dominio, un poder sobre ese «vuelo», lo constituyan en derecho autónomo y lo transmitan a tercero.

Esto dicho, y admitida ya la posibilidad en nuestro Ordenamiento de este derecho sobre el vuelo, conviene ahora hacer algunas precisiones para clarificar su concreta configuración. ¿Cuál es su naturaleza jurídica? La doctrina ha apuntado diversas explicaciones:

- a) Que se trata de un derecho de propiedad del espacio aéreo que existe sobre un inmueble con construcción realizada o proyectada, perteneciente a distinto titular, y en régimen de propiedad horizontal (ya existente o, al menos, previsto para cuando se ejercite el referido derecho de sobreelevación) (6).
- b) Que se trata de un poder de hacer surgir, o modificar si ya existe, el régimen de propiedad horizontal sobre el edificio en que aquél se apoya. En este sentido se dice que, aunque en los primeros momentos se presenta bajo la apariencia de un *ius in re aliena*, esto no responde sin embargo a su más auténtica realidad, ya que el derecho a sobre-elevar, al ejercitarse, se transforma y diluye en el de propiedad horizontal. En definitiva, se trataría de un caso de concurrencia de titularidades jurídico-reales sobre un edificio (7).

(5) ANTONIO VENTURA-TRAVERSEY Y GONZÁLEZ (*Derecho de Propiedad Horizontal*, 5.^a ed., Barcelona, 1992, pág. 101), por su parte, hace aquí una distinción entre vuelo —siempre elemento común— y espacio aéreo concreto —susceptible de ser objeto de propiedad privativa—, que aunque permite llegar en este punto a un resultado parecido, no la consideramos aceptable, por lo que más adelante se dirá en el texto.

(6) SOTO BISQUERT, *op. cit.*, págs. 927 y sigs. Parte este autor de la consideración de que, en nuestro Derecho, la accesión tiene sólo dos excepciones: el derecho de superficie y la propiedad horizontal, y por tanto que el derecho de vuelo, «al no encajar en el primero, necesariamente debe incluirse en el segundo supuesto: propiedad horizontal, pero propiedad en definitiva».

(7) BUENAVENTURA CAMY SÁNCHEZ-CAÑETE, *Comentarios a la legislación hipotecaria*, I, Granada, 1969, págs. 367 y sigs. Este autor emplea para este caso la denominación

- c) Se ha sostenido también que, para la correcta configuración de este derecho, es oportuno distinguir en su operatividad una doble fase: una primera, cuya esencia se cifra en facultar a su titular para realizar una construcción —sobreelevación— en edificio ajeno; y después, una vez realizada la anterior, en el sometimiento de ésta a un mismo régimen —el de la propiedad horizontal— junto con la edificación preexistente, con la que pasa a formar una unidad orgánica. La primera fase tendría pues una naturaleza medial, orientada a la segunda, que podría calificarse de plenitud (8).

Esta última explicación, a nuestro modo de ver, es la más correcta. Hablar, como hace la primera, de un derecho de propiedad sobre el espacio aéreo, nos parece —aun reconociendo que la corporalidad del objeto no es hoy un requisito tan absoluto como lo fue en otros tiempos— que es excesivo, sobre todo teniendo presente que existen otras vías para alcanzar ese resultado, y que son más naturales. Y la explicación apuntada sub b), aunque atendible en su idea de fondo, resulta sin embargo poco clara en su formulación técnica: si se trata de derecho real y no lo es en cosa ajena, por fuerza ha de serlo entonces de propiedad. Pero, ¿desde el principio, desde el mismo momento de su constitución? Esto no parece posible, y el mismo autor que sostiene esta explicación admite que la propiedad horizontal es el resultado al que se llega cuando el derecho a sobreelevar se ejercita. Y entonces, ¿qué es éste, hasta que se ejercita? Esto no se aclara.

Por lo dicho, repetimos, la más correcta configuración de este derecho pensamos que es la expuesta sub c). Tal como ha sido apuntada, sin embargo, nos parece que dice poco de la primera de las dos fases que comprende, y aclarar y explicar bien ésta creemos que es necesario, ya que es ella precisamente la que centra nuestras consideraciones en este momento.

En este sentido, y de entrada, cabe decir que ese poder para sobreelevar, a tenor de lo dispuesto en el propio artículo 16 RH, admite dos variantes, que pueden calificarse de *superficiaria*, la del párrafo 1.º, y de *no superficiaria* (por emplear ahora un término genérico) la del 2.º Las diferencias más destacadas entre una y otra son las siguientes (9):

«derecho de construir nuevas plantas en un edificio», distinguiéndolo del derecho de vuelo, que reserva para el que recae sobre fincas rústicas (art. 30.3 RH).

(8) RAMÓN MARÍA ROCA SASTRE, *Suplemento al Derecho Hipotecario*, Barcelona, ed. 1960, pág. 28; hoy en la 8.ª ed. de su *Derecho Hipotecario*, Barcelona, 1997, t. V, pág. 509 y sigs. FONT BOIX, *op. cit.*, págs. 50 y sigs. También puede incluirse aquí a RAMÓN DE LA RICA Y ARENAL, que habla de un derecho real potencial, en tanto que legitima para la construcción a que tiende, pero que si ésta no se llega a realizar queda vacío de contenido (*Comentarios a la reforma del Reglamento Hipotecario*, Madrid, 1959, pág. 38).

(9) Vid. FONT BOIX, *op. cit.*, págs. 38 y sigs. También la Resolución de 5-2-1986.

En primer lugar, la diferente relación que en esos dos casos existe entre el suelo o el edificio y el vuelo. El derecho de superficie, por hipótesis, significa distinguir las propiedades de uno y otro plano, que permanecen separados. De esta forma resulta que el concedente se reserva, en plenitud y con exclusividad, la propiedad del suelo y del edificio ya construido o en construcción, mientras que el superficiario, aunque también con exclusividad, adquirirá sólo aquello que efectivamente edifique en su día, a resultas del ejercicio del derecho de sobreelevar. En la modalidad no superficiaria las cosas ocurren de manera distinta. Aquí esa separación de planos no existe, de modo que, cuando el titular haga uso de su derecho de vuelo, lo que por tal concepto construya, pasa a integrarse en el edificio ya existente. Por eso se dice que su constitución y transmisión a tercero debe ir siempre acompañada de la cesión de una cuota parte de los elementos comunes del dicho edificio (10). Y por eso se dice también que la relación entre el derecho de vuelo (o de sobreelevación no superficiaria) y la Propiedad Horizontal es tan estrecha: porque el primero, para ser tal, ha de orientarse y terminar forzosamente en la segunda (11).

El segundo dato de distinción viene dado por la faceta temporal, pues mientras que en la modalidad superficiaria el derecho sobre lo construido resulta limitado en el tiempo, en el supuesto del derecho de vuelo la situación resultante de su ejercicio es tendencialmente perpetua.

Nuestro caso, evidentemente, es el segundo, y a él es al que denominaremos derecho de vuelo, de sobreedificar o de sobreelevar edificaciones. Pero, además de conceptuarlo negativamente —como modalidad no superficiaria—(12), conviene hacerlo también en términos positivos. Y en este sentido creemos cabe decir que el derecho de vuelo es un derecho de naturaleza real, que en su fase inicial recae sobre finca ajena (un edificio), y cuyo significado es facultar a su titular para construir sobre él uno o varios pisos o plantas, que se integrarán en lo ya construido en un régimen de propiedad horizontal, de forma que la propiedad de esos nuevos pisos, que le corresponde en exclusiva, llevará aneja la copropiedad de todas las partes del edificio resultante que sean necesarias para el adecuado uso y disfrute de aquéllos (13). Y lo mismo hay que decir de los propietarios de pisos o locales preexistentes, ya que su derecho sobre los elementos comunes se verá modi-

(10) La STS de 14-3-1968 parece no coincidir en esto, por lo que cabe dudar si se trata de un verdadero y propio derecho de vuelo, o más bien de superficie.

(11) FONT BOIX, *op. cit.*, págs. 50 y sigs.; ROCA SASTRE, *Derecho Hipotecario*, cit., V, pág. 509. Vid., también, la Ley 439 de la Compilación navarra.

(12) Aunque JUAN V. FUENTES LOJO entiende que se trata de un derecho de superficie, sustancialmente semejante al considerado en el párrafo 1.º del artículo 16 RH, salvo por lo que hace a su duración temporal (*Suma de la propiedad por apartamentos*, Barcelona, 1964, pág. 603). Semejante parece ser la idea de fondo de VENTURA-TRAVERSE, *Derecho de edificación sobre finca ajena y propiedad horizontal*, Barcelona, 1963.

(13) En sentido parecido, FONT BOIX, *op. cit.*, pág. 11.

ficado en su objeto al comprender partes nuevas. Inicialmente es pues un derecho real limitado, que al ejercitarse se convierte y disuelve en una situación de propiedad horizontal.

3. SU CONSTITUCION

Es ésta una cuestión que en términos generales no plantea dificultades. Como la gran mayoría de los derechos reales, se puede decir que su constitución se sujeta al sistema del título y el modo (aunque este último, por el modo de ser del supuesto, adopte siempre o casi siempre la modalidad instrumental del art. 1.462.2 del Código Civil). Y no está sometido, al menos con carácter esencial, a requisito alguno de forma (art. 1.278 del Código Civil).

Ahora bien, esto dicho, conviene aquí plantear lo siguiente: ¿cuál es el «lugar» más adecuado para su constitución? Las posibilidades son varias: en un negocio específico con este fin, en el título constitutivo de la propiedad horizontal, o en los estatutos de la comunidad. La realidad muestra con frecuencia casos del tercer tipo, esto es, casos en que nuestro derecho se constituye —normalmente se «reserva»— y se refleja como un artículo más de los estatutos (14). A nuestro entender, sin embargo, no es éste el sitio más adecuado. Los Estatutos, contemplados en la Ley de Propiedad Horizontal en su artículo 5, además de no ser estrictamente necesarios, son un conjunto de normas que miran a regular el uso y la recta administración del edificio. No tiene ahí pues encaje, de forma natural, la constitución de nuestro derecho de vuelo. Su lugar propio creemos es el título constitutivo de la propiedad horizontal, que es el negocio que imprime este destino al edificio, con la peculiaridad de que en nuestro caso vendrá modalizado por la concurrencia de un derecho de sobreelevación que se sustrae a lo común, a que en principio pertenecería (15). Aunque no hay necesidad de que el establecimiento del derecho se produzca desde el primer momento. Esto puede suceder posteriormente, en un negocio específico para ello, si bien entonces, puesto que afecta al título constitutivo, conllevará modificar éste, exigiéndose los oportunos requisitos de quorum.

Con lo dicho queda expuesta la cuestión en sus líneas generales. Quedan por considerar, ahora bien, las dos principales dificultades con que puede encontrarse esa constitución, que aunque no tienen carácter necesario resultan muy habituales en la praxis. A saber: *a)* la posibilidad o no, en nuestro Derecho, de constituir un derecho (real limitado) en cosa propia; *b)* la posibilidad o no de constituir este tipo de derecho (de vuelo) sobre un edificio todavía no exis-

(14) Vid. Resoluciones de 7-4-1970 y 29-4-1999.

(15) Vid. *infra*, págs. 14-15.

tente sino futuro. Se trata de cuestiones que, aunque pueden presentarse conjuntamente, son en todo caso susceptibles de ser estudiadas individualmente. Esto creemos que facilita la tarea, y así lo hacemos a continuación.

A) EL DERECHO REAL EN COSA PROPIA

Es esta cuestión que no se plantea a nivel de regulación positiva —pues el art. 16.2 RH contempla sólo los casos de que el constituyente del vuelo, o bien enajene el todo o parte de la finca, quedándose con el derecho (*deductio*), o bien transmita este derecho a un tercero, quedándose él con la finca (*traslatio*)—, sino de lo que ocurre en la vida diaria, en la que es fácil contemplar cómo el propietario de un edificio, al someterlo al régimen de la propiedad horizontal, pero antes de enajenar los pisos o locales que lo componen, se reserva con frecuencia este derecho. ¿No se produce aquí una situación de concurrencia, en cabeza de un mismo titular, de un derecho de propiedad y de un derecho real limitado como es el de vuelo? ¿No es esto contrario a esa regla que se expresa en el aforismo *nemini res sua servit...*? (16). La respuesta a estas preguntas no parece, en principio, que pueda ser sino forzosamente afirmativa, lo que ha llevado a algún autor a sostener taxativamente que tal posibilidad debe ser «excluida» en nuestro Derecho (17).

Y no es sólo eso, sino que a lo dicho se suma una segunda consideración, que tiene su sede en el marco de la propiedad horizontal —ya sabemos la íntima conexión que hay entre ésta y nuestro derecho de vuelo—, y que parece orientarse en el mismo sentido. Y es que el régimen de la propiedad horizontal, al decir de una opinión muy extendida entre nosotros, exige necesariamente que se dé una situación de pluralidad de titulares (18).

A la vista de lo dicho, cabe preguntar: ¿es esa respuesta negativa inexorable? A nuestro entender, no, al menos con ese tono tan tajante y radical que se emplea. Nos mueven a ello, sobre todo, consideraciones de orden práctico: considérese, por ejemplo, en este sentido, el rodeo absurdo que significa que el propietario de un edificio, que tiene intención de vender los pisos y locales de que éste consta (hay además una vocación objetiva a ese fin) pero reservándose el derecho de vuelo, tenga primero que configurarlo como propiedad horizontal sin la dicha reserva y luego, al llevar a cabo la primera enajenación

(16) Aisladamente, ha habido quien ha defendido la posibilidad de admitir, al menos en casos concretos, la constitución de servidumbre en cosa propia: vid., en este sentido, el dictamen de DE DIEGO publicado en *RDP*, 1917, IV, págs. 167 y sigs.

(17) JOSÉ MARÍA CHICO Y ORTIZ, *Estudios de Derecho Hipotecario*, II, 1994, pág. 943 y sigs.

(18) Vid. la STS de 10-5-1999. También VENTURA-TRAVERSET, *Derecho de propiedad horizontal*, cit., núm. 46 y sigs.

de aquéllos, proceder a la mencionada reserva, teniendo entonces que modificar, al tiempo, todas las cuotas anteriores (19).

En este punto las cosas, y sobre la base de que el Derecho no debe nunca venir predeterminado por fríos planteamientos de índole lógico-formal, sino por la consideración del caso real y su valoración a efectos de justicia y racionalidad, esa posibilidad antes descrita, tenemos que decir que nos parece plausible, al menos en un plano general.

Ahora bien, una cosa es la idea de fondo y otra la concreta construcción técnica a través de la cual se articula la misma. Esta segunda, aun tratándose de una cuestión instrumental, es de suma importancia. Y es, de hecho, el punto donde se encuentra hoy centrada la polémica, pues son varios los expedientes que se han ideado con vista a darle solución (20):

- a) Esperar hasta el momento de la primera enajenación de un piso o local para, simultáneamente, constituir el hasta entonces único propietario junto con ese primer adquirente, el derecho de vuelo. De esta forma se logra la dualidad de partes (aunque su participación en el edificio pueda ser desigual) y se puede constituir ya ese derecho de sobreelevación, con lo que la cuestión queda resuelta, pues los restantes pisos y locales, que el propietario inicial puede enajenar posteriormente, irán gravados ya con el mismo (21).
- b) A través del cauce previsto en el artículo 541 del Código Civil, dándole una operatividad más amplia que aquélla en que su letra está pensando, aunque sea a costa de forzar ésta algo. En este sentido se dice que, al igual que en otros casos ha sucedido (se suele hacer referencia a la *traditio*), en el nuestro ese signo al que se hace referencia en el artículo 541 del Código Civil podría perder su componente físico o material tradicional y así, espiritualizándose, podría terminar desembocando en una simple escritura pública (por ejemplo, aquélla en que se documente el título constitutivo de la propiedad horizontal). De esta forma, y teniendo en cuenta que el derecho en cuestión no surge hasta que no tiene lugar la primera enajenación de un piso o local, la dificultad condensada en el *nemini res sua servit iure servitutis* queda superada, y el propietario tiene en sus manos un

(19) Así lo pone de relieve SOTO BISQUERT, *op. cit.*, pág. 935 y sigs.

(20) Sobre todo se han elaborado pensando en el derecho de servidumbre, pero el razonamiento y los argumentos pensamos que cabe aplicarlos igualmente a nuestro caso. Vid., un elenco en FRANCISCO JORDANO FRAGA, «Prehorizontalidad y servidumbre de propietario», en *RDN*, 1981, págs. 218 y sigs.

(21) Así lo sostiene, para el caso de las servidumbres, ROCA SASTRE, «La servidumbre predial como cauce adecuado del acceso registral de limitaciones privadas urbanísticas», Ponencia para el Congreso de Derecho Registral, Madrid, 1961, en *Estudios varios*, Madrid, 1988, pág. 144.

instrumento legal que le permite organizar su propiedad y satisfacer así sus intereses en ese sentido (22).

- c) Teoría de la condición o de la *conditio iuris*. En la Resolución de 21-10-1980, Cdo. 5.º, se adopta y expone esta idea con claridad (aunque en relación con el derecho de servidumbre que el todavía único propietario pretende establecer entre los pisos o locales que integran el edificio, aprovechando la ocasión que le brinda el otorgamiento del título constitutivo de la propiedad horizontal): «...el primer obstáculo que podría oponerse a la servidumbre que se pretende inscribir sería el derivado del principio romano *nulli res sua servit*, que aparece recogido en el artículo 530 del Código Civil, al exigir que pertenezcan a distintos dueños las fincas dominante y sirviente, por lo que al no haber más que un solo propietario faltaría el requisito fundamental requerido en este precepto legal, pero este obstáculo resulta salvado al constituirse las servidumbres discutidas bajo la condición suspensiva de que nazcan cuando un tercero adquiriera alguna de las fincas registrales que van a ir surgiendo de la principal, por permitir su inscripción los artículos 9-2.º LH y 51-6.º RH» (23).
- d) Constitución por voluntad unilateral del (por el momento) único propietario (24). En este grupo puede incluirse la construcción sostenida (en relación con servidumbres) por MACHADO, quien, aun sin llegar a proclamar abiertamente que el resultado sea obra de la voluntad unilateral del dueño del predio sirviente, afirma que esta voluntad es la que tiene carácter principal, ya que es en ella donde radica la energía dispositiva, y que la del titular del fundo dominante, aun siendo necesaria, más que a la constitución atiende a la adquisición de ese derecho (25).

(22) Así lo hace la DGRN en su Resolución de fecha 21-10-1980, Cdo. 6.º También JOSÉ BONET CORREA, «La servidumbre a favor de edificio futuro y la adquisición de apartamentos en el edificio por construir», en *RDN*, 1961-II, págs. 263 y sigs. Lo sostiene también ROCA SASTRE, a pesar de lo dicho en la nota anterior, cuando se trata del derecho de vuelo: *Derecho Hipotecario*, t. III, pág. 360; t. V, pág. 508. Esta misma es la solución que defiende, en relación con el derecho de servidumbre, JORDANO FRAGA, *op. cit.*, págs. 172 y sigs., 189 y sigs., y 218 y sigs.

(23) Al margen de lo acertado o no de la explicación, lo que en todo caso resulta difícil de entender es que la Resolución citada (de 21-10-1980) involucre juntamente esos dos expedientes: el del recurso al artículo 541 del Código Civil, considerado inmediatamente antes, y el de la constitución condicionada, que emplea ahora.

(24) Esta tesis ha encontrado acogida —aunque, de nuevo, en relación con las servidumbres— en el Derecho suizo y en el Tribunal Supremo alemán.

(25) J. MACHADO CARPENTER, «Servidumbre en beneficio de edificio futuro y la adquisición de apartamentos en el edificio por construir», en *Estudios de Derecho privado*, dir. por A. DE LA ESPERANZA MARTÍNEZ RADIO, Madrid, 1965, págs. 406 y sigs., y 419 y sigs.

Ninguna de estas explicaciones, sin embargo, nos parece del todo satisfactoria ni correcta.

La primera, porque en realidad significa impedir la constitución y adquisición de ese derecho hasta el último momento (el de la enajenación de un piso o local), y esto no siempre permite dar respuesta a las necesidades y circunstancias de la vida diaria. Considérese, por ejemplo —aunque con esto involucramos la cuestión de que se trate de un edificio todavía no terminado—, que el propietario del suelo asume personalmente la construcción del mismo, y que para ello necesita obtener un crédito. ¿Acaso no variará la hipoteca que en garantía de la devolución de aquél se constituya, en función de cómo venga descrito ese edificio: con o sin derecho de vuelo? Y esto tanto si se tratara de gravar alguno o algunos de los elementos privativos que integran aquél, de distribuir entre los diversos departamentos del mismo la concreta responsabilidad hipotecaria, o de gravar el edificio en su conjunto. Así planteado, es fácil entender que el admitir o no que el derecho de vuelo esté constituido y pueda ser inscrito *ab initio* tiene carácter decisivo por las distintas consecuencias que de ello derivan.

La segunda porque, cuando se dé el caso, incurre en las mismas dificultades que se han señalado a la explicación anterior, y porque no encaja con facilidad y de forma natural en nuestro supuesto —la sustitución del signo aparente físico por la escritura pública es una licencia más modificativa que interpretativa, para la que no hay base legal (26)— siendo así además que existen otras vías más adecuadas para ello.

Otro tanto cabe decir de la tercera. Sobre la base de las dos categorías que en tema de requisitos de eficacia del negocio se distinguen —condición y *conditio iuris*—, según vengan establecidas por voluntad de las partes o por disposición de ley, nótese que ninguna conviene enteramente a nuestro caso: desde luego no la primera, pues los particulares no suelen hacer previsión en este sentido, pero tampoco la segunda (que sería la más plausible, por razón del interés tutelado), pues no existe tal disposición. Esto último hay que admitir que se podría solventar, por la vía de considerar que es algo inherente o consustancial a la propia naturaleza de las cosas, y por tanto directamente extraíble de ella, en defecto de norma expresa. Pero, aun así, y sin tener que profundizar aquí en esta cuestión, no pueden tampoco ignorarse las dificultades que esa falta supone, sobre todo si existen otras posibilidades que además encajan mejor con las características del caso. Esto último es importante, pues no puede olvidarse, en este sentido, que estamos claramente inmersos en el ámbito de lo negocial, lo que es tanto como decir allí donde la voluntad del sujeto o los sujetos actuantes tiene un valor fundamental como principio y

(26) Así lo reconoce JORDANO FRAGA, *op. cit.*, pág. 191.

guía a seguir, mientras no colisione con otros intereses igualmente legítimos. Y esa voluntad, en el caso, es incuestionable que no considera el venir sometida a un condicionamiento de eficacia.

La cuarta, porque choca con dos obstáculos de peso. De un lado, con la regla contenida en la tan repetida máxima «*nemini res sua servit...*», pues ésta sería la situación en que inexorablemente se desembocaría. Y del otro, en principio y tal como ha sido apuntada esta explicación, sin más matizaciones, porque parece traer a colación el discutido tema de los negocios jurídicos unilaterales, en relación con el cual hemos de decir que, si bien a la voluntad de un solo sujeto ha de reconocérsele operatividad para crear obligaciones a su cargo y en favor de otro, no la tendría sin embargo para crear derechos a su propio favor, como ocurriría aquí (27).

Pero esto no es óbice para que pensemos que, con las debidas matizaciones, esa última construcción puede servir a nuestro propósito. Adviértase así que la reserva del derecho de vuelo se intenta establecer en el marco de un régimen de propiedad horizontal. Que es cierto que aquél, al igual que éste, sólo tiene plena justificación en una situación de pluralidad de titulares. Pero que, aun no siendo esto así momentáneamente, tanto aquél como éste no suponen siempre y necesariamente un absurdo ni un capricho injustificado, sino que responden (pueden responder al menos) a necesidades y razones atendibles. Por esto, y porque hay expedientes constructivos que permiten explicarlo convenientemente, creemos que, cuando se dé el caso, debe admitirse la posibilidad de constituirlos por el que todavía es propietario único del edificio, antes de proceder a la enajenación de sus pisos o locales. Considérese, en este sentido, que la situación que a resultas de la dicha reserva se produce, cumple en cierto modo con el requisito de pluralidad de titulares que en principio se exige, pues a ello resulta parangonable la situación de pluralidad de intereses que del establecimiento del régimen de propiedad horizontal y de la reserva de dicho derecho se deriva. Es cierto, repetimos, que tanto uno como otro encuentran su sentido pleno en una situación de pluralidad actual de titulares, pero también creemos lo es que nada obsta a admitir su eventual constitución por el propietario único, cuando haya un interés legítimo que lo justifique, quedando momentáneamente supeditadas o condicionadas (esta expresión debe entenderse en sentido no técnico) (28) en su defini-

(27) Sobre esto puede verse nuestro trabajo *Promesas unilaterales y donaciones (La promesa unilateral y su aplicación a las atribuciones gratuitas en el Derecho español)*, Madrid, 1998.

(28) Hacemos esta matización porque, en sentido propio o técnico, la condición es una determinación accesorio de la voluntad, un requisito de eficacia que las partes adicionan voluntariamente al negocio, y por tanto que igual puede existir que faltar. Esto no es posible mantenerlo en nuestro caso, en el que la aparición de una pluralidad de titulares es circunstancia inherente a la propia esencia del supuesto, y por tanto de concurrencia

tiva eficacia u operatividad a que se produzca la dicha situación de pluralidad de titulares, a la que hay además una natural vocación por parte de ambos (29). Y no es necesario aquí extenderse en digresiones sobre la naturaleza jurídica de ese requisito de definitiva y plena eficacia. Nos basta con atender al modo en que las cosas se producen en la vida diaria, y apreciar su atendibilidad y su encaje en un expediente constructivo lógico, sin tener que profundizar ahora sobre esas cuestiones de calificación.

Sí resulta útil, en cambio, detenerse, aunque sea muy brevemente, a valorar y calificar la naturaleza jurídica del negocio que constituye el título constitutivo de la propiedad horizontal. En este sentido, podemos apuntar que la calificación que a nuestro entender mejor refleja su esencia es la de negocio de configuración o destinación (30). Negocio obligacional no lo es ciertamente. Dispositivo no parece tampoco que le cuadre bien, pues aunque de hecho, en la vida diaria, puedan darse simultáneamente y recogerse en el mismo documento la constitución de la propiedad horizontal y la reserva del derecho de vuelo, y la enajenación a tercero de un piso o local o del derecho de vuelo, no necesariamente ha de ser así. Y declarativo tampoco es, pues esto lleva implícita la idea de proyectarse sobre algo que ya existe previamente, lo que no necesariamente ha de ser así en nuestro caso. Lo que hay es pues un acto de configuración voluntaria del estatuto de un edificio, un acto que viene a imprimirle un destino determinado, sometiéndolo a un régimen de comunidad funcional, que en el caso viene modalizado por la concurrencia de un derecho de sobreelevación que se sustrae de lo común, a que en principio pertenecería (31).

B) EL DERECHO REAL SOBRE COSA FUTURA

Es otra de las dificultades importantes que en este tema se pueden plantear. ¿Es concebible pretender constituir un derecho real como es el de sobre-

necesaria. Por ello, posiblemente sería más adecuado hablar de presupuesto de eficacia o de ejercicio del derecho.

(29) Este fue el criterio aplicado en la Resolución de 7 de abril de 1970. Así lo piensa también SOTO BISQUERT, *op. cit.*, pág. 936. Lo mismo, el Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, en el recurso gubernativo que terminó en la Resolución de 6 de noviembre de 1996.

(30) Así también FERNANDO MONET ANTÓN, «Problemas de técnica notarial ante la nueva Ley de Propiedad Horizontal», en *Estudios de Derecho Notarial*, Madrid, 1962, t. I, pág. 273 y sigs.; lo sigue FRANCISCO SOTO NIETO, «El título constitutivo de la Propiedad Horizontal», en el *Libro-homenaje a Ramón María Roca Sastre*, II, Madrid, 1976, pág. 369 y sigs.

(31) Sea lo que sea de la concreta calificación del negocio, lo dicho supone que para la constitución de éste resultan legitimados, o todos los condueños —ya estén en comunidad ordinaria, ya en propiedad horizontal (en cuyo caso se someterán a lo dispuesto en el art. 12 LPH —antes 11—), o también el propietario único del edificio.

elevación, en los supuestos en que se predique de un edificio que, por el momento al menos, no existe? La respuesta negativa se hace presente de forma inmediata, con un fundamento que podría calificarse como de estricta lógica jurídica, y a nivel general incluso: puesto que hablamos de un derecho real, la existencia de una realidad que constituya su objeto, y sobre la que ejercitar los poderes que aquél suponga, es algo inexorable (32). Porque si bien es cierto que para que algo pueda ser objeto de negocio es suficiente con que sea posible, lícito y determinado o determinable, no lo es menos que ese negocio no parece pueda orientarse a una eficacia real sino meramente obligacional: la falta de existencia actual del objeto hace inviable el poder directo e inmediato sobre el mismo en que los derechos reales consisten. En este mismo sentido, pero más concretamente por lo que hace a nuestro caso, se ha dicho —y son palabras de LA RICA, uno de los redactores del Reglamento— que «el derecho a que se refiere el número 2.º del artículo 16 RH sólo se ha concebido sobre edificaciones ya construidas o en construcción» (33). En suma: que el derecho real de vuelo presupone la previa existencia de un edificio (34).

El planteamiento expuesto, sin embargo, no es actualmente pacífico, ni siquiera mayoritario en la doctrina. Y no lo es porque la lógica a que responde, fría y estricta, no es la que rige la vida real de hoy, ni la que permite dar la respuesta más satisfactoria a las necesidades que ésta plantea. Considérese en este sentido el supuesto ya planteado en un momento anterior, y que con mucha frecuencia ocurre en nuestro caso: que el propietario del solar, que pretende llevar a cabo la construcción del edificio a la vez que reservarse el derecho para una eventual y futura sobreelevación, obtiene la financiación necesaria para ello de terceros (de un prestamista, o de los propios compradores de los pisos o locales que en su momento integrarán aquél mediante cantidades satisfechas a cuenta).

Lo dicho exige, claro está, que la operación se encuentre perfectamente definida en todos sus elementos, lo que evidentemente comprende también el

(32) Así se deriva de lo que en principio sostiene, en relación con el supuesto llamado de prehorizontalidad, MARIANO FERNÁNDEZ MARTÍN-GRANIZO, *La Ley de Propiedad Horizontal en el Derecho español*, Madrid, 2.ª ed., 1973, pág. 262. También FRANCISCO LUCAS FERNÁNDEZ, «La contratación sobre edificio futuro. Especial consideración de aportación de solar a cambio de pisos en el edificio a construir», en *RDN*, abril-junio 1967, págs. 296 y 320. Y VENTURA-TRAVERSE, *Derecho de Propiedad Horizontal*, cit., pág. 30. Conviene aquí advertir que, al igual que en el caso de la dificultad anterior, muchos de los argumentos que a continuación se van a referir han sido formulados en relación con el supuesto de la prehorizontalidad, o de constitución de servidumbres a favor de edificio futuro. Aun así los reseñamos y empleamos, *mutatis mutandis*, sobre la base de la semejanza o identidad de las dificultades que en ellos y en nuestro caso se plantean.

(33) *Comentarios a la reforma del Reglamento Hipotecario*, cit., pág. 36.

(34) Vid. FONT BOIX, *op. cit.*, págs. 55 y 57-58.

derecho de vuelo (esa definición, además, no puede ser sólo desde un punto de vista físico —en el plano elaborado—, sino que ha de incluir también el concreto régimen a que se someterá el edificio). Pero con esto puede que no sea suficiente. En efecto, a los sujetos interesados —a todos ellos— puede que no les baste con la garantía que una simple relación crediticia *inter partes* (propietario/constructor - prestamista o compradores) les pueda ofrecer en ese sentido. Muy posiblemente exigirán que, desde el primer momento, la operación —la hipoteca que para garantizar la devolución del préstamo se constituya (que por pacto, y al decir de la doctrina mayoritaria, se puede extender, además de al solar, también al edificio que sobre él se construya), la adquisición de uno o varios pisos o locales y la reserva del derecho a sobreelevar— cuente con el respaldo y la garantía que sólo la publicidad registral les puede ofrecer.

Cuando las cosas ocurren al modo descrito, efectivamente, el recurso al Registro de la Propiedad y al Derecho Inmobiliario registral se hace necesario, o al menos muy conveniente. Pero, llegados aquí, surge la pregunta: ¿cómo puede ser eso? ¿Cómo puede pretenderse inscribir el derecho de vuelo? Si no hay —según se dice— derecho real, no hay materia apta para ser objeto de inscripción ni de publicidad registral. ¿Cómo admitir entonces su acceso generalizado a un Registro que lo es de derechos reales (inmobiliarios)?

La solución más inmediata pasa por afirmar la naturaleza jurídico-real, a pesar de las circunstancias (edificio aún no existente), de ese derecho de vuelo. Pero esto no es pacífico. Así, por lo que hace a esta cuestión de la naturaleza, son varias las opiniones que en la doctrina se pueden encontrar:

- a) Que se trata de una relación de naturaleza obligacional: mientras el edificio no esté construido, no es posible constituir derechos reales sobre él, sino sólo obligaciones (35) (algunos, en una postura genérica, dicen que se trata de un *ius ad rem*, esto es, de una situación llamada a constituir derecho real pero que todavía no lo es). Y esa situación obligacional admite después variantes. Unos sostienen que se trata de una obligación cuyo contenido permitirá al acreedor exigir en su día —i.e., cuando se construya el edificio— la constitución efectiva del derecho real inicialmente considerado, con una nueva prestación de consentimientos (36). Otros han planteado que aunque

(35) Esta idea fue apuntada por el Registrador en el informe en defensa de su nota (denegatoria de la inscripción del derecho de vuelo), en el caso que desembocó en la Resolución de 5-2-1986.

(36) Sobre la base dicha, sostienen algunos que sería un supuesto de precontrato o de promesa de contrato. Por nuestra parte, y conscientes de que la explicación y operatividad de esa figura no es cosa pacífica, preferimos no entrar en esta cuestión.

inicialmente se trata de una relación obligacional, ésta, cuando la edificación venga a tener existencia, se transmuta automática e inmediatamente en real (37).

- b) Que se trata de una situación de tipo condicional. Es decir, se admite la viabilidad del derecho real de vuelo, pero entendiendo que se encuentra suspensivamente condicionado a la construcción del edificio (38). También aquí hay variantes, según se estime que el dicho requisito constituye una condición voluntaria o una *conditio iuris*, y si la operatividad del mismo incide en la propia existencia del derecho en cuestión o sólo en su ejercicio (pero ya constituido el derecho) (39).
- c) Que la existencia del edificio no es requisito estrictamente necesario para que el derecho de vuelo nazca, sino sólo para su posible ejercicio. El derecho nace y existe desde que el acto constitutivo tiene lugar, aunque transitoriamente no quepa un ejercicio efectivo del mismo, mientras el edificio no se construya y venga a la realidad. Este requisito, ahora bien, no se califica de condición, ni tampoco de

(37) Estas posturas fueron hipotizadas en Italia, en su día, en relación con el supuesto de constitución de servidumbres sobre edificio a construir, hoy regulado en el artículo 1.029 de su vigente *Codice*: «Se admite la constitución de una servidumbre para asegurar a un fundo una ventaja futura. / Se admite también a favor o a cargo de un edificio a construir o de un fundo a adquirir, pero en este caso la constitución no tiene efecto sino desde el día en que el edificio está construido o el fundo se adquiere». Por tratarse de un precepto que ha generado abundante polémica en su país de origen, y por el carácter limitado de este estudio, no haremos recurso al mismo en sentido ninguno.

(38) Esta orientación es adoptada, a nivel positivo, por la Ley 395 de la Compilación navarra: «Se consideran constituidas bajo condición las servidumbres referidas a inmueble de futura construcción o derribo, así como aquéllas cuyo contenido consista en una utilidad futura». Vid., también, la Resolución de 21-10-1980. Puede aquí mencionarse a JORDANO FRAGA [*op. cit.*, págs. 216 y 224, aunque su postura no es muy decidida, pues en pág. 215 admite la explicación que apuntamos sub c)]; también VENTURA-TRAVERSET, *Derecho de edificación sobre finca ajena...*, pág. 184.

(39) Partiendo de la categoría de la condición, una postura intermedia, en el tema de la operatividad, parece sostenerla (en relación con las servidumbres a favor de edificio futuro, pero el problema es semejante al nuestro, por eso lo reseñamos). BATISTA (*op. cit.*, pág. 192 y sigs.), quien se apoya en la idea, apuntada por CARIOTA-FERRARA, de los que denomina «supuestos de validez o invalidez suspendida». Suponen éstos que al tiempo de celebrar el negocio falta un requisito de validez, pero que la propia ley permite pueda aparecer más tarde. Así, en ese período que media entre uno y otro, el negocio no podrá decirse plenamente válido —porque le falta un requisito de validez— pero tampoco nulo —porque la ley permite su incorporación posterior—. Sería un caso de validez o invalidez (según se mire) suspendida. Y esto es, según BATISTA, lo que ocurre en el caso dicho de las servidumbres (al que el nuestro es parangonable en este punto): «nos encontramos ante una servidumbre sometida a condición suspensiva, la construcción del edificio, cuya validez queda en suspenso hasta que aquélla se verifique, momento en que reunirá el requisito de la *utilitas* que faltaba al constituirse» (*op. cit.*, pág. 194).

conditio iuris, sino que se dice resulta más propio hablar de «presupuesto de eficacia» o «presupuesto de ejercicio del derecho» (40).

Ninguna de las tesis apuntadas nos parece sin embargo que cuadre perfectamente con el caso.

(40) Dentro de este grupo hay que incluir a varios autores, sin perjuicio de matices propios de cada uno. Así, sostiene HIPÓLITO SÁNCHEZ VELASCO que «la existencia del objeto de un derecho es un presupuesto de hecho, no para que el mismo nazca sino para que se ejercite... La existencia del predio dominante o sirviente —dice— no es una condición suspensiva para que nazca el derecho, que... nace del acto constitutivo, sino un presupuesto necesario para el uso, disfrute y ejercicio de los derechos subjetivos que se han generado en el acto constitutivo» («Constitución de servidumbres en edificio a construir: su proyección registral», en *RDP*, 1969, pág. 248). Semejante es la tesis de BONET (*op. cit.*, págs. 255-256), quien, apoyándose en RUBINO habla de «negocios anticipados», esto es, supuestos en los que la declaración de voluntad se produce antes —inversión cronológica— que otros elementos típicos que normalmente la preceden (la existencia material de la cosa, en nuestro caso la construcción del edificio). Tales casos, dice, «se entienden como contratos perfectos y completos desde su comienzo, a pesar de que el objeto no exista *in rerum natura*. La falta actual del objeto no supone aquí más que un requisito de eficacia del negocio, pero no un requisito esencial de su constitución» (pág. 269). También se puede incluir aquí a ROCA SASTRE («La servidumbre predial como cauce adecuado...», en *Estudios varios*, cit., págs. 144 y sigs.), quien, de nuevo en relación con el supuesto de la servidumbre a favor de edificio futuro, y sobre la base de lo dispuesto en diversos textos romanos (principalmente D., 8, 2, § 23, 1: *futuro quoque aedificio quod nondum est, vel acquiri, vel imponi servitus potest*), sostiene que el supuesto planteado puede resolverse entre nosotros, hoy, con criterios semejantes. Parte ROCA de considerar una cuestión más general: si puede o no constituirse servidumbre en atención a una ventaja futura. Esto se admitió en Roma: «puede constituirse —se dice en D., 8, 3, § 10— la servidumbre de buscar agua y conducir la alumbrada, porque si es lícito igualmente constituir una servidumbre aún no construido un edificio, ¿por qué no será lícito igualmente constituir la servidumbre antes de encontrada el agua?» La equiparación entre uno y otro caso resulta ahí explícita. Pero, si toda servidumbre exige dos fundos, dominante y sirviente, ¿cómo se explica esto en el caso del edificio futuro, que aún no existe? Pues considerando que ese edificio no es más que un «modo de ser» del fundo (que sí existe), por consecuencia del principio de accesión: *quo inaedificatur solo cedit*. Resulta así que desde el principio existen los dos fundos. La falta momentánea del edificio sólo determinará que la ventaja de esa servidumbre no pueda ser actual. Pero esto no impide entender que la servidumbre esté válida y actualmente constituida. Lo único es que su ejercicio está momentáneamente en suspenso, mientras el edificio no se construya. Este mismo criterio, como decíamos, lo mantiene ROCA para nuestro Derecho actual, siempre que el edificio en cuestión no constituya una propiedad separada, por consecuencia de un derecho de superficie (que en el Derecho romano no existió). Un planteamiento similar —i.e., equiparando la servidumbre a favor de edificio futuro a la servidumbre constituida para ventaja futura— lo sostiene también MACHADO CARPENTER (*op. cit.*, pág. 416 y sigs.), quien apunta, como dato positivo en que apoyar esta solución, lo dispuesto en el artículo 546.3 del Código Civil: ¿por qué —se pregunta— no puede admitirse, en lo relativo a la constitución, lo que se admite con relación a la subsistencia? La única diferencia entre ambos supuestos es que la quiescencia de la servidumbre, en un caso es inicial y en el otro sobrevinida. Pero ello no afecta para poder sostener, en ambos, que se trata de una servidumbre perfectamente constituida y existente desde el principio, aunque momentáneamente su contenido no pueda ser actuado. También SÁNCHEZ-VELASCO se apoya en este artículo (*op. cit.*, pág. 253 y sigs.).

Las de tipo obligacional porque, o bien no dan plena satisfacción a legítimos intereses de quienes intervienen en el negocio, tal como líneas atrás quedó apuntado (la primera variante), o bien incurren en contradicción interna (la segunda): la naturaleza jurídica de una relación no puede cambiar en un momento dado, a resultas de un simple hecho material como es la construcción de un edificio (41).

A la que sostiene que se trata de una situación de tipo condicional, una primera objeción podría ser la siguiente: la construcción del edificio no puede calificarse con propiedad como «condición», pues no se trata de un requisito de eficacia que eventualmente se adicione al negocio por voluntad de las partes, y por tanto que igual puede existir que faltar, sino que se trata de una circunstancia inherente a la propia esencia del supuesto, de concurrencia necesaria por ende, y de índole extravoluntaria además. Esto podría tal vez solventarse hablando de *conditio iuris* —expresión con la que se designan los requisitos de eficacia que derivan del Ordenamiento jurídico—. Pero entonces (aparte de que tal previsión legal, explícita al menos, no la hay en nuestro Ordenamiento) nos vemos llevados a la otra alternativa que se planteaba: ¿se trata de un requisito para que el derecho nazca, o para que pueda ser ejercitado (pero habiendo ya nacido)? ¿Cuál es su operatividad propia? Aquí confluye y se puede considerar juntamente la tercera explicación apuntada, que hablaba de un presupuesto de eficacia o de ejercicio del derecho.

Estas últimas tesis, aunque escapan a las dificultades que conlleva calificar la construcción del edificio como condición voluntaria, lo hacen a costa de toparse con otras. En concreto: si hasta que la construcción no acontezca el derecho real no puede considerarse nacido, ¿qué es lo que hay en ese período que media desde el momento de celebración del negocio hasta entonces? Recuerdese lo que se ha dicho antes: si la situación no nace con naturaleza real desde el principio, el mero hecho material de la construcción del edificio no basta para mutar su naturaleza. Esto se puede salvar si se entiende que el derecho ya ha nacido, aunque momentáneamente, de hecho, no pueda todavía ejercitarse. Pero esto significa incurrir en otras dificultades: ¿qué es lo que permite calificar la construcción del edificio como requisito simplemente para el ejercicio del derecho, y no para su misma existencia? Repárese que estamos hablando de un derecho real, que como tal se caracteriza —al menos para la teoría clásica, y que hoy sigue siendo ampliamente dominante— por suponer un poder directo e inmediato sobre las cosas. Si el edificio es el objeto del mismo (42), ¿qué es lo que hay cuando éste todavía no existe?

(41) Estas explicaciones han sido también, de hecho, abandonadas en Italia, su país de origen.

(42) Esta idea la expresa muy claramente BATISTA: «...partimos de la base —dice— de que la servidumbre no puede proporcionar beneficio a un solar o a un predio rústico,

Llegados a este punto, y a la vista de lo dicho, ¿en qué queda la cosa? De entrada hemos de reafirmar la conveniencia, incluso la necesidad, de permitir, también en este caso, el acceso a la publicidad registral del derecho de vuelo. La seguridad de los bienes y del tráfico jurídico sólo se garantizan plenamente en la medida en que se permita hacer constar en el Registro, y desde el primer momento además, la verdadera situación jurídica del inmueble (43). Y ésta incluye ese derecho de vuelo. Pero, ¿cómo puede ser esto?

A tal solución podría llegarse considerando que, aunque la construcción del edificio sobre el que se proyecta ese derecho es, por hipótesis, requisito necesario para el nacimiento del mismo, entretanto existe una expectativa (fundada además) en ese sentido, que participa en cierto modo de la naturaleza del derecho al que tiende —real—, y que en consecuencia debe ser tratada como éste (44). Sería una previsión de futuro, ciertamente, pero que

sino exclusivamente a un edificio. Si la servidumbre, sea cual fuere el nombre que se le dé, puede beneficiar al predio sin consideración a que esté o no edificado, el problema no existiría» (*op. cit.*, pág. 192). De modo parecido, también el Registrador, en el caso de la Resolución de 5-2-1986.

(43) «Nada se opone... —dice la Resolución de 18-4-1988—, aun antes de iniciarse la construcción, a la inscripción de los acuerdos, tan conveniente para asegurar, frente a terceros, el interés de cada uno de los comuneros, en el concreto local o vivienda futura a él asignado, y cuya construcción le va a imponer gastos importantes». Así, a pesar de su postura de principio (transcrita infra nota 49), lo reconoce, en relación con la propiedad horizontal, JOSÉ LUIS ALVAREZ ALVAREZ: «el legislador —dice— conoce que hay edificios en los que desde que se pone la primera piedra se sabe que van a estar siempre en propiedad horizontal, pues tal es el propósito del constructor..., y hasta la edificación responde a esa finalidad. Sabiendo esto, es necesario permitir que su condición jurídica vaya paralela a su destino práctico desde el primer momento». «Incluso desde un punto de vista de seguridad del tráfico jurídico y garantía de bienes —añade—, es preferible que en el Registro conste inmediatamente la verdadera situación jurídica de los inmuebles, y figurando la constitución en propiedad horizontal del edificio en construcción, el posible adquirente conoce ya la especial situación de la casa» («El título constitutivo de la propiedad horizontal», en *Centenario de la Ley del Notariado. Secc. Segunda. Estudios de Derecho Notarial*, vol. II, Madrid, 1965, págs. 487 y sigs.). Así lo reconoce también LUCAS FERNÁNDEZ, al admitir que «la inscripción en el Registro de la Propiedad de los pisos meramente proyectados y de las reglas contenidas en el título y en los estatutos facilitarán, en su día, el mantenimiento y la puesta en marcha de la propiedad horizontal, y hasta puede juzgarse muy conveniente la previa inscripción cuando aún no ha surgido la propiedad horizontal, dadas las complejidades, las delicadas relaciones jurídicas que trae consigo esta inscripción, y las dificultades de un acuerdo partiendo de cero de los dueños de los diversos pisos desde el primer momento de la adquisición de su derecho» (*op. cit.*, pág. 296). También VENTURA-TRAVERSESET, que a pesar de su negativa inicial (vid., *supra* nota 32) matiza luego su postura: «sobre el edificio meramente proyectado —escribe— no puede existir un régimen de propiedad horizontal en sentido propio, sino tan sólo... prehorizontalidad, o sea, la regulación por vía de pacto de la fase anterior al nacimiento de la propiedad horizontal». Pero añade: «Estos acuerdos... pueden tener eficacia real, y como tal acceso al Registro de la Propiedad» (*Derecho de propiedad horizontal...*, cit., págs. 31 y 145).

(44) Así lo sostiene, aunque en relación con los derechos sometidos a condición suspensiva (la equiparación a estos efectos creemos es perfectamente posible, pues para

responde a un interés actual y que en determinadas condiciones, como las de nuestro caso, conviene hacer oponible frente a terceros mediante su publicidad registral. La inmediatividad propia de los derechos reales, se puede pensar, no significa siempre y necesariamente actualidad del poder, sino sólo que para su efectividad (cuando sea) no precisa del comportamiento o actuación de otro sujeto (ni siquiera por obligación). De este modo se tendría así que, aun admitiendo que el derecho real no ha nacido propiamente todavía, en todo caso se trata de una situación que debe tener trascendencia *erga omnes* y, por tanto, que debe inscribirse (45). Esto permitiría resolver la cuestión, y sin

nada importa ahora la concreta calificación del requisito), ROCA SASTRE, *Derecho Hipotecario*, III, pág. 372 y sigs. Cercana en este punto es la postura de JORDANO FRAGA (*op. cit.*, págs. 140 y sigs.), quien parte de una doble consideración. De un lado, la necesidad de distinguir lo que es la constitución de los derechos reales y lo que es el marco de su publicidad registral. Del otro, que aunque el objeto de la publicidad registral son normalmente los derechos reales inmobiliarios, perfecta y definitivamente constituidos, en ocasiones pueden también serlo otros que todavía no lo están definitivamente: la posibilidad que la ley reconoce de inscribir los derechos constituidos bajo condición suspensiva —dice— avalaría esto. Y con esas premisas concluye entonces que «el régimen de propiedad horizontal no se puede constituir con anterioridad a la existencia material del edificio, pero sí se puede inscribir en el Registro de la Propiedad en tanto dicho edificio se construye». Y añade: «hablar de constitución condicionada o situación jurídica interina es lo de menos: se trata de una modificación jurídico-real cuya efectividad pende del cumplimiento de los presupuestos legales de eficacia, y que se da a conocer a terceros a través del Registro (art. 9.2 LH)». Por su parte, afirma FERNÁNDEZ MARTÍN-GRANIZO (*op. cit.*, pág. 264 y sigs.) que, cuando el edificio carece de existencia real actual, pero no de especificidad y determinación (por estar descrito en el proyecto con todos sus caracteres propios, que permiten distinguirlo de cualquier otro), constituye una situación jurídica interina, una expectativa del derecho a que tiende. Pero entiende sin embargo —la diferencia es esencial— que se trata de vínculos de carácter estrictamente personal.

(45) No estimamos acertada, sin embargo, la distinción que en este punto hace SÁNCHEZ VELASCO (*op. cit.*, pág. 249 y sigs.) en relación con la constitución de servidumbre sobre edificio futuro, según se haga: *a*) por pacto accesorio al contrato principal (v.gr., segregar o vender una porción de terreno, sobre la que se construirá el edificio), o *b*) por contrato autónomo. En el primer caso, dice, la inscripción registral del mismo debe estar fuera de toda duda, por simple aplicación del artículo 9.2 LH. En el segundo también, siempre que se reúnan los requisitos de capacidad, poder de disposición, voluntad expresa y constancia de todos los requisitos exigidos en este sentido por los artículos 9 LH y 51 RH, describiendo convenientemente los predios (aunque sea en proyecto) y el derecho a constituir. Pero decíamos que no estimamos acertada ni justificada esta distinción, por lo siguiente. De entrada, hay que decir que la aplicación del artículo 9.2 LH a nuestro supuesto no es procedente (esto cabría aplicarlo también a JORDANO): en él no es la existencia del derecho la que no es firme y definitiva —a esto es a lo que se refiere el art. 9.2 LH—, sino la de la cosa sobre la que él se quiere constituir (caso distinto es el contemplado en la Resolución de 5-2-1986, en el que se constituye derecho de vuelo sobre la planta baja de un edificio proyectado, sujeto a la condición —ésta sí en sentido propio— de que el adquirente de ese derecho construya aquélla en un plazo determinado). Pero es que, además, ese pacto accesorio de otro principal de que habla en la primera hipótesis no es tal, al menos en el sentido jurídico de modalizar o condicionar a éste. Aunque económicamente la operación sea unitaria, jurídicamente se pueden dis-

tener que entrar a dilucidar la naturaleza jurídica de esa situación: expectativa, condición, *conditio iuris*, presupuesto de hecho...

Pero, aun siendo esta explicación plausible, creemos que hay otra que permite llegar al mismo resultado y por camino más seguro, por lo cual resulta preferible. Se trata de la apuntada por DE LA CÁMARA, GARRIDO y SOTO BISQUERT (46). Es la siguiente. Como premisa de partida, hay que convenir en que el derecho de vuelo o, en expresión aún más clara, de sobreelevar edificaciones, presupone un edificio. Esto se apoya no sólo en razones de tipo literal —el dictado del art. 16.2 RH— sino sobre todo en las que derivan de la propia hipótesis del supuesto, tal como se describe (47). Ahora bien, esto dicho hay que recordar también que el derecho de vuelo, para ser tal, y como ya quedó señalado en su momento, se enmarca en una situación de propiedad horizontal, puesto que cuando se ejercite y pase a convertirse en construcción efectiva, automática y simultáneamente se diluye en ella. Esta conexión tan íntima que entre uno y otra existe permite pensar que aquél (el derecho de sobreelevar) podrá darse en todo supuesto en que la propiedad horizontal se pueda producir (48). Lo dicho hace volver la vista a ésta.

En este sentido, se puede advertir que en el artículo 8.4 LH se supedita la inscripción de edificios en régimen de propiedad por pisos a que la construcción esté concluida *o por lo menos comenzada*. «La frase subrayada —dice CÁMARA, haciéndose eco de una opinión extendida en la doctrina— parece poner de relieve que no es posible la inscripción de un edificio simplemente proyectado» (49). Pero la dificultad se puede salvar del modo

tinguir dos pactos; el carácter accesorio o autónomo, con respecto a otro, de ese pacto de constitución del derecho real limitado, no tiene aquí pues justificación ni trascendencia. Resulta entonces una sola hipótesis y una misma dificultad: que el objeto sobre el que el derecho en cuestión recae no tiene existencia actual. Y entonces, la solución queda condicionada por las premisas de que se parta.

(46) «Modalidades en la constitución de los regímenes de indivisión de la propiedad urbana», en *RDN*, 1969, págs. 176 y sigs. Esta explicación, elaborada por MANUEL DE LA CÁMARA ALVAREZ con la colaboración de EMILIO GARRIDO CERDÁ y ANTONIO SOTO BISQUERT, fue presentada por España como Ponencia al X Congreso Internacional del Notariado Latino, y aceptada además por el I Simposio sobre Propiedad Horizontal, celebrado en Valencia en 1972. Parece seguirla (pero vid., *infra* notas 49 y 51) también SOTO NIETO, *op. cit.*, pág. 382 y sigs. (aunque él la refiere al supuesto de una pluralidad de propietarios-promotores, esto no afecta ahora al caso).

(47) SOTO BISQUERT, *El derecho de vuelo*, cit., pág. 933.

(48) Así lo dice SOTO BISQUERT, *op. cit.*, pág. 934.

(49) Estas palabras, aunque mantienen la tesis de la obra de 1969, antes citada, son de sus *Estudios de Derecho Civil*, Madrid, 1985, pág. 292. En cuanto a la opinión aludida, puede verse SOTO NIETO: «cuando el edificio concebido no ha trascendido de un mero proyecto, la perfilación del título constitutivo representaría una anticipación negociarial vinculante, desde luego, en la esfera obligacional, para los que lo otorgan, pero intrascendente en el ámbito registral y público» (*op. cit.*, pág. 385). Semejante (en principio, pero vid., *supra* nota 43), ALVAREZ ALVAREZ, para quien «aunque el último inciso

siguiente: «es necesario advertir... —sigue diciendo CÁMARA— que tanto la palabra ‘proyectado’ como la palabra ‘comenzado’ son ambiguas y admiten cierta matización. La expresión ‘construcción comenzada’ puede referirse al comienzo de la edificación en sentido material o en sentido técnico. Técnicamente, cabe entender que la construcción ha comenzado una vez que el edificio ha quedado definido mediante la confección y consiguiente aprobación del proyecto correspondiente, elaborado por persona capacitada para ello y aprobado por las autoridades competentes. Este criterio técnico nos permite establecer con exactitud —dice— el momento en que la construcción se ha iniciado. Por el contrario, si nos atenemos a la acepción puramente física, nos encontramos ante un callejón sin salida. ¿Cuándo podrá... considerarse que la construcción, en su dimensión material o física, ha comenzado? (...) Así las cosas, la incertidumbre sobre la fijación del momento en que debe considerarse que la construcción ha comenzado, a efectos de la inscripción del edificio en el Registro, es patente. ¿Bastará que se haya realizado la excavación o vaciado del terreno? ¿Será necesario que, al menos, se hayan plantado los cimientos? Y cualquiera que sea la contestación que demos a estos interrogantes, ¿qué diferencia sustancial media entre esas hipótesis y la del edificio definido, pero cuya fabricación material aún no ha principiado a acometerse?» (50).

Con lo dicho quedaría solventada una primera dificultad. Pero no es sólo esto, sino que también se salva aquélla de índole más general o teórica que al principio de este apartado se señalaba: la de cómo admitir un derecho real sin objeto actual sobre el que proyectarse. Un edificio proyectado, se podría decir, es un edificio por el momento inexistente, con independencia de lo ultimado y perfilado que pueda estar el proyecto para su construcción (51). Pero no es esto del todo cierto. Ello es debido a la operatividad propia del

del párrafo segundo del artículo 8-4.º LH hable de la inscripción de pisos meramente proyectados, diciendo que se harán constar en la inscripción del solar o del edificio en conjunto, hay que entender que se refiere a una edificación comenzada. (...) Desde un punto de vista sustantivo —añade— no hay inconveniente en que al describir el solar, el propietario manifieste que se propone construir una casa de tales características, en la que están proyectados tantos pisos, pero, naturalmente, esta declaración no tiene trascendencia registral ni es declaración de obra nueva, ni siquiera en construcción y, naturalmente, no conduce a nada el describir esos futuros pisos» (*op. cit.*, pág. 487).

(50) *Estudios...* cit., págs. 292-293.

(51) SOTO NIETO sostiene así que la expresión «edificación comenzada» del artículo 8.4 LH, «indudablemente se está refiriendo a aquélla que ha saltado del plan o intención a la realidad material, ofreciendo una tangibilidad avanzada y progresiva... Por muy definido que se halle el proyecto, minimizando al máximo las circunstancias de extensión, linderos, situación, etc., de los pisos, sólo la puesta en marcha de la empresa edificatoria, que comienza a delinear físicamente un nuevo objeto diferenciado, permite dar paso a la solemnidad constitutiva, con la secuela de la inscripción registral» (*op. cit.*, pág. 385 y sigs.).

régimen de propiedad horizontal. Y es que éste, entre los varios elementos comunes que comporta en el edificio que a este régimen se somete, incluye normalmente (52) el suelo, el solar o el terreno, ya que es el soporte físico del mismo. Es verdad que, en principio, las reglas de la accesión se orientan en sentido contrario: *quo inaedificatur solo cedit*, pero también lo es que éstas no son reglas imperativas, sino que admiten derogación, cuando los particulares así lo quieran y dispongan. Y esto es, precisamente, lo que la propiedad horizontal significa: la adscripción de ese solar, por voluntad de su propietario, al régimen de comunidad funcional que aquélla significa. Esto sentado, resulta entonces que en nuestro caso, aunque la fábrica arquitectónica no exista todavía, no puede decirse lo mismo del suelo, que sí está presente desde el primer momento. Y esto supone que el objeto sobre el que el derecho de vuelo recae no puede decirse sea total y propiamente futuro, válido únicamente para relaciones obligacionales. Aunque en formación, no puede negarse que, en determinada forma o medida al menos, se trata de un objeto material cierto y actual (53).

Llegados a este punto, los razonamientos anteriores y la conexión recíproca que entre ellos existe, pensamos que permiten dar respuesta positiva a la cuestión que aquí estábamos considerando. Aun antes de que haya edificio, en el sentido que esto tiene en el lenguaje y en el entendimiento común, el acuerdo de las personas legitimadas para ello, de constituir una comunidad funcional de casas de pisos y de adscribir a ella, desde ese mismo momento, un solar, basta para apreciar una realidad material suficiente para poder proceder a la constitución de un derecho real de sobreelevar en su momento (54). Se trata simplemente de configurar, sobre esa finca ya existente, este particular estatuto de la propiedad. Esperar a la completa y definitiva existen-

(52) Salvo que se apoye en un derecho de superficie.

(53) Con esto queda debidamente planteada y enfocada la objeción de BATISTA que se apuntaba en nota 42.

(54) En lo dicho puede apreciarse la diferencia conceptual que existe entre esta explicación y la sostenida por ROCA SASTRE (vid., *supra* nota 40). Es necesario, en todo caso, destacar la insistencia que a este respecto hacen los autores citados, para mantener las cosas en su justa medida. Y es que, tal como dice CÁMARA (*Estudios...* cit., págs. 291-292), «no parece viable la adscripción del solar al régimen de dicha institución [la propiedad horizontal] mientras el edificio no esté perfectamente definido, de modo que pueda saberse *a priori* cuáles serán sus características constructivas... La distinción entre edificio definido y edificio por definir (aunque se haya decidido construir sobre un terreno determinado) parece decisiva —afirma— a la hora de puntualizar desde qué momento es posible adscribir aquél al régimen de propiedad horizontal». Así también la Resolución de 18-4-1988: «desde que se produzca el acuerdo suficientemente determinado sobre la construcción y sobre el destino de cada vivienda o local, procede la inscripción, y los pisos proyectados pueden constar como términos de referencia de los derechos que sobre la finca tienen los titulares registrales».

cia de la cosa no es siempre posible o aconsejable, sobre todo cuando en la operación económica en curso va a intervenir más de un sujeto (55).

4. DETERMINACION DEL DERECHO

En este punto las cosas, nos parece que no debe haber reparos en orden a admitir la configuración de la sobreelevación de edificaciones como un derecho real propio y autónomo, y posible en nuestro Ordenamiento jurídico actual. De hecho, la idea se había ido ya imponiendo en la realidad (sin perjuicio de eventuales tropiezos).

Ahora bien, aunque a nivel teórico o de principio esa posibilidad sea ya cierta, quedan sin embargo cuestiones importantes por resolver. Fundamentalmente las que hacen referencia a la concreta determinación de ese derecho, de sus contornos y de su contenido. ¿Basta la mera alusión a un derecho a sobreedificar en el futuro, o es necesario describir perfectamente la hipotética construcción, quedando vinculado por ella? Este es, de hecho, el punto en que en los últimos tiempos se han presentado las mayores dificultades. En este sentido, las cuestiones que se plantean son las siguientes:

- a) Las relativas a la determinación del régimen de comunidad en que el derecho de vuelo se enmarca o enmarcará, en caso de que se ejercite.
- b) Las relativas a la determinación de las circunstancias que configuran el contenido del derecho de vuelo: características de la construcción y plazo para llevarla a cabo.

...

a) La primera cuestión se traduce, principalmente, en la fijación de las cuotas o coeficientes de participación que corresponderán a la eventual sobreelevación, en caso de llevarse a cabo, y en prever cómo repercutirá eso en las de los pisos y locales hasta ese momento existentes.

En este tema, ya desde la primera regulación de la figura, en la reforma de 1959 del Reglamento Hipotecario, se cuenta con previsión normativa ex-

(55) En relación con el *spatium temporis* que media entre el momento de constitución del derecho y el de su ejercicio, y con las dificultades que en él pueden surgir, la explicación aceptada resulta perfectamente operativa. Y no es necesario siquiera acudir al expediente (con resultados semejantes, hay que reconocerlo) de los efectos preliminares que el artículo 1.121 del Código Civil prevé para los casos de condición, al que tanto han venido recurriendo las tesis que defendían (en cualquiera de sus variantes) una situación de quiescencia o de pendencia del derecho (vid., BATISTA, *op. cit.*, pág. 194 y sigs.; JORDANO, *op. cit.*, págs. 145 y sigs., y 216 y sigs.). Como en la explicación aquí aceptada el derecho real ya ha nacido, hay que entender que éste va acompañado del habitual conjunto de facultades y acciones anejas que le permiten realizar cuanto sea necesario para la conservación y efectividad de su derecho, y con efectividad *erga omnes*.

presa. En efecto, dice el artículo 16.2 del mismo, que «en la inscripción se harán constar: a) Las cuotas que hayan de corresponder a las nuevas plantas en los elementos y gastos comunes, o las normas que se establezcan para su determinación». La razón es clara: la determinación de esas cuotas, siendo, como es, requisito fundamental de la Propiedad Horizontal, lo es también, por consecuencia, del derecho de vuelo. Tanto es así que, cuando no se fijan, hay que pensar que lo que se ha constituido no es un verdadero derecho de vuelo (art. 16, ap. 2.º, RH) sino de superficie (ap. 1.º de ese mismo precepto) (56). La única variante que se admite, con base en el carácter «potencial» que el derecho en cuestión tiene mientras no se ejercite, es que esa determinación puede no ser actual sino diferida para un momento posterior en el tiempo, siempre que se haga con arreglo a módulos objetivos que —éstos sí— deben quedar clara y definitivamente establecidos ya en ese momento (57). En todo

(56) La Ley 439 de la Compilación navarra admite sin embargo que las cuotas, ni se hayan establecido ni se hayan fijado los criterios a emplear para ello, en cuyo caso dice que para constituir las en régimen de propiedad horizontal con el resto del edificio, «se requerirá el consentimiento de todos los copropietarios del inmueble».

(57) Se ha producido en este punto una cierta discrepancia entre autores muy señalados en este tema, que a nuestro juicio carece de razón de ser. Dice así FONT BOIX (*op. cit.*, págs. 39 y sigs., y 50 y sigs.), que la cesión de la cuota parte de los elementos comunes del edificio, al tercero adquirente del derecho de sobreelevar, puede ser actual o futura, cuando no se establezcan directamente las que hayan de corresponder a las eventuales plantas que se levanten, sino sólo las normas para su determinación. SOTO BISQUERT (*op. cit.*, pág. 943 y nota 19), por su parte, critica esto diciendo que la cesión en cuestión ha de ser siempre actual. Por nuestra parte, decíamos que la discusión no tiene razón de ser, por referirse a cuestiones distintas. Una es la determinación de las cuotas, que ciertamente debe quedar resuelta desde el primer momento, sin que esto sea óbice para admitir la doble modalidad que la propia norma permite en ese sentido, esto es, concretarla ya desde el primer momento en cifra numérica porcentual, o bien remitir a lo que resulte de aplicar en su momento los criterios que para ello se fijan. La otra cuestión es la de si eso conlleva o no una cesión actual del suelo y de los elementos comunes del edificio, a favor del titular del derecho de vuelo, desde el mismo momento de su adquisición. A nuestro entender, no cabe pensar en una cesión actual y efectiva cuando aún no se ha ejercitado ese derecho (en el caso de remisión a reglas objetivas de determinación, ni siquiera es posible). La cuota sólo puede existir cuando hay una integración efectiva en el régimen de propiedad horizontal, y el derecho de vuelo, aunque se orienta a ello, no lo está de hecho mientras no se ejercite (incluso puede que no llegue a ejercitarse nunca). En esa situación, dice ROCA SASTRE que esas cuotas son «potenciales» (*Suplemento al Derecho Hipotecario*, pág. 28). Y recordamos aquí las palabras de LA RICA: el derecho de elevar es un derecho real potencial que legitima una cosa futura, pero que si no se ejercita queda vacío de contenido y de soporte objetivo (*Comentarios... cit.*, pág. 38).

Conexa con lo dicho, se plantea aquí la cuestión (aunque seguramente más a nivel teórico que de realidad) de determinar cuál sea la situación en que queda el titular del derecho de vuelo, en caso de que el edificio se derruya. A este respecto, creemos que se puede decir lo siguiente. Si el derecho en cuestión ya se había ejercitado, y por tanto diluido en la propiedad horizontal, no hay problema: se sigue lo que para ésta proceda. Pero la respuesta no es tan fácil en el caso contrario, por la ausencia de normas. De entrada, hay que tener en cuenta que el titular del derecho de vuelo siempre ha dispuesto de acciones para asegurar

caso, hay que decir que los criterios que se emplean para fijar esa cuota de participación son, de hecho, los mismos que en el artículo 5 de la Ley de Propiedad Horizontal se señalan para ésta (58).

Lo dicho tiene como consecuencia que, llegado el momento —esto es, cuando el derecho de vuelo se ejercite—, será preciso proceder a un reajuste de las cuotas de los pisos y locales que hasta entonces integraban *de facto* el edificio. Esto, ahora bien, no supone problema alguno, pues se trata de una simple consecuencia de la fórmula que en su momento se estableciera, que necesariamente hubo de prever esta cuestión. Los propietarios de los pisos o locales iniciales nada pueden, por tanto, objetar en este sentido, pues ya compraron conociendo —el Registro la anunciaba— esa posibilidad, perfectamente determinada en sus circunstancias y consecuencias. Por ello, ese reajuste en las cuotas no necesita de su concurso: es que no se trata de un acto unilateral y arbitrario del titular del derecho de vuelo, sino de la «aplicación de una regla matemática de proporcionalidad, cuya corrección puede perfectamente calificar el Registrador de la Propiedad» (59). Por esto mismo resultan innecesarios los «apoderamientos» que en el título constitutivo de la propiedad horizontal o en los estatutos de la misma se establecen habitualmente a favor de aquél por parte de los propietarios de los pisos y locales (60).

Fijadas las cuotas, dice el Reglamento que en la inscripción del derecho de vuelo se harán constar también «las normas de régimen de comunidad, si

la conservación y efectividad de su derecho. En cualquier caso, supuesto el resultado dicho, cabe pensar en tres soluciones: el derecho de vuelo se extingue; el titular del derecho de vuelo puede obligar a los ex-propietarios de los pisos y locales a reconstruir el edificio; el titular del derecho de vuelo se integra, junto con los anteriores, en una comunidad ordinaria sobre el solar. En la doctrina no hay postura pacífica (vid. FONT BOIX, *op. cit.*, pág. 57; SOTO BISQUERT, *op. cit.*, págs. 943 y 956). A nuestro entender, y salvo previsión convencional que sobre esto se hubiera hecho, la respuesta no puede ser sino considerar extinguido el derecho. La razón es clara: porque la destrucción del edificio no afecta sólo a la fábrica material, sino que también extingue el régimen de propiedad horizontal (art. 23.1 LPH, antes 21.1), y eso era la «cosa» en que el derecho de vuelo se proyectaba y que gravaba. Es simple aplicación de la regla general en materia de derechos reales: el derecho se extingue por destrucción de la cosa. Y no se siguen para el titular del derecho de vuelo las mismas consecuencias respecto del solar que para los propietarios de los pisos o locales del edificio, porque aquél no estaba aún integrado en la propiedad horizontal.

(58) La DGRN, en este sentido, considera inscribible el criterio de que la cuota sea proporcional a la extensión que las nuevas plantas y pisos tengan, en relación con el total del edificio. Vid. Resolución de 7-4-1970, y las escrituras que están en la base de las Resoluciones de 6-11-1996 y 29-4-1999.

(59) LA RICA, *op. et loc. cit.*; SOTO BISQUERT, *op. cit.*, pág. 943.

(60) Vid. la Resolución de 7-4-1970, y nuestra STS de 10-5-1999 (aunque lo rechaza). Esos apoderamientos, tal como apunta SOTO BISQUERT (*op. cit.*, pág. 944), normalmente se producen «por adhesión», en el sentido de que se establecen en el título constitutivo o en los estatutos otorgados por quien en ese momento es todavía propietario único del edificio, de modo que a los que luego vayan entrando en la comunidad, al adquirir un piso o local, no les queda más opción que «asumirlo».

se establecieren, para el caso de hacerse la construcción» (61). Con esto se trataba, sin duda alguna, de perfilar al máximo la situación de comunidad en que se desembocaría al ejercitar el derecho de vuelo, con vistas a convertir ese paso en algo lo más automático posible. Por lo dicho, no hay objeciones de fondo que hacer a esta previsión, salvo quizá apuntar que la Ley de Propiedad Horizontal no configura los Estatutos como algo obligatorio o necesario (aunque normalmente existan): en defecto de los mismos rige la propia Ley, que se caracteriza además por su pretensión de ser autosuficiente en la regulación de la figura (62).

Cuestión distinta, aunque unida a las anteriores, es la de qué ocurre en ese tiempo de *impasse*, mientras la sobreedificación es sólo una posibilidad: ¿debe el titular del derecho de vuelo contribuir a sufragar los gastos comunes del edificio a que se refiere? Y, supuesta la respuesta afirmativa, ¿todos los gastos o sólo algunos? Se han producido aquí opiniones diversas, que van desde la que defiende la obligación de contribuir desde el primer momento (i.e., desde que se adquiere el derecho de vuelo) (63) a la que la excluye mientras no se lleve a cabo la construcción (i.e., hasta que el derecho de vuelo se ejercite efectivamente) (64). Por nuestra parte, la solución a esta cuestión creemos que corresponde, en primer lugar, a las partes, lo que significa acudir a los pactos contenidos en el negocio constitutivo del derecho de vuelo, o incluso a lo que en este sentido se haya podido disponer en el título constitutivo de la propiedad horizontal, o en los Estatutos (65). Si esta previsión existe, no debe haber problemas en este sentido, que sólo se plantearán en caso de que falte. Cuando así sea, la solución más correcta, a nuestro juicio, es la que parte de una valoración finalista de los gastos, esto es, discriminando entre los mismos en función de a qué se destinan o de dónde proceden. Se trata de una tesis intermedia, que hace depender el sufragio o no de los gastos del apro-

(61) En su redacción de 1959, esa previsión tenía la letra b). Actualmente es la letra d), con ligerísima (pero intrascendente) variante de redacción.

(62) Vid. SOTO BISQUERT, *op. cit.*, págs. 944-945, donde apunta —se trata de una observación muy lúcida— que esa disposición reglamentaria puede recibir un juicio más positivo si se la considera como una anticipación del criterio que legislativamente se establecería un año después, por la modificación que la Ley de Propiedad Horizontal, de 21 de julio de 1960, introdujo en la LH (art. 8), de permitir el acceso al Registro de la Propiedad de los Estatutos.

(63) VENTURA-TRAVERSE: «pese a que el que se reserve el derecho no haya aún construido el piso o pisos, debe ya contribuir a los gastos con arreglo a la cuota que se asigne a los pisos o locales, como si estuvieran construidos. Lo contrario conduciría a unas oscilaciones en las cuotas de los demás, según la libérrima voluntad del presunto constructor y contraria, hasta cierto punto, al artículo 1.256 del Código Civil y al principio de especialidad del Registro, así como a la fecha desde la que habrían de regir las nuevas cuotas...» (*Derecho de Propiedad Horizontal*, cit., pág. 341).

(64) MONET, *op. cit.*, pág. 309; ROCA, *Suplemento*, cit., pág. 28.

(65) Vid. la escritura que está en la base de la Resolución de 6-11-1996.

vechamiento que el titular del derecho de vuelo pueda hacer, en ese estado, de los elementos de que aquéllos derivan (66). Más concretamente: nos parece que, hasta que la sobreelevación no se haya ejercitado, el titular de este derecho sólo debe contribuir a los gastos e impuestos del suelo (67).

b) Más complicadas han sido las cosas hasta hace poco, por lo que toca a la configuración concreta del contenido del derecho de vuelo. De hecho, aquí es donde tradicionalmente se han planteado los problemas. En este sentido, un rápido vistazo a las Resoluciones de la Dirección General nos presenta como muy frecuentes estipulaciones del siguiente tenor literal: «D.^a... y D.^a..., para sí y para sus sucesores por cualquier título, se reservan el derecho de elevar las plantas que ahora o en lo sucesivo permitan las Ordenanzas municipales sobre el total edificio. En su consecuencia..., podrán en el tiempo y en la forma y condiciones que permitan las Ordenanzas municipales, construir una o más plantas sobre el edificio» (68). U otras en las que el propietario se reserva «el derecho de vuelo sobre el edificio, desde su altura declarada hasta hoy y en la vertical máxima que permitan en cada momento las Ordenanzas municipales» (69).

A la vista de ello, y aunque conscientes de que la realidad casi siempre desborda los análisis y descripciones que de la misma se hagan, creemos cabe decir que dos son las cuestiones que en este punto se presentan. La primera, saber cuál es la medida exacta de ese derecho de que se hace reserva: ¿una planta más, dos, tres...? La segunda —que desde siempre ha estado presente en la realidad del día a día y en las deliberaciones de la doctrina (70)— es la del plazo para la edificación. Y es que de la lectura de la jurisprudencia se deriva que la reserva de este derecho ha sido habitual estipularla sin circunscripción temporal alguna, *sine die* podríamos decir.

Tanto una como otra son exigencias perfectamente razonables, incluso desde la lógica más elemental (71). Se trata, en efecto, de una demanda plenamente fundada, por varias razones. En términos generales, por el propio concepto de *derecho* (en sentido amplio): un poder que el Ordenamiento

(66) Vid. SOTO BISQUERT, *op. cit.*, pág. 944; ALVAREZ ALVAREZ, *op. cit.*, pág. 526.

(67) Así también FONT BOIX, *op. cit.*, pág. 52.

(68) Resolución de 6-11-1996.

(69) Así en la Resolución de 29-4-1999, una de las que motiva este estudio.

(70) Vid., por todos, LA RICA, *op. cit.*, pág. 38 y sigs.

(71) En este sentido es muy claro, v.gr., el comentario que hace ROCA SASTRE al decir que «no parece equitativo que el promotor-constructor de un edificio, que construye agotando el volumen de edificabilidad, y que se desvincula definitivamente de dicho edificio al vender todos los pisos o locales, se reserve tales derechos *sine die*, cuyo ejercicio siempre queda sujeto a lo que permitan las futuras modificaciones de la legislación urbanística y de las ordenanzas municipales» (*Derecho Hipotecario*, cit., III, pág. 360). Vid., v.gr., los problemas que esto plantea en la Resolución de 13-5-1996. En sentido contrario parecen orientarse, sin embargo, las Leyes 428.3 y 437 de la Compilación navarra.

reconoce a los particulares desde la premisa de que responden a un interés legítimo y plausible; más aún cuando, como en este caso, se trata de un derecho de naturaleza jurídico-real, esto es, que supone un poder directo e inmediato sobre las cosas, con vocación de oponibilidad *erga omnes* además. Pues bien, en este sentido resulta que ese interés no es posible valorarlo, si el poder que implica no está perfectamente delimitado en sus contornos y contenido. Y en esa misma dirección se orienta el Registro, a través del cual se viabiliza la oponibilidad frente a terceros: en efecto, las exigencias condensadas en el principio registral de especialidad o determinación (arts. 9.2 LH y 51.6 RH) imponen la delimitación precisa y completa de los derechos que pretenden acceder al Registro (72).

Lo dicho se traduce, por lo que hace a la primera cuestión, en la necesidad de determinar con total precisión el contenido y la medida —la extensión— del derecho que se reserva (73). Esto es exigencia que en los recursos planteados (sobre todo ante la DGRN) se pone repetidamente de manifiesto. Tanto es así, que ni siquiera cabe dar por buena esa «cláusula de estilo», que en las escrituras se repite con cierta frecuencia, en la que se hace referencia a lo que las Ordenanzas municipales puedan disponer en este punto, entendiéndola como norma en blanco que se integra por remisión a éstas (74). Y es que, como dice la DGRN, eso supone (teniendo en cuenta que aquí va implicada también la cuestión del plazo) que «la cuota que en los elementos comunes corresponde actualmente a cada uno de los pisos o locales, así como las características generales del complejo urbanístico, quedarán en una situación permanente de provisionalidad, en función de la siempre posible modificación de las Ordenanzas municipales» (75).

(72) En la presentación inicial de este punto 4, se planteaba si la descripción del derecho de vuelo que se hiciera era o no vinculante para el constituyente del mismo. La respuesta exige distinguir. Mientras la sobreelevación no se ejercite efectivamente, esa descripción no es declaración de obra nueva terminada, y por tanto, si la construcción que resulte no coincide con ella, siempre se puede rectificar. Otra cosa es que esa variación, esa sobreedificación en términos distintos a los previstos, sea posible o no. Para esto hay que partir de la consideración de que el derecho de vuelo se enmarca en una situación de propiedad horizontal. Resulta así que, mientras el constituyente de la propiedad horizontal y del derecho de vuelo siga siendo único y pleno (o varios, pero estando todos de acuerdo), aquella descripción no le vincula, y puede cambiarla. Pero si realiza negocios positivos sobre los pisos y locales, eso ya no será posible sin el consentimiento de todos los implicados.

(73) Vid. ROCA SASTRE, *Derecho Hipotecario*, cit., t. V, pág. 512 y sigs.

(74) La STS de 14-3-1968 (Cdo. 1.º de la primera sentencia), sin embargo, admitió esto (aunque no parece ser ello la *ratio decidendi* del supuesto).

(75) Resolución de 6-11-1996. Así también VENTURA-TRAVERSE, *Derecho de edificación sobre finca ajena...*, cit., pág. 170. En contra, sin embargo, SOTO BISQUERT (*op. cit.*, pág. 946), quien dice que «el titular del derecho de vuelo tiene, en cuanto a contenido, exactamente el mismo derecho que tenía el propietario del inmueble antes de la creación de aquél como independiente, si no se le ha puesto ninguna limitación». Pero esto no lo

Lo plausible de las consideraciones anteriores ha hecho que la nueva redacción que se ha dado al artículo 16.2 RH (entre otros), obra del Real Decreto 1867/1998, de 4 de septiembre, haya añadido en este sentido, a los requisitos que en la redacción de 1959 se decía habían de hacerse constar en la inscripción del derecho de vuelo —y por tanto también en el título constitutivo del mismo—, el de la «determinación concreta del número máximo de plantas a construir» (76).

Otro tanto hay que decir de la segunda cuestión (el plazo para construir), y por las mismas razones. Y esto vale, lo mismo para la postura más extrema —la que sostiene la no necesidad de ese límite, sobre la base de que la letra del art. 16.2 RH (en su redacción de 1959) no decía nada a este respecto (77)— que para las que fijan límites pero excesivos (v.g., el de los treinta años que

creemos nosotros correcto. El propietario tiene esa posibilidad en cuanto que integrada en su derecho, que al ser pleno tiene un contenido en cierta forma elástico, expansible. El dominio es el más amplio poder sobre las cosas que el Ordenamiento permite; así, si las normas cambian y permiten un mayor aprovechamiento, éste queda comprendido en aquél. Pero la situación del titular del derecho de vuelo no es la misma. Este, en cuanto tal, no es propietario de la cosa sino que sólo tiene un derecho limitado sobre ella, que grava la propiedad. Y ese gravamen tiene que tener un contenido preciso, no puede delimitarse por referencia a una norma variable, sobre todo cuando, además, no se fija plazo. En este sentido, dice la Resolución de 6-11-1996 (a la que copia la nuestra de 29-4-1999) que «lo que ocurre en el caso debatido es que, tras esa aparente falta de determinación (...), lo que subyace no es un derecho real de los configurados en el artículo 16.2 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 de 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 (...); se trataría, pues, de un derecho a hacer propia, si surgiera, una facultad que en otro caso habría de integrar el derecho dominical que hoy se ostenta y que se prevé transmitir (algo así como un derecho perpetuo a los tesoros ocultos de una finca o a las futuras accesiones naturales...)».

(76) Por supuesto, esta previsión estará supeditada a lo que las Ordenanzas Municipales permitan. Cuestión conexas que se plantea aquí es la de las obras instrumentales y accesorias en orden al efectivo ejercicio de la sobreedificación. Las plantas que se sobreeleven, ciertamente, tienen que apoyarse en la construcción ya existente. Esto es así por hipótesis, y los propietarios de los pisos y locales del edificio previo han de tolerar por tanto las obras necesarias para llevar a término las nuevas plantas. Lo que aquí se plantea es si el titular del derecho de vuelo puede ir en esas obras un poco más allá, en el sentido de reforzar o mejorar las condiciones estáticas del edificio con vista a permitir un mayor aprovechamiento del vuelo. La cuestión se planteaba sobre todo antes de la reciente modificación introducida en el artículo 16.2 RH, ya que el número de plantas a sobreelevar podía no ser precisado (vid. FONT BOIX, *op. cit.*, pág. 55 y sigs.; SOTO BISQUERT, *op. cit.*, pág. 949 y sigs.). Ahora que no es así, la cuestión deja de tener sentido: serán factibles las obras orientadas a hacer efectivo el derecho de vuelo, tal como se constituyera, pero nada más.

(77) Así lo alegó el Notario autorizante de la escritura, en el caso que desembocó en nuestra Resolución de 29-4-1999. También parece admitirlo, aunque sea con resignación, ROCA SASTRE, *Derecho Hipotecario*, cit., V, pág. 513.

como plazo de prescripción establece el Código Civil para los derechos reales inmobiliarios) (78). Se hace necesario buscar unos límites, precisos y ajustados a la realidad de la figura (79). En este sentido, ha planteado algún autor la posibilidad de recurrir a la regla que el Código Civil (art. 1.128) establece para el caso de obligaciones que no tengan expresamente señalado plazo, pero que de su naturaleza y circunstancias se derive que sí se le ha querido fijar: acudir a los tribunales para que lo determinen (80). Esto significa un avance con respecto a las posturas anteriores. Pero aun así pensamos que no resulta plenamente satisfactorio en la práctica, por una doble razón. De un lado, porque se trata de un plazo cuya concreción puede variar en cada caso, en función de la apreciación que el juez haga de las circunstancias concurrentes. Y del otro, porque significa el recurso necesario a los tribunales, con los inconvenientes de falta de agilidad, rapidez y simplicidad que ello conlleva.

Consciente de todo ello, el legislador, con ocasión de la modificación operada en 1998 en el Reglamento Hipotecario, antes citada, ha venido a resolver la cuestión, añadiendo un nuevo dato, de obligada constancia en la inscripción registral y también, por tanto, en el negocio constitutivo del derecho: «c) El plazo máximo para el ejercicio del derecho de vuelo, que no podrá exceder de diez años» (81). A nuestro entender, este añadido es merecedor de aplauso (82).

(78) Así, LA RICA, *op. cit.*, pág. 39. También, a pesar de lo dicho en la nota anterior, ROCA SASTRE, *op. et loc. cit.*

(79) Se ha apuntado así que, aun siendo cierto el silencio normativo que a este respecto existe, ése puede ser suplido por vía analógica: artículos 30.3 RH, para el derecho de vuelo sobre fincas rústicas (para SOTO BISQUERT —*op. cit.*, pág. 926 y sigs.—, lo que hay aquí, a pesar de la letra del precepto, es un derecho de superficie, y no de vuelo), y 16.1 RH, para el derecho de superficie (regulado en el mismo precepto que nuestro derecho de vuelo, y con el que en este punto presenta innegable semejanza). En contra se orienta la Ley 428.2 de la Compilación navarra, que admite la constitución de este derecho por tiempo indefinido. Por nuestra parte creemos que, en términos generales, y sea lo que sea en el Derecho navarro, la postura más adecuada es la que se apuntará en el texto.

(80) SOTO BISQUERT, *op. cit.*, pág. 945.

(81) Se trata de un plazo máximo de operatividad general, válido por tanto para todos los supuestos, incluso el del derecho constituido sobre edificio aún no construido, tan discutido tradicionalmente (vid., por todos, BATISTA, *op. cit.*, pág. 195, y JORDANO, *op. cit.*, pág. 217), cuya única singularidad consistirá en que en este caso el titular del derecho de vuelo podrá exigir a los concedentes del mismo que levanten materialmente el edificio sobre el que aquél se apoya, y así pueda ejercitarse. En cuanto a la calificación de este plazo, SOTO BISQUERT (*op. cit.*, pág. 945) se inclina por considerar que se trata de un supuesto de resolución del negocio por incumplimiento del fin, con posible aplicación del artículo 1.124 del Código Civil. Para LA RICA (*op. et loc. cit.*) se trata de un plazo de prescripción. A nuestro juicio es preferible entender, con ROCA SASTRE (*Suplemento*, cit., pág. 29), que se trata de un plazo de caducidad.

(82) Recentísimamente, sin embargo, la Sala 3.^a del TS (sentencia de 24-2-2000) ha anulado esta letra c) del precepto, en su nueva redacción de 4 de septiembre de 1998.

5. ACCESO AL REGISTRO

Llegados aquí, queda sólo por considerar la cuestión del reflejo registral de nuestra figura, que aun no teniendo carácter constitutivo (este supuesto se mantiene fiel al sistema transmisivo del art. 609.2 del Código Civil) resulta tan importante a efectos prácticos. En este sentido, el artículo 16.2 RH establece que «el derecho de elevar... será inscribible conforme a las normas del apartado 3.º [hoy 4.º] del artículo 8 de la Ley y sus concordantes». Esto, y la propia configuración de este derecho, hace pensar que el acceso del mismo al Registro irá condicionado por lo que para la propiedad horizontal se disponga en las normas. Se puede afirmar así que, desde el momento en que ésta puede acceder al Registro, el derecho de vuelo, en la medida en que incide en su concreta configuración, tiene también acceso al mismo.

Ahora bien, sin perjuicio de lo anterior, se aprecia en este punto una cierta confusión en la doctrina, que bascula entre dos posturas distintas muy nítidas:

Alega para ello (FD 4.º) que tal plazo supone una limitación a la posibilidad de ese derecho de acceder al Registro, y por tanto a su oponibilidad frente a terceros, y que esto es contrario a lo dispuesto en el artículo 1 LH, que no establece limitación alguna en este sentido. En otras palabras: que configura para ese derecho un régimen jurídico diferente al que aplicando los principios generales de la LH le correspondería, como derecho real que es. Todo lo cual hace concluir al TS que esa modificación (la fijación del plazo) resulta impugnable, no en sí misma pero sí por la vía seguida para su establecimiento —un Reglamento, siendo así que debía haberse hecho mediante Ley—, y que por tanto procede anularla.

No nos convence a nosotros esta argumentación, que se basa fundamentalmente en considerar que los derechos reales —todos, sin distinción— son temporalmente ilimitados, y por tanto que toda restricción en ese sentido ha de venir dispuesta por Ley. Esto no es correcto. El único derecho real con potencial duración indefinida es el derecho real pleno, el derecho de propiedad. Los demás (entre ellos el de vuelo, mientras no se ejercite y diluya en el de propiedad horizontal), además de ser limitados en su contenido, lo son también en el aspecto temporal. Esto es lo que resulta de nuestro actual sistema de Derechos reales y también de nuestro Derecho hipotecario (sin que por otra parte comprendamos el sentido del recurso que el TS hace al art. 1 LH, en el que se dispone que «el Registro de la Propiedad tiene por objeto la inscripción o anotación de los actos y contratos relativos al dominio y demás derechos reales sobre bienes inmuebles»; mucho menos entendemos la alusión al art. 114 de la Ley). La circunscripción temporal es, en relación con los derechos reales limitados, una exigencia intrínseca en la que ya antes de la reforma del RH de 4-9-1998 había coincidencia. Lo que no había era plazo normativamente fijado, teniendo que ser los tribunales y la DGRN (sobre todo) quienes valoraran esta cuestión en cada caso concreto de los que se les planteaban, con lo que esto supone de variabilidad. El señalamiento de ese plazo máximo, que con la citada reforma se establece, viene a resolver esto, pero —lo volvemos a repetir— no en el sentido de introducir un límite nuevo, sino simplemente en el de precisarlo y darle fijeza. Esto es positivo, ya que se gana en seguridad jurídica. Por otra parte, esto mismo es lo que ocurre en otros casos, que sin embargo no han suscitado esta cuestión, v.gr., el derecho de superficie (art. 16.1 RH, también modificado en esta misma ocasión), el derecho de opción (art. 14 RH)...

Una es la sostenida por ROCA SASTRE, quien considera que el reflejo registral del derecho de vuelo tiene su lugar propio en la inscripción del edificio sobre el que se proyecta, no pudiendo constituir finca registral independiente hasta que se ejercite y la construcción del piso en que aquél se traduzca esté terminada, o cuando menos comenzada. Hasta ese momento, su *status* es equiparable al de los «pisos meramente proyectados», que dice el artículo 8.4, ap. 2.º *in fine*, de la Ley Hipotecaria, que «se harán constar» en aquélla (83).

Otra postura es la defendida por SOTO BISQUERT, para quien al derecho de vuelo han de aplicarse las mismas normas de inscripción que para los pisos construidos o en construcción. Esto es, que ese derecho es perfectamente inscribible desde el primer momento, en sí mismo y por sí mismo, como un piso más. Equipararlo a la situación del piso meramente proyectado supone —dice— que registralmente no tenga más protección que la de esa constancia, de valor bastante escaso, al sentir de la corriente doctrinal dominante (84).

En realidad, en esa discrepancia se mezclan dos cuestiones que conviene distinguir y tratar separadamente. Y es que, tal como ha dicho algún autor, la confusión que en este tema cabe apreciar seguramente es debida, en buena medida al menos, a la relación que habitualmente se establece entre la registración de nuestro derecho y la de esos «pisos meramente proyectados» a que antes se hacía alusión (85). Pero decíamos que son dos las cuestiones que aquí cabe distinguir. Una es la de si esa registración del derecho de vuelo conlleva o no la apertura de un folio propio e independiente para el mismo. La otra es la de determinar el concreto tipo de asiento registral que se practicará: si de inscripción (en sentido propio), o en esa ambigua «constancia» de que habla la Ley Hipotecaria. Las veremos por separado y en el orden en que han sido expuestas.

(83) ROCA SASTRE, *Derecho Hipotecario*, cit., III, pág. 334 y sigs. También LA RICA, *op. cit.*, pág. 38.

(84) SOTO BISQUERT, *op. cit.*, págs. 946 y sigs.

(85) Así lo piensa CHICO Y ORTIZ, *op. cit.*, pág. 944. Esa asimilación se puede ver muy nítidamente en las consideraciones que hace BATLLE (*Las casas divididas por pisos...*, cit., pág. 421), en principio en relación con el supuesto de inscripción registral de los pisos proyectados que permite el artículo 8.4.º LH, pero que relaciona y se pueden trasladar a nuestro supuesto. En este aspecto, critica BATLLE a quienes denostan, o cuando menos consideran anómala, la posibilidad que ese artículo permite de incorporar al Registro algo (el piso o el edificio proyectado) que no tiene entidad real actual y que por tanto —entienden— no puede ser sino de naturaleza obligacional. Y no es así, dice BATLLE: el aspecto real existe y se manifiesta en la limitación que supone con respecto al solar o a la parte del edificio ya construida. El piso proyectado, sigue diciendo, es ordinariamente un piso que se ha de construir, y que grava la parte ya materialmente existente en términos idénticos, o al menos muy semejantes, al derecho de superficie o al de sobreelevación que se regulan en el artículo 16 RH.

Por cuanto hace a la primera, y para quienes, como SOTO BISQUERT, proceden sobre la base de que el derecho de vuelo es ya, en sí mismo, un elemento integrante de la propiedad horizontal, equiparable a cualquier piso o local ya construido, la respuesta no puede ser sino afirmativa, esto es, que el vuelo abre folio registral propio, aparte del que corresponde al edificio o al solar (86). El derecho de vuelo encajaría pues en el supuesto contemplado en el artículo 8.5 LH.

A nuestro entender, sin embargo, esto no es posible. La Ley Hipotecaria, que en su artículo 8 se encarga de determinar qué es lo que constituye finca registral, y qué es lo que por tanto abre folio en el Registro, no ofrece base alguna para ello. Y la razón es clara: porque ese derecho de vuelo, aunque está llamado a desembocar y diluirse en una situación de propiedad horizontal, esto será cuando efectivamente se ejercite, pero no hasta entonces. Hasta que tal ocurra —y ya en alguna ocasión se ha apuntado que ese ejercicio es posible que no se produzca nunca—, lo que hay es un derecho real en cosa ajena. Y así, el reflejo registral del mismo debe hacerse pues en el folio del edificio ya construido, o del solar sobre el que se haya proyectado levantar aquél y al que está ya adscrito como base física común, según se vio en su momento (87).

Cuando el derecho de vuelo se ejercite, entonces se procederá a abrir folio propio al piso o pisos que se levanten (88).

(86) «Con arreglo a mi tesis —dice SOTO BISQUERT—, la constitución del derecho de vuelo puede acceder al Registro en los términos que cualquier otra unidad de propiedad horizontal» (*op. cit.*, pág. 947).

(87) Sin perjuicio de que, en caso de existir pisos o locales dentro del edificio que figuren ya como fincas registrales independientes (art. 8.5 LH), el derecho de vuelo se haga constar además en éstas mediante nota marginal. Vid. ROCA, *Suplemento*, cit., pág. 27; CAMY, *op. cit.*, pág. 687; LA RICA, *op. et loc. cit.*

(88) ¿De qué forma se hará constar esto? No es firme aquí la doctrina (vid., v.g., CAMY, *op. cit.*, pág. 688; ALVAREZ ALVAREZ, *op. cit.*, pág. 525), pues mientras unos entienden que el procedimiento a seguir es semejante al establecido para los casos de cumplimiento de condición —esto es, haciendo constar la circunstancia de la sobreelevación en nota marginal—, otros se inclinan por exigir acuerdo de la Junta de Propietarios en ese sentido. La razón de la distinción es simple: depende de si en el Registro constan inscritas o no las características concretas del piso o pisos en que la sobreelevación se va a traducir. En el segundo caso, así, ese acuerdo se orienta a que los propietarios de los pisos o locales que inicialmente integran el edificio afirmen que el piso sobreelevado se ha levantado respetando los términos en que se convino ese derecho, que registralmente no están precisados, y den su consentimiento de tal modo que pueda inscribirse. A nuestro juicio, sin embargo, lo más lógico, y creemos que hoy confirmado por los cambios que la modificación de 1998 ha introducido en el artículo 16.2 RH, en el sentido de exigir una perfecta delimitación registral del derecho de vuelo, es entender que no es en absoluto necesario el acuerdo o consentimiento de los titulares de los pisos o locales iniciales. Puesto que registralmente han de constar la extensión y los términos de ese derecho de vuelo que ahora se ejercita, la escritura de declaración de obra nueva puede ser otorgada por el solo titular del mismo, ya que el Registrador puede perfectamente comprobar su

La segunda cuestión es la del tipo de asiento en que lo anterior se traduce. El problema deriva del escaso valor, por no decir nulo, que al sentir de la doctrina más común (89) tiene esa «constancia» registral de los pisos meramente proyectados, a los que el derecho de vuelo se suele equiparar a este efecto. Si esto fuera así, si esa constancia careciera en efecto de trascendencia real actual, ciertamente habría razones para entender, con SOTO BISQUERT, inadmisibles tal solución, por las razones que a lo largo de este estudio se han venido poniendo de relieve continuamente.

Lo que ocurre es que no es ése el caso de nuestro derecho de vuelo, pues, aunque no se trata de un piso *in facto esse* (ni terminado, ni siquiera físicamente comenzado), no se trata tampoco de un «mero proyecto» (signifique esto lo que signifique) sino de un derecho real, limitado pero ya cierto, actual y perfectamente constituido (lo único eventual es su efectivo ejercicio y el resultado en que ello se traduce). Sentado lo cual, la cuestión se ve aclarada y la respuesta a la misma se deriva con naturalidad: su reflejo registral será en asiento de inscripción —el art. 16.2 RH emplea este término precisamente, y con propiedad—, en el folio del edificio, al amparo del artículo 2.2 LH (90).

concordancia o no (así SOTO BISQUERT, *op. cit.*, págs. 948-949, aunque con premisas distintas de las que aquí hemos aceptado). Se trata, como dice ALVAREZ ALVAREZ, de una simple actualización de lo que ya existía en germen en el título constitutivo de la propiedad horizontal, y que constaba en el Registro. De ello se tomará razón mediante nota marginal, extendida tanto en el folio del edificio (en donde hasta entonces figuraba el derecho de vuelo) como en las inscripciones de los pisos y locales que tuvieran ya folio propio (así, LA RICA, *op. cit.*, pág. 38; CAMY, *op. et loc. cit.*).

(89) Vid., entre otros, ALVAREZ ALVAREZ, *op. cit.*, pág. 487; VENTURA-TRAVERSE, *Derecho de propiedad horizontal*, cit., pág. 153; CAMY SÁNCHEZ-CANETE, *Comentarios a la legislación hipotecaria*, cit., pág. 684; MONET, *op. cit.*, pág. 356 y sigs.

(90) Aunque ya se ha dicho que la asimilación no es en este punto viable, y por tanto queda fuera de nuestro objetivo, queremos abundar de algún modo en esa polémica en torno a los pisos meramente proyectados de que habla el artículo 8.4, ap. 2.º, *in fine*, LH, apuntando nuestra opinión. El problema deriva de la letra del precepto, que por un lado dice que se trata de «pisos meramente proyectados», y por otro que éstos «se harán constar» en el Registro, contraponiendo esta expresión a la de «inscripción». Esto hace concluir, primero, que no se trata de derechos reales actuales, y después, por consecuencia, que su acceso al Registro, aunque a la vista del precepto no pueda negarse, en todo caso carece de trascendencia. Ante esto, ¿qué se puede decir? A nuestro entender, y con la prudencia que demanda el ser una cuestión incidental para nosotros, creemos que conviene distinguir dos aspectos. Uno es el de la determinación de a qué nos estamos refiriendo cuando hablamos de «pisos meramente proyectados». El otro es saber cuál es la trascendencia que a su constancia registral cabe atribuir.

Por lo que hace al primero, lo que en el sentir general significa esa expresión —«pisos meramente proyectados»— es que los mismos no sólo no están terminados sino que ni siquiera han comenzado a construirse, que es lo mínimo que exige el artículo 8.4 LH. Esto equivale a decir que carecen absolutamente de base física, y de ahí la consecuencia de considerar que no se trata de verdaderos derechos reales actuales. ¿Es esto correcto? A nuestro modo de ver, no del todo. Y es que, aunque la letra del artículo 8.4 LH, *in*

princip., no sea del todo clara, al decir que se inscribirán «los edificios en régimen de propiedad por pisos cuya construcción esté concluida o, por lo menos, comenzada», la doctrina (vid., por todos, ROCA SASTRE, *Derecho Hipotecario*, cit., III, pág. 334) ha venido entendiendo desde el primer momento que esa construcción comenzada se refiere al edificio, no a todos y cada uno de los pisos y locales que lo integran (de ser así, dicen DE LA CÁMARA, GARRIDO y SOTO —*op. cit.*, pág. 177, nota 35—, la propiedad horizontal sólo podría inscribirse cuando el edificio hubiera cubierto aguas, y esto no es razonable, ni sistemáticamente atendible: para eso ya estaría el núm. 3 del artículo 8 LH, resultando inútil el núm. 4). Y sin embargo todos esos pisos y locales que van a componer el edificio, incluyendo aquéllos cuya construcción material no ha comenzado siquiera, se inscriben en el Registro, aunque en el caso de estos últimos sea en el folio propio del edificio. ¿A qué se refiere entonces el ap. 2.º *in fine* de ese mismo precepto, cuando dice que los pisos meramente proyectados *se harán constar* en la inscripción del edificio o del solar? Aun reconociendo que se trata de una conjetura, pensamos cabe entender que mientras unos son pisos o locales perfectamente definidos e integrados en el proyecto a que responde la construcción en curso, los otros no pasan de ser una mera declaración de intenciones (en contra parece orientarse la Resolución de 18-4-1988). Esto, de hecho, concuerda con lo que para otorgar título constitutivo de la propiedad horizontal exige el artículo 5 LPH, que entre otras cosas habla de describir cada uno de los pisos y locales que integran el edificio, expresando su extensión, linderos, planta en que se hallaren y sus eventuales anejos, tales como garaje, buhardilla o sótano, sin que haya en el precepto base alguna para distinguir entre pisos materialmente comenzados (al menos) y pisos cuya construcción física aún no ha principiado: todos ellos integran el edificio que se somete a PH, y todos, por tanto, han de cumplir con los requisitos que se señalan (vid. MANUEL BATALLA, «La Ley sobre propiedad horizontal y el Registro», en *RCDI*, 1961, pág. 659; en contra, sin embargo, ALVAREZ ALVAREZ —*op. cit.*, págs. 490-491—, quien entiende que el artículo 8.4., 2.º *in fine* LH, se refiere a edificios en construcción, en los que exigir una perfecta descripción de los pisos podría ser molesto y costoso al coartar la libertad del constructor de introducir cambios sobre la marcha: en tal caso, dice, basta con describir el inmueble en su conjunto, sin que haya que hacer lo mismo con los pisos y locales). Los segundos, en cambio, presentan una diferencia a la hora del otorgamiento de escritura pública. Estos, al decir de la doctrina más común (por todos, ROCA, *op. cit.*, págs. 334 y 344; en contra, sin embargo, DE LA CÁMARA, GARRIDO y SOTO BISQUERT, *op. cit.*, texto y nota 36), no requieren esa descripción tan detallada, lo que conviene a algo que no pasa de ser una intención o un «mero proyecto», como reza el propio precepto. Nótese que «proyecto» a secas podría comprender los pisos del grupo anterior que no estuvieran aún comenzados. Y no se dice tal, sino «mero proyecto». ¿Qué es esto? ¿Qué diferencia puede haber entre un «proyecto» y un «mero proyecto»? A nuestro entender, esos dos factores —el ser parte de un proyecto firme y en curso, o el ser un simple propósito o intención; y el estar o no perfectamente delimitado— podrían salvar esta dificultad. Téngase en cuenta, además, en este sentido, que para autorizar e inscribir escrituras de declaración de obra nueva basta con acompañar certificación, expedida por técnico competente, en la que acredite que la descripción de la obra nueva se ajusta al proyecto para el que se obtuvo licencia (art. 37.2 de la Ley del Suelo, texto refundido de 1992, hoy art. 22 de la Ley sobre régimen del suelo y valoraciones de 13-4-1998), no siendo necesario expresar la fase de la construcción, que no se somete tampoco a control.

Lo dicho no basta sin embargo para resolver por entero la cuestión. Queda el tema de la registración. ¿Cómo puede admitirse que un simple propósito o intención tenga acceso al Registro? Siendo sinceros, hemos de confesar que no alcanzamos a encontrar explicación, y que esto puede llevar a rechazar las ideas antes expuestas. Aunque volvemos a entrar en juego cuando advertimos que, al decir de la doctrina más general, esa «constancia registral» carece de todo tipo de efectos y de trascendencia. Ese «constar en el Registro» resultaría pues indiferente: ni perjudica, ni beneficia. Esto no podría ser, si se

tratara de un piso como los demás aún no materialmente comenzados. Ha de ser «otra cosa». Y ésta pensamos que bien podría ser un simple propósito o intención, un «mero proyecto» que por desconocidas razones (al menos para nosotros) ha tenido acceso al Registro, pero que (seguramente por su propia esencia) no alcanza ni produce efecto jurídico registral alguno.

JOSÉ LUIS ARJONA GUAJARDO-FAJARDO
Profesor Titular de Derecho Civil
Universidad de Sevilla

DICTAMENES Y NOTAS

Responsabilidad de los patronos de una fundación frente a terceros

I. INTRODUCCION. RESPONSABILIDAD DE LOS PATRONOS

1. PLANTEAMIENTO INICIAL. RESPONSABILIDAD Y FUNDACIÓN

La responsabilidad civil de los patronos de fundaciones tiene particularidades muy notables no sólo por mor del interés creciente y dimensión multifacética de la responsabilidad civil, sino también en atención a la evolución de las fundaciones y su moderna concepción, funcionalidad y juego en la sociedad de hoy, en la que han pasado de tener una actividad y orientación de asistencia y beneficencia, o cultural, a una actividad, modo de operar y proyección socioeconómica mucho más dinámica, con amplia discrecionalidad de gestión por parte de sus administradores, y amplia participación en el mundo empresarial que las aproxima en el orden económico y funcional cada día más a las sociedades mercantiles.

Esta autonomía de gestión de las fundaciones modernas, con un creciente «desplazamiento de poderes» de la persona jurídica a sus gestores (fenómeno más notorio en las sociedades mercantiles) y con menor y distinto control por parte del protectorado que antes, tiene como contrapunto la necesidad de potenciar también la responsabilidad de sus gestores, que son quienes toman las decisiones, tanto frente a la propia fundación como frente a terceros, todo lo cual no es sino una manifestación concreta en este campo de la ecuación libertad-responsabilidad, general y típica en el ámbito jurídico.

Por otra parte, la responsabilidad derivada de la actividad de la fundación tiene particulares connotaciones —decía—, centradas en las propias del ilícito proveniente de una persona jurídica y las reglas de imputación de responsabilidad personal (a ella o al titular del órgano de gestión), que se acomodan

mal a los esquemas clásicos de la responsabilidad y obliga a adoptar nuevas perspectivas —ya no basta un punto de referencia subjetiva indiferenciada del hecho dañoso, sino atender a la varia etiología del ilícito y a los intereses lesionados— y a distinguir la responsabilidad de la fundación y la de sus patronos (1). El efecto lesivo del acto ilícito relacionable *prima facie* con la fundación puede ser muy amplio y variado —va desde personas concretas perjudicadas en el ámbito contractual hasta los intereses difusos de beneficiarios de la fundación (afectados directa o indirectamente)—, y obliga a relacionar ámbitos distintos de responsabilidad: el interno (fundación-patronos) y el externo (terceros-fundación-patronos); lo que determina distintos polos personales de imputación, diferentes legitimados para reclamar y acciones también distintas para hacerlo viable.

Aquí nos van a interesar los actos ilícitos y lesivos de los patronos, producidos bajo ciertos presupuestos, de los que deriva una responsabilidad autónoma para ellos frente a terceros, distinta de la imputable (en otros casos) a la fundación-persona jurídica. Mas esa responsabilidad puede presentarse, unas veces aislada y única, y otras concurrente con la de la fundación (pues no puede confundirse ni generalizarse la relación entre la responsabilidad interna y la externa): la acción para hacerla efectiva será, pues, de ejercicio autónomo o concurrente también, según casos.

2. INSUFICIENCIA NORMATIVA

Las leyes postconstitucionales (la estatal y la catalana, la vasca, la gallega), frente a criterios anteriores (2), vienen a relacionar la responsabilidad de los patronos con las obligaciones propias y directas de su cargo, establecidas en las respectivas leyes, y más en concreto con la diligencia que les es exigible (cfr. art. 15 LF y art. 12.1.c y 12.2 LcatF); criterio nuevo que puede resultar criticable, y ha sido criticado (3), por cuanto si aproxima el régimen

(1) Cfr. F. GUERRERA, *Illecito e responsabilità nelle organizzazioni collettive*, Milano, 1991, pág. 144 y sigs.; también pág. 123.

(2) En Derecho español preconstitucional la cuestión estaba mal regulada: el Real Decreto e Instrucción de 1889 (fundaciones benéfico-asistenciales) nada decía, y el Reglamento de 1972 (fundaciones culturales) —con claro precedente en el Código Civil italiano, art. 18, que no dejó de influir en ese régimen de responsabilidad— se remitía a los criterios del Código Civil, lo que permitió a la doctrina invocar el artículo 1.726 del Código Civil (sobre responsabilidad del mandatario por dolo y por culpa, que deberá estimarse con más o menos rigor por los tribunales según que el mandato sea o no retribuido), y relacionar la responsabilidad de los patronos con la retribución de los mismos; y, como no retribuidos que son, pudo aligerarse su responsabilidad.

(3) SALELLES CLIMENT-VERDERA SERVER, *El Patronato de la Fundación*, Pamplona (Aranzadi ed.), 1997, pág. 173 y sigs.

de responsabilidad de los patronos al de los administradores de las sociedades mercantiles (cfr. arts. 133 a 135 LSA) (4), no deja de ser injusta tal asimilación en razón de la gratuidad del cargo de patrono frente a las espléndidas retribuciones de los administradores de las sociedades anónimas. Ello puede, además de consideraciones teóricas y de justicia, crear dificultades en la práctica, y llevar a no pocas personas a declinar la aceptación del cargo de patrono, honorífico muchas veces.

Este nuevo régimen de responsabilidad de los patronos, que gravita eminentemente alrededor de la diligencia exigible, requería una delicada regulación de esa ecuación diligencia-responsabilidad, sutil y dada a distinciones; mas la que hay en nuestras leyes de fundaciones (estatal y autonómica) es notoriamente insuficiente (cfr. apart. 3.1).

Lo que dicen unas y otras, aunque un poco más concretas algunas en cuanto a la exención de responsabilidad, es demasiado pobre y escueto para el amplio juego de la responsabilidad, en general, y aquella en que pueden incurrir los patronos. Obsérvese que, en realidad, en la Ley estatal, después de referirse a la diligencia con que los patronos deben desempeñar el cargo (la de un «representante leal»), apenas se dice otra cosa que «los patronos responderán frente a la fundación por los daños y perjuicios que causen por actos contrarios a la ley o a los estatutos o por los realizados negligentemente» (art. 15.2), indicando luego cuándo quedarán exentos de responsabilidad. Cfr. artículo 17.1 de la ley gallega, artículo 12.1 de la canaria, y artículo 15.1 de la vasca, en términos muy parecidos; y artículo 12.2 LcatF, que remite a «en los términos que establecen las leyes» en materia de responsabilidad. Esa insuficiencia normativa —frente a la más amplia regulación en la LSA, y también se quejan sus comentaristas de deficiencias—, va a crear no pocos problemas, objeto principal de este trabajo.

3. RESPONSABILIDAD DE LOS PATRONOS FRENTE A LA FUNDACIÓN Y FRENTE A TERCEROS

Al relacionarse las fundaciones con su entorno social y económico pueden derivarse perjuicios para otras personas, que cabe contemplar en un doble plano y planteamiento, según quién sea el lesionado o el causante del perjuicio. Podemos considerar:

- a) la responsabilidad de los patronos por los perjuicios por ellos causados, frente a la fundación unas veces, y frente a los terceros otras; y

(4) Así lo ve también DE LORENZO GARCÍA, comentario al artículo 15, en AA.VV., *Comentarios a la Ley de Fundaciones y de Incentivos Fiscales*, Madrid, 1995, pág. 134.

- b) los perjuicios sufridos por los terceros que se relacionan con la fundación y sus gestores, causados por (o imputables a) la fundación, en ocasiones, o por (o imputables a) los patronos en otras.

Será necesario hacer las correspondientes distinciones y precisiones. Ahora me ocupo, para empezar, de la primera cuestión: de distinguir la responsabilidad de los patronos frente a la fundación por los daños producidos a la misma, de aquella otra por daños a ciertas personas, que llamo, por ahora, «terceros», en cuanto ajenos o externos a la fundación.

3.1. *Responsabilidad de los patronos frente a la fundación. Caracterización*

Esta responsabilidad sólo puede derivar de actos ilícitos, en cuanto no adecuados a Derecho, realizados por los patronos en el ejercicio de su cargo y función, de los que han resultado perjuicios directos o indirectos para la fundación. Corresponde a la que antes llamé relación interna, y su «etiología» puede ser amplia y varia. Pueden ser también los perjuicios muy variados (todos los que el Derecho toma en consideración a estos efectos), pero los más corrientes serán los de tipo patrimonial.

En el marco de la clásica distinción responsabilidad contractual-responsabilidad extracontractual, a la hora de calificar aquella en que pueden incurrir los patronos frente a la fundación (subrayo esto), la doctrina española se ha inclinado casi con unanimidad a considerarla como responsabilidad contractual, muy próxima a la del mandatario —a diferencia de la responsabilidad frente a terceros, que sería extracontractual—. Hoy, aunque ya no ha lugar a identificarla con o aproximarla al mandato, se insiste en que, en aquella disyuntiva, no cabe duda de que la de los patronos frente a la fundación es responsabilidad contractual (5). Argumento fundamental: el cargo de patrono es voluntario y debe ser aceptado (arts. 13.3 LF, y 8-*e* y 11.6 LcatF): esa aceptación por el patrono supone una relación voluntaria del mismo con la fundación, asimilable —dícese— a un convenio: es de tipo negocial, lo que permite construir una responsabilidad contractual, máxime cuando nuestra jurisprudencia tiene una idea tan abierta de aquella relación y de esta responsabilidad (6).

(5) Cfr. DE LORENZO, *op. loc. cit.*, pág. 135; y GUARDIA CANELA, «El control i la responsabilitat del patronat», en AA.VV., *Fundacions Privades Catalanes*, Barcelona, 1984, pág. 145.

(6) La doctrina mercantilista, con referencia a la responsabilidad de los administradores de las sociedades anónimas, partiendo de que la responsabilidad de éstos ha de derivar de actos realizados con motivo del ejercicio de sus funciones —dígase lo mismo, por lo que aquí respecta, para los patronos—, y que en tal caso y concepto actúan como

Dicha calificación de responsabilidad contractual u obligacional (y no extracontractual), lo es no tanto como derivada de un contrato determinado, real o presunto, sino por la asunción voluntaria, cuasinegocial, del cargo y por el sentido amplio que le dan nuestra doctrina y sobre todo la jurisprudencia, que la prefiere a la extracontractual y la aplica siempre que haya precedido una relación jurídica entre dañador y dañado, aunque no sea estrictamente contractual (cfr. sentencias de 26 enero y 19 de julio de 1984), así como porque de la aceptación del cargo de patrono deriva para éste la obligación de «servir el cargo con la diligencia de un representante leal» (art. 15.1 LF; cfr. las normas homólogas en las leyes autonómicas, alguna de las cuales alude a «administrador leal»), y del incumplimiento de tal obligación es de lo que deriva, precisamente, la responsabilidad de referencia (7).

No cabe ignorar, sin embargo, que la obligación del patrono es muy general (servir el cargo con la diligencia de un administrador o de un representante leal) e igualmente su actuación infractora, bien alejadas una y otra de las concretas y tipificadas (o atípicas) de los contratos usuales en el tráfico jurídico, con lo que en la realidad y dinámica social se puede aproximar bastante a la forma corriente en que se producen los hechos y deriva responsabilidad extracontractual (aunque el deber jurídico y la infracción del patrono no sea tan genérica como el *alterum non laedere*, justificación básica del art. 1.902 del Código Civil) (8).

órgano de la persona jurídica, han sugerido el calificar la responsabilidad de referencia como orgánica, lo cual permitiría definirla mejor (no afectará al que no forme parte del órgano, ha de actuar en esta calidad y dentro de las competencias que le estén atribuidas legal o estatutariamente, etc.) —véase VITTORIO BENNANI, «La responsabilità degli amministratori di fondazioni con particolare riguardo alle fondazioni culturali», en *Archivio della responsabilità civile*, 1967-II, pág. 1189; en la doctrina española, SÁNCHEZ CALERO, *Comentario a la Ley de Sociedades Anónimas*, t. IV, Madrid, 1994, pág. 242 y sigs.; y SALELLES-VERDERA, *op. cit.*, pág. 175-176—. Aparecería, así, un *tertium genus* o nuevo tipo de responsabilidad, al margen de las dos conocidas y arriba citadas.

Mas, sin dejar de ser ello cierto, no se ve la utilidad que puede reportar esta última distinción y calificación, ya que en nuestro sistema jurídico está poco elaborada doctrinalmente esa categoría jurídica de responsabilidad orgánica y, sobre todo, no tiene reconocido un régimen legal distinto de las clásicas responsabilidad contractual y extracontractual, por lo que es poco útil hablar, con un mínimo pragmatismo, de responsabilidad orgánica (¿cuál sería, por ejemplo, el plazo de ejercicio de la acción para exigirla?), independiente de aquéllas, a las que hay, por tanto, que volver la vista de nuevo (en el mismo sentido, otra vez, BENNANI, *op. loc. cit.*).

(7) En el mismo sentido opina la doctrina mercantilista en relación con la responsabilidad de los administradores de la sociedad anónima (cfr. art. 133 de la Ley correspondiente). Véase, por todos, POLO SÁNCHEZ, *Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles* (dir. URÍA-MENÉNDEZ-OLIVENCIA), t. VI, Madrid, 1992, pág. 372, y doctrina que cita.

(8) Como alternativa a aquel planteamiento bipolarizado, ¿cabría pensar en algo parecido a la responsabilidad del artículo 1.591-1.º del Código Civil, y hablar de una especie de responsabilidad *ex lege*, como se ha dicho de la de ese precepto? No lo creo.

3.2. *Responsabilidad de los patronos frente a terceros. Puntos comunes y notas diferenciales con la anterior*

Los terceros (ciudadanos corrientes) que se relacionan con la fundación y su entorno jurídico pueden resultar perjudicados de múltiples formas, según quién sea el autor y en qué calidad actúe. Las acciones de que disponen pueden ser y dirigirse: *a)* contra la fundación, por responsabilidad de ésta como persona jurídica, sea contractual o extracontractual; *b)* contra los patronos, por actos individuales de éstos (no en el ejercicio de las funciones del órgano de gobierno), en cuyo caso se trata de la acción ex artículo 1.902 del Código Civil contra una persona física que accidentalmente resulta ser patrono de una fundación; y *c)* contra los patronos, por actos ilícitos suyos en el ejercicio de sus funciones de órgano de gobierno de la fundación.

Ahora estoy pensando en, y aquí nos interesa sólo esta última acción.

Esta responsabilidad de los patronos es exigible individualmente a aquél (uno o varios; quizá todos) en quien concurran los presupuestos legales pertinentes que diré, y el patrono actúe en tal calidad (en el ejercicio de su cargo o función) y dentro de sus competencias como miembro del órgano de gobierno (cfr. sentencia de 5 de diciembre de 1991, para una sociedad mercantil). No es una responsabilidad del patronato como órgano de gobierno institucional, sino de los patronos que debían cumplir efectivamente ciertas competencias de órgano y que de modo individual, por negligencia, han dejado de cumplir, de tal modo que aquellos que puedan probar que no han participado en el acto lesivo y que no han incurrido en omisión de la diligencia que les era exigible, estarán exentos de responsabilidad. El artículo 15.2 LF estatal y otras autonómicas lo dicen con más claridad que el artículo 12 de la LcatF, pero para todas es evidente que el régimen (de responsabilidad y de exención) es idéntico por mera interpretación de los respectivos preceptos en el contexto en que se producen.

La diferencia entre una y otra responsabilidad —frente a la fundación o frente a los terceros— reside en que en este segundo caso hay lesión directa de un interés de esos terceros, y suyo es el bien protegido: los terceros son titulares del interés y por tanto de la acción de responsabilidad, individualmente considerados (simple aplicación del art. 1.902 del Código Civil). En cambio, en la responsabilidad frente a la fundación, el bien jurídico protegido y el interés lesionado es de ésta, y ella misma la titular (como persona jurídica) de la acción, aunque indirectamente puedan haber resultado perjudica-

Mas tampoco me opondría drásticamente a esta calificación (ni entraré en el debate dogmático) porque a falta de reglas propias precisas, sobre todo en la LcatF (como sí las tiene el art. 1.591-1.º), el régimen jurídico aplicable a la responsabilidad del patrono no diferirá mucho de la que he predicado como contractual.

dos también algunos terceros —acreedores de la fundación que no pueden cobrar o beneficiarios que gozan de peores servicios por la ruina de la fundación—, y la legitimación para accionar en este caso pueda ser a veces más amplia, según la ley aplicable, estatal o autonómica (en ocasiones, el protectorado, quizá incluso el fundador).

Aunque se ha aducido que la actuación (ilícita) de los patronos en el ejercicio de su función orgánica obliga a la fundación por mor de ese ejercicio y función —pues como órgano de la persona jurídica a ésta se debe imputar directamente su actuación, y que por ello la responsable debe ser la persona jurídica (CAFFARENA LAPORTA)—, hay que distinguir en qué calidad actúan los patronos. A este respecto, si bien cuando lo hagan como representantes de la fundación es ésta la que queda obligada frente a terceros —efecto representativo, aunque esa representación sea orgánica—, en cambio cuando actúen como meros gestores pueden quedar obligados, responsables personalmente, los propios patronos.

3.3. *Responsabilidad conjunta de la fundación y de los patronos frente a terceros*

Al lado de los casos anteriores puede presentarse también el de ciudadanos que se relacionan contractualmente con la fundación (proveedores, arrendadores de servicios), en cuyo curso relacional la fundación deja de cumplir el contrato por un comportamiento ilícito y lesivo de los patronos en uso de su libertad decisoria en el marco de su posición y vínculo legal, estatutario y endoorganizativo. La ilicitud de la conducta del o de los patronos radica en la violación de un genérico *alterum non laedere*, al tiempo que ellos no tienen un específico deber de obrar diligentemente frente al tercero contraparte de la fundación (9). Se trata de dos responsabilidades distintas por la autonomía del ilícito extracontractual del patrono (persona física) respecto de la relación de la fundación (persona jurídica) con terceros.

Hay, en ese caso, una acumulación de la responsabilidad aquiliana del patrono a la contractual de la fundación por su incumplimiento (como parte negocial que es): es la incidencia del acto impeditivo (del patrono) del cumplimiento contractual y su responsabilidad (también del patrono) que se une a la responsabilidad contractual de la fundación, que, como parte negocial, ha incumplido.

En estos casos el acto doloso o culposo del patrono lesiona el derecho de crédito del tercero: es el caso más claro de concurrencia del ilícito y respon-

(9) L. PICARDI, «Responsabilità degli amministratori e tutela dei terzi», en *Riv. Critica del Diritto Privato*, 1994-3, pág. 414 y sigs.

sabilidad extracontractual del agente (patrono) con el incumplimiento y responsabilidad de la fundación. Tal supuesto se presenta en la realidad cuando la obligación contractual de la fundación tenga por objeto un *facere*: la responsabilidad del patrono, concomitante con la de la persona jurídica surgirá de la violación de la conducta debida por aquél en cuanto le compete ejecutar el contrato con la debida diligencia. Otras veces —quizá menos frecuente— la acumulación de responsabilidades puede presentarse con ocasión de la interferencia lesiva del patrono en la formación del vínculo contractual: culpa in contrahendo o contractual de la fundación y aquiliana de aquél.

A esta acumulación me referiré al hablar del ejercicio efectivo por el tercero perjudicado de la acción de responsabilidad pertinente.

II. RESPONSABILIDAD DE LOS PATRONOS FRENTE A TERCEROS. HIPOTESIS POSIBLES

1. PERJUICIO DE TERCEROS PROVENIENTES DE LA FUNDACIÓN Y SU ENTORNO

Voy a replantear la cuestión que dejé apuntada: la posición de los terceros perjudicados, según el origen de los daños producidos en sus intereses. Se trata, en realidad, del mismo problema anterior, visto con óptica diferente. Desde esa perspectiva, en su relación con la fundación y su entorno jurídico, los terceros pueden resultar perjudicados:

- a) Unas veces, por la propia fundación (y será responsable ésta). La persona jurídica no actúa directamente en su relación con otros operadores jurídicos, como lo hacen las personas físicas; actúa y se relaciona por medio de sus órganos. Pues bien: cuando el acto lesivo se haya realizado por actuación de los órganos representativos de la fundación, es decir, los patronos actuando precisamente como órganos de representación de la fundación, el acto no es ya personal de esas personas físicas que son los patronos, sino acto (jurídico) de la persona jurídica fundación, y a ésta le es imputable; es la fundación la que ha dañado al tercero: por eso es la responsable.
- b) En otras ocasiones los daños a terceros provienen de los patronos, pero ya no como órganos representativos de la fundación, sino en otro concepto jurídico, ya insinuado antes. Para estudiar aquí la responsabilidad de esas personas físicas, que son los patronos, es necesario que actúen como tales, es decir, como miembros del patronato, órgano de la fundación, y en el ejercicio de su cargo y funciones —pues en otro caso no hablaríamos de responsabilidad de los patronos, sino de Juan o de Pedro—. Mas para ser acto suyo y no de la funda-

ción han de haber actuado no en función representativa (en nombre y representación de la persona jurídica, y en el marco de esas competencias, sin excederse de los poderes representativos, estatutarios u otros), sino en otra función, con otro cargo que, sin ser representativo, sea propio de patrono. Esa función y cargo es el de gestor, sea administrador de la fundación, sea ejecutor de acuerdos fundacionales.

Esta responsabilidad de los patronos se basa en el *neminem laedere* y, en nuestro sistema jurídico, en el artículo 1.902 del Código Civil, con tal claridad que apenas necesita de mayor justificación, por ahora.

2. HIPÓTESIS DE PERJUICIO DE TERCERO CAUSADO POR LOS PATRONOS

A) «*Terceros*», a los efectos que aquí interesan, son cuantas personas puedan resultar perjudicadas, distintas de la fundación. Esas personas pueden ser:

- a) unas veces, las que se relacionan con la fundación en el tráfico jurídico habitual: cocontratantes, proveedores de servicios, acreedores, empleados de la fundación; incluso, en alguna ocasión, otros patronos interesados en la actividad de esta persona jurídica;
- b) otras veces, perjudicados pueden resultar los beneficiarios de la fundación, que en este plano son meros, aunque cualificados, terceros, en tanto que personas distintas de la fundación y de sus órganos de gobierno;
- c) verosímilmente, en alguna ocasión, el propio fundador (pues una vez constituida la fundación, ésta es persona distinta e independiente de él), cuyo interés legítimo en salvaguardar los fines y medios fundacionales parece evidente y, si lesionado, especialmente protegible.

B) Cuestión distinta es la de los *casos o hipótesis* que se pueden presentar de perjuicios para esos terceros, que lo son también de responsabilidad de los patronos frente a los mismos. La realidad es mucho más rica que la imaginación del jurista (y, desde luego, que la mía). Puede haber muchos otros supuestos de hecho, pero creo que la mayor parte de ellos podrían quedar tipificados en estas *hipótesis*:

- a) cocontratantes de la fundación con quienes se incumpla (en sentido amplio) el contrato pertinente por una actuación ilícita del o los patronos encargados de su cumplimiento o gestión (añado esto para distinguirlo de la actuación representativa de los patronos, que comprometería directamente a la fundación, y sería ésta la incumplidora responsable);

- b) acreedores de la fundación que no pueden cobrar de ésta por maquinación de los patronos, o por concreta y negligente actuación, o si dan lugar a insolvencia de la fundación sin acudir a un procedimiento de realización universal en que los acreedores sean tratados con arreglo al principio de la *par conditio creditorum* o no gocen en el mismo de la preferencia que les corresponda para cobrar (10);
- c) terceros cuyo derecho de cualquier otra clase frente a la fundación es violado por una actuación gestora de los patronos: información inexacta de la situación económica o financiera de la fundación (cuentas anuales incorrectas, balances inexactos producidos dolosa o culposamente) que confunda a las personas que pretendan emprender relaciones comerciales o de otro tipo con la fundación (proveedores, clientes); informe erróneo o mendaz sobre un beneficiario de la fundación emitido desde idéntica función que perjudica al informado, etc.;
- d) empleado de la fundación injustamente despedido de su puesto de trabajo o actividad por el patrono-gerente tras enfrentamiento personal o funcional;
- e) beneficiarios de la fundación afectados por ciertas decisiones de los patronos en el mismo marco (ejercicio del cargo, función no representativa) que les perjudiquen directamente: privación o vulneración de derechos, discriminación o postergación en su disfrute, falta de publicidad de los beneficios de la fundación por negligencia grave que impide que alguna persona no pueda disfrutarlos teniendo derecho a ello.

III. CONCRECIÓN DE LA «FATTISPECIE». PRESUPUESTOS DE LA RESPONSABILIDAD DE LOS PATRONOS FRENTE A TERCEROS

1. REGULACIÓN PLURAL EN DERECHO ESPAÑOL

La regulación de la responsabilidad de los patronos es insuficiente y deficiente en nuestras leyes de fundaciones, estatal y autonómicas (unas más explícitas que otras, a veces en el régimen de exención de responsabilidad). Veamos lo que esa normativa nos ofrece:

A) *Ley estatal de fundaciones* (1994): artículo 15, que, tras decir que «los patronos deberán desempeñar el cargo con la diligencia de un representante leal», se refiere luego únicamente a su responsabilidad «frente a la

(10) Cfr. sentencias de 28 de diciembre de 1991 y 21 de mayo de 1992, y SÁNCHEZ CALERO, *op. cit.*, *ad* artículo 135 LSA, págs. 324 y 329, en relación con la sociedad anónima.

fundación por los daños y perjuicios que causen por actos contrarios a la ley o a los estatutos o por los realizados negligentemente». En el número 3 habla de la legitimación para entablar esa acción. Guarda total silencio acerca de la responsabilidad frente a terceros.

B) *Ley catalana de fundaciones* [LcatF]: artículo 12.1-c): «los componentes del patronato están obligados a: ...c) servir el cargo con la diligencia de un administrador leal, según establecen la Ley y los Estatutos»; artículo 12.2: «los componentes del patronato son responsables del cumplimiento de estas obligaciones en los términos que establecen las leyes». La remisión a las leyes, sin concreción, permite pensar en la inclusión de cualquier perjudicado (también de los terceros).

C) *Ley 7/1983, de 22 de junio, de régimen de las fundaciones de interés gallego* [LgallF]: el artículo 16.3 obliga a «los miembros del órgano de gobierno» de las fundaciones a «servir el cargo con la diligencia de un administrador leal, según establezca la ley y los estatutos»; y el artículo 17.1 dice que «los miembros de los órganos de gobierno de la fundación son responsables, frente a ella, en los términos que establezcan las leyes. Quedarán exentos...»; y luego establece la legitimación para exigir esa responsabilidad.

D) *Ley 1/1990, de 29 de enero, de fundaciones canarias* [LcanF]: en términos prácticamente idénticos (arts. 11-c y 12.1) a la gallega. Nada tampoco (como en la ley estatal) sobre la responsabilidad frente a terceros.

E) *Ley 12/1994, de 17 de junio, vasca de fundaciones* [LvascaF]. Cabe reproducir lo dicho: el mismo régimen de obligaciones de los patronos (art. 13) y de responsabilidad de los mismos: «los miembros del órgano de gobierno son responsables frente a la fundación en los términos que determinen las leyes» (art. 15.1); en el número 4 regula la legitimación para ejercitar «dicha acción de responsabilidad».

La única excepción a tal silencio legal podemos encontrarla en el Reglamento Regulador del Protectorado de Fundaciones Gallegas (Decreto de 18 de junio de 1992), que prevé, junto a la acción fundacional de responsabilidad, una acción individual de responsabilidad contra los patronos que pueden entablar personalmente los beneficiarios y otros afectados. Volveré sobre ella cuando estudie tal acción.

La expresión demasiado parca y general de la ley catalana, con la remisión que hace, y el silencio de todas las otras (salvo el aludido Reglamento gallego) en punto a lo que aquí interesa, no es obstáculo para poder afirmar, rotundamente, que cuando los patronos causen ilícitamente daños a terceros (distintos de la fundación) en el ejercicio de su cargo de tales deben responder de los mismos según los criterios normativos generales sobre responsabilidad extracontractual de nuestro ordenamiento, sustancialmente el artículo 1.902 del Código Civil.

El problema no es tanto ése (responsabilidad sí o no), cuanto el de individualizar los supuestos en que resulten los patronos efectivamente responsables (es decir, los presupuestos exigibles), y el tipo de acción para hacer efectiva esa responsabilidad. De los presupuestos me ocupo seguidamente. De las acciones hablaré más adelante.

2. PRESUPUESTOS ESPECÍFICOS DE LA RESPONSABILIDAD DE LOS PATRONOS FRENTE A TERCEROS

Aludidos ya brevemente al distinguir la responsabilidad de los patronos frente a terceros de la responsabilidad frente a la fundación, voy a concretar aquí, con mayores precisiones, los presupuestos específicos de aquella responsabilidad (la frente a terceros). Cuestión importante esta de su delimitación, porque ello permite, a su vez, diferenciar una y otra acción, lo que trasciende a los legitimados para ejercitarlas y otros extremos, y a los respectivos efectos (a la hora de cobrar el actor: directamente del patrimonio del demandado, o por conducto de la fundación y hasta donde pueda).

Tales *presupuestos específicos* son, sustancialmente, éstos:

A) *Acto ilícito*. Es el requisito primero de la responsabilidad civil (sin aquél no se produce ésta). Ha de ser acto de los titulares del órgano de gobierno de la fundación, y del mismo derivar una responsabilidad personal e individual de esos titulares (patronos), no del órgano (patronato) como tal. Recuérdese lo dicho en apartado I.3.2.

La ilicitud, para que haya esta responsabilidad, puede consistir, según nuestras leyes de fundaciones, en el incumplimiento de las obligaciones legales o estatutarias que conciernen a los patronos, o en la existencia de negligencia o dolo en el desempeño de su cargo.

Como elemento estructural que es la actuación ilícita de la responsabilidad, y requisito para el éxito de la acción correspondiente, volveremos a verlo más adelante, en que concretaré el tipo de ilicitud que interviene aquí.

B) *Actuación en el ejercicio del cargo de patrono*. Esta es la nota típica, más caracterizada y mejor definidora de la responsabilidad que ahora estudio, porque si se trata de actos de esa persona, que es el patrono, al margen de sus funciones de gobierno de la fundación (por ejemplo, si atropella a un peatón conduciendo su automóvil particular), entonces se convierte en responsabilidad individual (de la persona concreta, no del patrono) y responde él personal e individualmente, como simple ciudadano, frente al tercero perjudicado (cfr. sentencia de 5 de diciembre de 1991, sobre responsabilidad de administradores de SA).

Para que haya lugar a la acción de responsabilidad del tercero perjudicado contra él o los patronos es imprescindible, pues, que el acto lesivo derive de

actuación de los patronos en el ejercicio de tal cargo, con independencia del hecho de que conozcan o no si ese acto estaba comprendido dentro de las competencias del órgano de gobierno de la fundación. Sólo importa, en cuanto afecta a este presupuesto, que objetivamente se haya realizado ejerciendo funciones de gobierno de la fundación: otra cosa es el tipo de ilicitud (a lo que podría afectar ese conocimiento de si ha actuado dentro de su competencia), que veremos también.

Más conflictivo es saber qué actos son o quedan comprendidos «en el ejercicio del cargo», pues son muy amplias las funciones que corresponden a los patronos.

En general se dice que la actuación del patronato, los actos de éste en el ejercicio de tal cargo, son actos de la fundación (persona jurídica que actúa por medio de su órgano). Mas hay que distinguir, pues las funciones del patronato son diversas. La Ley de Fundaciones de 1994 se refiere al patronato como «órgano de gobierno y representación» de la fundación (art. 12.1); en términos semejantes las leyes autonómicas.

Los actos de que responden los patronos frente a terceros son los realizados en el ejercicio del cargo, pero no obrando en nombre de la fundación, que vincularía a ésta y serían actos de la persona jurídica; aquellos actos serán, en la terminología del artículo 12.1 LF, los que hagan los patronos como órgano de gobierno (gestión, administración, ejecución) pero no en representación de la fundación (11).

Creo que también quedan comprendidos en el supuesto que me ocupa los actos de los patronos que, aun realizados en el marco de su cargo o función, no pertenezcan al ejercicio de las facultades atribuidas a su competencia orgánica (12); pero frente a terceros sólo nacerá la responsabilidad de que ahora hablo de una actuación culposa de los patronos siempre que, tratándose de actividad orgánica (como órgano de gobierno, en sentido amplio), se trate de actos de gestión y no representativos. En cambio, no será de su responsabilidad el acto lesivo que derive de una imperfecta organización o funcionamiento de la fundación, ni el que entre en el legítimo ejercicio de un poder discrecional suyo o provenga de lo que se llama riesgo de la empresa.

(11) Los mercantilistas distinguen —para una situación semejante en las sociedades anónimas y a efectos del art. 135 LSA— entre los actos de los administradores realizados dentro y fuera de la relación orgánica de los cuales respondería la sociedad en el primer caso y personalmente los administradores en el segundo. Cfr. POLO (*op. cit.*, pág. 373), que matiza esa posición y distinción, y limita la responsabilidad frente a terceros al caso de actuación no representativa del administrador, pero investido de ese cargo.

(12) Véase mi trabajo *Gobierno de la fundación y responsabilidad de los patronos* (referido a la Ley catalana de fundaciones), conferencia dada en las «Jornadas de estudio y reflexión» sobre dicha ley (Barcelona, 13-14 de junio de 1997), pendiente de publicación, al parecer, próxima.

Por razón de la protección de la apariencia jurídica y de la buena fe, deben calificarse como actos generadores de esta misma responsabilidad los de los patronos cuyo nombramiento es ineficaz (*ab initio* o *a posteriori*) por la causa que fuere y que no se refleje en la inscripción correspondiente en el Registro de Fundaciones, a relacionar con la buena fe del perjudicado.

En algún caso pueden resultar responsables los patronos por actos realizados por personas en quien ellos hayan delegado ciertas funciones (cfr. art. 14.1 LF): en otro u otros patronos (delegación de funciones *stricto sensu*) o nombrando apoderados —más dudoso, o no siempre, en cuanto a éstos, cuya responsabilidad deberá regirse en algún caso por las normas de la relación causal subyacente—. En todo caso, compete al patronato, como órgano de gobierno con responsabilidades en cuanto tal, controlar el ejercicio efectivo de las competencias y funciones que le alcanzan, aunque sea a través de esos delegados o apoderados de que pueden servirse, que no dejan de ser meros instrumentos en el desempeño de su cometido. En esa inteligencia, si tales delegados o apoderados realizaren algún acto ilícito de los que hemos considerado aptos para generar la responsabilidad que me ocupa, esta responsabilidad alcanza a los patronos por una culpa *in vigilando* por su deficiente control (que como órgano de gobierno les compete, según visto), y que puede llegar incluso a imponerles una actitud positiva de vigilancia y control (13).

C) *Lesión al interés del tercero: perjuicio directo*. Este perjuicio *directo* de los terceros es otra nota distintiva de la responsabilidad frente a ellos respecto de la frente a la fundación (extremo que aparece con claridad en el art. 135 LSA para la allí llamada «acción individual de responsabilidad»). Se trata de un daño sufrido por el titular del interés lesionado: daño directo o primario, y no daño reflejo (por repercusión) o indirecto. Obsérvese que ambos pueden quedar afectados por el acto ilícito de los patronos: daño cuantioso al patrimonio fundacional (por una gestión económica gravemente imprudente), que es directo para la persona jurídica e indirecto (al quedar arruinada) para los beneficiarios de la institución y acreedores de la misma. Esa exigencia de perjuicio directo del tercero justifica su acción directa frente a los patronos.

La dificultad fundamental, en cuanto a este presupuesto, se presentará, a veces, en la práctica, en un doble sentido: *a)* a la hora de establecer el nexo de causalidad entre el comportamiento ilícito del patrono y el daño (directo) del perjudicado, por la posible relación con e interferencia de la persona jurídica en algún caso (cfr. sentencia de 21 de mayo de 1992, en que fue ese problema de relación de causalidad el que frustró la acción individual contra los administradores de una SA); y *b)* la distinción del daño directo del indirecto. Cuestión importante esta última, pues sólo respecto del directo, cuando

(13) Cfr. POLO, *op. cit.*, pág. 293, para la responsabilidad de los administradores de SA.

lo sufran, pueden ejercitar los terceros su acción individual, directa, y cobrar ellos solos y directamente lo que pueden de los patronos demandados; porque si los daños son directos para la fundación e indirectos para los terceros, legitimada para reclamar el resarcimiento es sólo la fundación y ésta cobrará lo que pueda, y únicamente por su conducto y hasta donde les llegue los acreedores y otros perjudicados (14).

La diferencia, en mi opinión, estaría en que se trata de daños indirectos para los terceros (de quienes me ocupo ahora) si la disminución patrimonial de la fundación reduce la posibilidad de cobrar los acreedores de la misma, o de percibir los beneficios fundacionales los beneficiarios, o los ven disminuidos. Daños directos serían los demás: el perjuicio de los terceros no pasa por el de la fundación, sino que les llega de forma inmediata (negación a un enfermo de un tratamiento médico por decisión del patrono encargado de ese servicio; exclusión de un profesional por el patronato en la gestión de un servicio concreto de la fundación).

IV. ACCIONES A DISPOSICION DE LOS TERCEROS FRENTE A LOS PATRONOS

1. EN GENERAL. NECESIDAD DE INTEGRACIÓN NORMATIVA

Me refiero ahora a los mecanismos de que pueden disponer los terceros perjudicados en los términos que acabamos de ver para obtener la reparación correspondiente a la responsabilidad de los patronos: la acción o acciones que ejercitar y sus principales problemas y soluciones.

En la Ley catalana de fundaciones —la más explícita a este respecto— no hay otra referencia normativa que la expresión ya transcrita de su artículo 12.3 (cuando concede legitimación a «aquellos que estén legitimados de acuerdo con las leyes»: en idénticos términos las leyes gallega y canaria). Callan, en cambio, la ley estatal y la vasca. Ante tal parquedad normativa, además de las leyes generales y por su propia deficiencia (¿laguna legal?) habrá que recurrir a los procedimientos legales de integración. A este respecto, cabe pensar en una doble vía de reclamación de responsabilidad por los terceros frente a los patronos por actos ilícitos y lesivos de éstos en el ejercicio de sus funciones y competencias: me refiero a la acción subrogatoria del artículo 1.111 del Código Civil cuando la propia fundación no haya accionado contra los patronos reclamando en nombre propio por sus perjuicios, y a la acción directa de los terceros frente a los mismos patronos causantes del daño.

(14) Cfr. SÁNCHEZ CALERO, *op. cit.*, pág. 323, y jurisprudencia que cita, referida a actos de administradores de SA.

Por múltiples razones no puedo detenerme ahora a estudiar con detalle ambas acciones y sus concretos problemas. Me limitaré a justificar la procedencia de la primera, seguidamente, y las cuestiones más interesantes o conflictivas que suscita la segunda, en el próximo apartado.

2. ACCIÓN SUBROGATORIA

La subrogatoria, por lo que aquí interesa, es una acción general a disposición de los acreedores que no pueden cobrar de otro modo cuanto se les debe (art. 1.111 del Código Civil), como instrumento para hacer efectivo (aquí) un interés legítimo del tercero perjudicado, acreedor de la fundación, frente al patrono o patronos que serían, a su vez, responsables frente a esa persona jurídica por la actuación negligente o malévola en el ejercicio de su cargo, de la que ha sufrido daño directo la propia fundación.

Recuérdese que la acción subrogatoria viene definida como la acción del *creditor creditoris* (aquí, el tercero, respecto de la fundación) contra el *debitor debitoris* (el patrono, respecto de la fundación). Se trata de una acción indirecta para el caso de que el tercero (por ejemplo, un acreedor) perjudicado no pueda cobrar de su deudora, la fundación, por insuficiencia del patrimonio de ésta. Es un caso de separación entre titular de la acción y legitimado para su ejercicio (legitimación indirecta por sustitución). En este caso están legitimados los terceros, acreedores y beneficiarios de la fundación, para reclamar contra los patronos por los perjuicios causados a la fundación si no lo hace esta última contra aquéllos (cosa posible por cuanto son los propios patronos los gestores de la persona jurídica y muy probablemente no acordarán que ésta accione contra ellos). Esa legitimación es sólo de ejercicio —la acción es de la fundación, perjudicada directa—, de carácter subsidiario respecto de la propia fundación (si no reclama ella) (15).

En apoyo de la viabilidad de esa acción subrogatoria en nuestro caso, además de su justificación ex artículo 1.111 del Código Civil, cabe citar el artículo 134.5 de la LSA («los acreedores de la sociedad podrán ejercitar la acción social de responsabilidad cuando no haya sido ejercitada por la sociedad o los accionistas, siempre que el patrimonio social resulte insuficiente para la satisfacción de sus créditos»), aplicable aquí por analogía en

(15) La doctrina mercantil admite, en general, esta acción subrogatoria a favor de los acreedores que no pueden cobrar de otro modo; acción de que es titular la sociedad, y los acreedores gozan de una mera legitimación para su ejercicio, con carácter subsidiario y en interés de la sociedad (cfr. POLO, *op. cit.*, pág. 298, y doctrina que cita). Este autor dice que esa legitimación de los acreedores «no deja de ser bien una variante de la acción subrogatoria establecida en el artículo 1.111 del Código Civil (...), bien una aplicación específica de la misma».

lo menester, habida cuenta de que el régimen de responsabilidad de los patronos de la fundación es prácticamente idéntico al de los administradores en las sociedades anónimas —todas esas normas siguen la línea marcada por la Propuesta de Quinta Directiva comunitaria relativa a sociedades mercantiles—.

En nuestra doctrina, y en ese contexto legal, alude a esta acción subrogatoria como apta para exigir responsabilidad los terceros frente a los patronos de una fundación R. DE LORENZO (16).

En esa inteligencia tienen legitimación activa los acreedores de la fundación para el ejercicio de esta acción y exigencia de responsabilidad; legitimación subsidiaria, por cierto: sólo en el caso de que la reclamación no haya sido realizada antes por la fundación contra sus patronos autores del acuerdo lesivo, acto ilícito y perjudicial, como ocurre en general en la acción subrogatoria del artículo 1.111 del Código Civil, y en la acción *ex* artículo 134.5 LSA.

Otro requisito para el ejercicio de la subrogatoria es la necesidad de insuficiencia del patrimonio de la fundación para hacer frente a la indemnización por su incumplimiento contractual: es el requisito de «después de haber perseguido los bienes de que está en posesión el deudor [sin éxito, obviamente] para realizar cuanto se les debe», del artículo 1.111. En este punto puede haber algún problema para el ejercicio de esa acción por los acreedores en orden a la prueba de insolvencia: pienso que puede obtenerse de la rendición de cuentas de la fundación al Protectorado (cfr. art. 15 en relación con el 13 LcatF) —salvo dificultad legal de estos terceros acreedores para obtener del Protectorado esos datos—.

Por lo demás, en cuanto a la mecánica funcional de la acción subrogatoria, me remito a la doctrina y jurisprudencia correspondiente, que omito aquí por general y poco problemática.

V. REGIMEN JURIDICO DE LA ACCION INDIVIDUAL O DIRECTA DE RESPONSABILIDAD CONTRA LOS PATRONOS

1. SU JUSTIFICACIÓN EN NUESTRO SISTEMA JURÍDICO

Ni siquiera aludida en las otras leyes españolas de fundaciones, y tampoco prevista directamente en la ley catalana, es, sin embargo, ésta la única que permite argumentar mejor a su favor por cuanto dice que la acción de respon-

(16) «Mediante el encuadre de la pretensión de indemnización —dice— en el campo de aplicación de la acción subrogatoria del artículo 1.111 del Código Civil» (*op. cit.*, pág. 137, donde se remite a VICENT CHULIÁ, que invoca aquella acción para el caso de acreedores de la sociedad anónima).

sabilidad podrá ser ejercida «...o por aquellos que estén legitimados de acuerdo con las leyes». La amplitud de esta expresión permite pensar en la legitimación de los terceros perjudicados frente a los patronos responsables.

Mas tampoco es esta acción totalmente ajena a nuestra legislación de fundaciones. A otro nivel normativo, el Decreto regulador del Protectorado de fundaciones gallegas prevé, junto a la acción fundacional, una acción individual de responsabilidad contra los patronos que pueden entablar personalmente los beneficiarios y demás afectados por la actuación de la fundación para obtener la indemnización que les corresponda por los actos del órgano de gobierno o de sus miembros que lesionen directamente sus derechos o intereses legítimos (art. 15). Por otro lado, en un ámbito jurídico próximo, referente también a personas jurídicas —cuyo parecido con las modernas fundaciones ya he destacado—, el artículo 135 LSA, además de la acción social, se refiere a «las acciones de indemnización que puedan corresponder a los socios y a terceros por actos de los administradores que lesionen directamente los intereses de aquéllos».

Con estos precedentes legales creo que se puede sostener seriamente la viabilidad de la acción directa o individual —para distinguirla de la acción de responsabilidad de la fundación *versus* patronos— dentro del plural ordenamiento español de fundaciones. La doctrina (poca) que se ha ocupado de la cuestión es favorable: R. DE LORENZO (17) invoca el artículo 135 LSA como similar al supuesto aquí estudiado. Yo creo también que cabe aplicar dicho precepto por analogía a nuestro caso si se estima que hay laguna legal en cuanto no prevista directamente esta acción para fundaciones (silencio en las leyes de fundaciones estatal, gallega, canaria y vasca; parca y sólo indirecta alusión en la catalana, y de difícil cobertura con las leyes generales). Aplicación analógica, ya que, como exige el artículo 4.1 del Código Civil, hay un supuesto de hecho específico no contemplado por la norma aplicable (leyes de fundaciones), hay relación de semejanza entre el supuesto regulado (responsabilidad de los administradores de la SA, en su ley) y el problemático (la de los patronos de la fundación), y cabe apreciar identidad de razón en la solución: esto me parece indiscutible; no se me alcanza que hoy deba ser distinta la de los patronos de una fundación que la de los administradores de una SA para sus relaciones con terceros perjudicados (siquiera deba matizarse en algún aspecto a la hora de la aplicación efectiva de la norma).

Pero, aun sin necesidad de esa argumentación —sólo de valor subsidiario, en mi opinión—, la razón más sólida que puede justificar en nuestro

(17) La llama «acción *individual* o propia de responsabilidad frente a los patronos o administradores de la fundación» (*op. cit.*, pág. 137) y remite al artículo 1.902 y sigs. del Código Civil.

sistema jurídico esta acción, con uno u otro nombre, es el artículo 1.902 del Código Civil, norma general de fondo, ya que si hay un daño directo sufrido por ciertas personas —que aquí llamamos terceros para distinguirlos de la fundación con la que se relacionan— y causado por otras en el ejercicio del cargo y función de patronos, aquellos perjudicados están legitimados contra éstos en su calidad de patronos (con que actuaron) para el resarcimiento de los perjuicios sufridos: en realidad no se trata de otra cosa, aunque por mimetismo se le haya buscado otro nombre y justificación, con otros argumentos legales.

2. NATURALEZA JURÍDICA

Si, como vengo diciendo, el fundamento último de esta acción es el perjuicio directo causado a ciertas personas por actuación ilícita de los patronos en el ejercicio de su cargo y no representando a la fundación, y, por otro lado, no hay conexión previa entre dañadores y perjudicados —a diferencia de la que sí hay cuando la perjudicada es la fundación—, resulta que estamos, sin duda, ante una acción del artículo 1.902 del Código Civil: por tanto, se trata de una acción de responsabilidad extracontractual, con independencia de la relación jurídica básica que haya dado lugar a la responsabilidad (18).

Las dudas sobre su naturaleza jurídica se han producido porque los patronos actúan en tal calidad y en ejercicio del cargo, lo que obliga a pensar *prima facie* en la responsabilidad de la propia fundación por quien aquéllos actúan; más ya aludí en su momento a por qué no queda obligada ésta sino los patronos (sobre su diferencia con la acción social de responsabilidad de los administradores, cfr. sentencias TS de 21 de mayo de 1985, 4 de noviembre de 1991 y 21 de mayo de 1992).

Por razón de la naturaleza de la acción que ahora estudio será exigible una relación directa entre el acto lesivo del administrador (aquí, de los patronos) y el daño al tercero acreedor, y la intervención de culpa o negligencia en la actuación de los patronos, entendidas éstas en el sentido general del Código Civil y en el ámbito del artículo 1.902 del Código Civil. Necesaria es también la prueba de una relación de causalidad entre la acción dolosa o culposa y el perjuicio habido; este nexo de causalidad ha sido reiteradamente exigido por la jurisprudencia (véase sentencias TS de 21 de mayo de 1985, 3 de abril de 1990 y 13 de febrero de 1990).

(18) Véase, en la doctrina mercantil y para la acción individual *ex* artículo 135 LSA, POLO SÁNCHEZ, *op. cit.*, pág. 375 y sigs., y SÁNCHEZ CALERO, *op. cit.*, pág. 331-332, con otras referencias doctrinales y jurisprudenciales.

3. MODIFICABILIDAD EN ESTATUTOS DE LA RESPONSABILIDAD DE LOS PATRONOS

Los mercantilistas se han preguntado —y cabe reiterar la pregunta para las fundaciones— si cabe introducir en los estatutos correspondientes alguna cláusula de modificación de responsabilidad de los administradores (aquí, de los patronos), en particular las de exclusión o de limitación de la misma, sea a causas determinadas o en relación con la culpa o su presunción o prueba. Prestigiosos autores como GARRIGUES y QUIJANO GONZÁLEZ (19), en relación con la LSA de 1951, calificaron como de orden público el régimen de responsabilidad de los administradores de SA y, por tanto, inderogable por cláusulas estatutarias. Posición que suscriben ahora los comentaristas de la actual Ley de SA de 1991 (20), y que parece, en principio, aplicable a las fundaciones, cuyas normas sobre responsabilidad hay que entender, por ello, como de *ius cogens*.

Es cierto que esa doctrina mercantil se formó cuando, bajo la Ley de 1951, la responsabilidad de los administradores era sólo por dolo o culpa lata, y para la culpa contractual: tal solución era congruente con el artículo 1.102 del Código Civil. Hoy aquella responsabilidad no queda limitada al dolo y culpa grave, y conocido es que la doctrina y la jurisprudencia han terminado admitiendo la modificabilidad por pacto de la responsabilidad contractual dentro de ciertos límites (sobre todo, siempre que no deba entrar en juego el art. 1.102 del Código Civil). Ello me obliga a replantear la pregunta inicial, referida sustancialmente a las fundaciones.

No obstante la última observación hecha para los casos de culpa leve, yo creo que puede mantenerse la afirmación que hice, acorde con la doctrina mercantilista. Hay dos razones para sostenerla: de un lado, en materia de culpa extracontractual —que es la nuestra—, con mayor carga desvalorativa del ilícito civil y menos margen de pacto, la modificabilidad de la responsabilidad en estatutos es menos viable; amén de que esta responsabilidad está presidida por principios de Derecho imperativo. Por otra parte, recuérdese que el margen de libertad en la redacción de los estatutos de las fundaciones encuentra un primer límite en las propias leyes especiales: artículo 9.2 LF, artículo 9.3 LcatF, artículo 6 LcanF y artículo 7.3 LvascaF; cfr. también artículo 6 LgallG (que habla de «condiciones lícitas»). En consecuencia, las cláusulas estatutarias contrarias al régimen legal de responsabilidad serán nulas

(19) GARRIGUES, *Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas*, t. II, Madrid, 1976, pág. 166; QUIJANO GONZÁLEZ, *La responsabilidad civil de los administradores de la sociedad anónima. Aspectos sustantivos*, Valladolid, 1985, pág. 275.

(20) URÍA: «el sistema de responsabilidad [de la LSA] es de orden público y serán nulos los pactos estatutarios que lo alteren o modifiquen» (*Derecho Mercantil*, 19.^a ed., 1992, pág. 344). SÁNCHEZ CALERO (*op. cit.*, pág. 265) considera que la cláusula de modificación de responsabilidad sería radicalmente nula.

(por contrarias a la ley) y se tendrán por no puestas (nulidad parcial: opinión, por ejemplo, de CAFFARENA y de DE PRADA) (21).

VI. ELEMENTOS O REQUISITOS PARA EL EXITO DE LA ACCION INDIVIDUAL O DIRECTA DE RESPONSABILIDAD DE LOS PATRONOS

Como no es posible, ni necesario, aludir aquí con detenimiento a todos los elementos y requisitos para que prospere la acción de responsabilidad de los patronos —pues se aplican las reglas generales de la responsabilidad extracontractual—, voy a referirme sólo a aquellos extremos que tienen alguna particularidad en lo que a nuestro caso concierne y merecen especial atención. Me ocuparé, así, de:

- a) el acto determinante de la responsabilidad;
- b) la omisión de la diligencia debida por los patronos.

Prescindo del daño y de la relación de causalidad, que no presentan aquí ninguna especificidad y se rigen por las reglas generales y jurisprudencia conocida (rigor en su exigencia y prueba).

Examinaré luego, separadamente, la acción de responsabilidad, con los principales problemas (legitimación, objeto, efectos, prescripción).

1. EL ACTO DETERMINANTE DE LA RESPONSABILIDAD

La actuación lesiva generadora de responsabilidad ha de proceder de los patronos, individualmente (no como órgano de la fundación), puesto que son ellos los que de esa misma forma han de responder de los perjuicios producidos. Puede tratarse de actuación individual separada (en el caso de atribuciones delegadas), o de actuación conjunta de todos o varios actuando como patronato (acuerdos del mismo, en el marco de su cargo y funciones orgánicas: recuérdese lo dicho al respecto). En todo caso, debe tratarse la actuación de los patronos, sea individual o colectiva, dentro del ámbito de competencias que les corresponden en uno u otro caso (excepcionalmente, por extralimitación de las mismas, pero no fuera del ámbito competencial) —recuérdese lo dicho en III.2-B—. Tanto la validez como las consecuencias de los actos que

(21) CAFFARENA LAPORTA, *ad* artículo 9 LF, en AA.VV., *Comentarios a la Ley de Fundaciones y de Incentivos Fiscales*, Madrid (Escuela Libre Editorial-Marcial Pons), 1995, pág. 84; DE PRADA GONZÁLEZ, «Los estatutos y su modificación», en *Derecho Privado y Constitución*, enero-abril 1996, pág. 105 y sigs.

realicen al margen de tales competencias siguen otro régimen jurídico (el de las reglas ordinarias de la responsabilidad individual, no como patronos).

A su vez, puede distinguirse —y lo hacen los mercantilistas en relación con la sociedad anónima—, dentro de los actos colectivos de los patronos, su actuación simultánea (caso de los acuerdos del patronato que puedan resultar fuente de responsabilidad) o sucesiva, cuando se prolonga en el tiempo (sustitución de administradores o patronos). En estos supuestos habrá de decidirse en cada caso, según proceda, de acuerdo con las circunstancias correspondientes (22).

La doctrina mayoritaria entiende comprendido en aquel concepto de acto también las conductas omisivas —obligación primera de los patronos, se dice, es, en principio, la de desempeñar su cargo, y cuando no gestionan incumplen tal obligación por omisión—; en particular, la inactividad de los patronos cuando sus obligaciones, legales o estatutarias, exigían de su parte el actuar. Es ésa, por otro lado, la regla general de Derecho común en orden al acto ilícito generador de responsabilidad, que comprende la omisión (art. 1.902 del Código Civil) (23). Mas, en opinión de algunos, que comparto, es delicada la interpretación e inclusión aquí de una forma general o lineal de las conductas omisivas, sin discriminación, sobre todo cuando la inactividad se refiera a supuestos en que no hay un concreto y previo deber de actuar, y se trata de actos neutros (otros hablan de «actos separables») en los que es cuestión de oportunidad y un tanto aleatoria la indicación de actuar o no (24). Por ello, sólo una valoración *in concreto* de cada supuesto permitirá concluir si la omisión se refiere o no a una situación en que lo debido era actuar, y el no haberlo hecho supone una dejación de funciones o falta de diligencia, o sólo a una mera omisión en una situación en que era discrecional y cuestión de oportunidad, efectivamente, el decidir en uno u otro sentido. Mas con tal planteamiento resulta que en alguna ocasión habremos desplazado el problema desde el ámbito de la acción al de la culpabilidad.

Entre las pocas normas autonómicas que hablan de omisión, lo hace el artículo 35 del Reglamento del Protectorado de las Fundaciones Canarias (Decreto de 19 de septiembre de 1990), que exige «reiteradas omisiones» del patronato (respecto del cumplimiento de sus obligaciones *ex* art. 11 LcanF) para el ejercicio por el Protectorado de la acción de responsabilidad de su artículo 12.2-*b*). Hay que entender, para esa legalidad, que la exigencia de omisiones reiteradas se limita al caso y acción a que se refiere aquel precepto (responsabilidad frente a la fundación por daños causados a ésta), mas no para

(22) SALELLES-VERDERA, *op. cit.*, pág. 194.

(23) Véase, sobre actuación omisiva, la sentencia de 21 de junio de 1991, y LACRUZ y otros, *Elementos de Derecho Civil*, t. II-2.º, Madrid, 1999, pág. 466.

(24) Cfr., de nuevo, SALELLES-VERDERA, obra citada, pág. 192.

otros supuestos de responsabilidad y otros legitimados, en que bastará una sola omisión negligente. Así, también, para las otras leyes de fundaciones, estatal y autonómicas.

Una forma particular de omisión puede ser la de no atender los patronos las advertencias del Protectorado sobre cumplimiento de sus obligaciones, contemplada en el artículo 15.1.d) LcatF, en cuanto permite al Protectorado iniciar acciones de responsabilidad ante los tribunales ordinarios en tal caso. No obstante esa presentación negativa (no atender los patronos...), en la realidad, y en cuanto acto o actuación, puede ser también de signo positivo, haciendo los patronos lo que el Protectorado advierte no hacer y sería tal la obligación de los patronos, que dejan así incumplida.

Como la gestión de los patronos —y la de los administradores de las SA, de cuyo ámbito proviene el planteamiento de la cuestión: cfr. art. 133.2 LSA— puede referirse tanto a la toma de decisiones (caso tipo) como la ejecución de otras anteriores, también en estos últimos supuestos puede haber lugar a responsabilidad cuando una diligente actuación aconseje no ejecutar acuerdos o decisiones anteriores, si es posible dejar de cumplirlos o es posible hacerlo en términos distintos a los acordados inicialmente, según los parámetros normativos de diligencia exigible. Se trata, sencillamente, de la aplicación de las normas pertinentes sobre responsabilidad (y su exención) (cfr. art. 15.2 LF, y homólogos de las leyes autonómicas).

2. OMISIÓN DE LA DILIGENCIA DEBIDA

Es este el elemento más complejo, que requiere atender a varias cuestiones.

2.1. *El elemento normativo de la diligencia exigible*

El centro de gravedad de la responsabilidad de los patronos (en la LF y otras autonómicas frente a la fundación; en la LcatF, en términos más generales) gira alrededor de la idea y elemento normativo de la diligencia con que deben actuar, cuya omisión determina la responsabilidad correspondiente. La formulación de tal elemento es diferente, aunque próxima, en las distintas Leyes de fundaciones, estatal y autonómicas, y en las Leyes de sociedades anónimas y de responsabilidad limitada, influidas todas por directivas comunitarias en materia de sociedades y personas jurídicas (25). Esa proximidad

(25) Cfr. la Propuesta Modificada de Quinta Directiva del Consejo de la Comunidades Europeas, artículos 14 a 21, relativos a la responsabilidad civil de los miembros de los órganos de dirección de las sociedades anónimas.

jurídica e idéntica filiación, aunque con distintos desarrollos legales, permite manejar ideas y llevar soluciones de unos campos a otros, y traer aquí las mejor elaboradas por la doctrina mercantil y jurisprudencia recaída sobre sociedades, más abundante; el argumento y aplicación analógica, cuando sea preciso, lo autoriza sin gran violencia.

Las normas básicas en esta materia en nuestras leyes de fundaciones difieren más en la forma que en el fondo. La LF 1994 dice que los patronos deberán desempeñar el cargo con la *diligencia de un representante leal*, y que responderán frente a la fundación por los daños y perjuicios que causen «por actos contrarios a la ley o a los estatutos o por los realizados negligentemente» (art. 15.2). En términos muy semejantes, las leyes autonómicas, salvo la LcatF, cuyo artículo 12.2 dice: «los componentes del patronato son responsables del cumplimiento de esas obligaciones en los términos que establecen las leyes». Hay, pues, una doble remisión: a las obligaciones de los patronos —en el art. 12.1 LcatF son: cumplir estrictamente los fines fundacionales, según estatutos; gestión eficiente de los bienes y rendimientos de la fundación, según criterios financieros y las circunstancias económicas; y «servir el cargo con la diligencia de un administrador leal, según establecen la ley y los estatutos»—, y a «las leyes», sin más. Más críptico y problemático es este segundo parámetro que aquél.

En mi opinión, la obligación de servir al cargo «con la diligencia de un administrador [o representante] leal» es la más importante y específica a nuestros efectos, porque proporciona el criterio jurídico básico para el cumplimiento de las otras dos obligaciones: tanto la del cumplimiento de los fines fundacionales como la de gestión eficiente de los bienes y medios de la fundación: ambas cosas se pueden llevar a cabo con mayor o menor acierto y variables resultados (aleatorio y contingente todo esto), pero en todo caso es exigible que se haga e intente cumplir con la *diligencia de un administrador leal*. Aquí está, insisto, el elemento normativo esencial, aunque en su valoración e interpretación influyan, adjetivamente, los fines fundacionales y los criterios exigibles de gestión eficiente.

Ese es el dato y punto de referencia esencial en la determinación de la responsabilidad de los patronos: la diligencia (que les exige la ley) de un *administrador leal*. Es la expresión empleada en las leyes catalana, gallega y canaria de fundaciones, a diferencia de la vasca y la estatal, que hablan de «diligencia de un representante leal» (idéntica en el Decreto de fundaciones culturales de 1972; en la LSA y LRL, «diligencia de un ordenado empresario y de un representante leal»).

Por lo demás, es muy razonable el vincular la responsabilidad con el deber legal de diligencia exigido a los administradores (en las sociedades mercantiles) y a los patronos (en las fundaciones) en el ejercicio de sus funciones: la responsabilidad aparece, así, como la consecuencia del incum-

plimiento de dicho deber legal. Más delicado y complejo es qué deba entenderse aquí por «diligencia de un administrador leal» o de un «representante leal».

Abandonada la tesis del mandato (en cuyo art. 1.719 del Código Civil se hace referencia a la diligencia de un buen padre de familia, lo que parece hoy insuficiente en el complejo ámbito empresarial en que se mueven estas entidades), cabría recurrir a la definición de diligencia en el artículo 1.104-1.º del Código Civil (la que exige la naturaleza de la obligación y corresponda a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar). Mas obsérvese que nuestras leyes de fundaciones no se remiten a esa norma general, sino que son más concretas y hablan de la diligencia de un «administrador leal» (o de un «representante leal»), en atención a la creciente proximidad funcional de las fundaciones a las sociedades mercantiles en su actividad socioeconómica y dinamicidad de su gestión (a que aludí) (26).

Sin entrar en la discusión de cuál es la expresión más adecuada o afortunada, y dejando aparte la concreta de la LSA por su especificidad mercantil, creo que es mejor la de las leyes catalana, gallega y canaria que las de las leyes vasca y estatal, cuya alusión a «representante» crea problemas especiales (obliga a pensar en las relaciones internas y externas vinculadas a la representación en la persona jurídica), mientras que la referencia a administrador, además de conectar con las otras obligaciones legales de los patronos, se adecua mejor a su moderna función de gestor, que compete a los patronos (y es en ese ámbito gestor donde se genera esta responsabilidad) más que la de mero representante. En todo caso, parece quedar clara la idea de que al patrono le es exigible la diligencia de quien atiende negocios e intereses ajenos, y el sentido cada día más técnico, cuasi-profesional, que comporta ese tipo de gestión referidas a personas jurídicas como las sociedades y las fundaciones [cfr. art. 13-*b*) LvascaF, que habla de «criterios económico-financieros de un buen gestor»; y art. 12.1-*b*) LcatF: «según criterios financieros y de acuerdo con las circunstancias económicas»].

En cuanto a los criterios de diligencia exigible —además de los de lealtad, próxima a la buena fe y standards jurídicos semejantes—, habrán de relacionarse, por lo abstracto, de suyo, de la diligencia, con las circunstancias concretas de cada caso y fundación (objeto y actividad, estructura de la misma, patrimonio y medios materiales, número de beneficiarios, etc.), y posición de los patronos dentro del órgano de gobierno con una valoración más objetiva

(26) Un ejemplo de esto, y en una sola actividad socioeconómica, es la proliferación y conversión en fundaciones privadas de hospitales, tanto públicos como privados: es obvio que su gestión profesionalizada se aproxima mucho por su complejidad, si no se identifica del todo (por la inexistencia de ánimo de lucro) a la de las sociedades mercantiles.

que subjetiva (27), lo que no se opone a que también deba ser considerada la función y competencias concretas según estatutos que tengan el o los patronos cuestionados. En este último aspecto no podrá prescindirse, igualmente, de la referencia que puedan hacer los estatutos a las facultades y deberes de los patronos [art. 12.1-c) en relación con el 9.1-e)].

2.2. *La ecuación diligencia/responsabilidad*

Las leyes catalana y vasca (no muy distintas la gallega y la canaria) son más sencillas que la estatal en su referencia a los supuestos de responsabilidad, pues si bien esta última los menciona *in concreto* (actos contrarios a la ley o a los estatutos y los realizados negligentemente), aquéllas se limitan a establecer la responsabilidad por incumplimiento de las obligaciones legales de los patronos «en los términos que establecen las leyes». Yo pienso que esa alusión en la estatal a la «ley» y en las autonómicas a «las leyes», sin mayor concreción, supone una remisión genérica a las que sean de aplicación en cada caso y aspecto; no es, siquiera, la propia ley de fundaciones, sino el Ordenamiento jurídico en general: más en concreto, cualquier violación de normas de carácter imperativo.

Con ello resulta que la responsabilidad de los patronos queda vinculada, sustancialmente, a la negligencia en el desempeño del cargo, a la omisión de la «diligencia de un administrador leal» en los términos recién vistos. Por tanto, no ha lugar a distinguir aquí, en vista del artículo 15.2 LF —como hacen algunos mercantilistas en relación con el art. 133.1 LSA, idéntico a aquél—, como fuentes de responsabilidad entre conductas antijurídicas (actos contra la ley o contra los estatutos de los que deriven los daños resarcibles) y conductas culposas (incumplimiento de cualquier otra obligación que compete a un administrador leal, por negligencia), en tanto que supuestos sujetos a tratamiento diferente.

Ni me parece que pueda considerarse implícita o absorbida la culpabilidad en la antijuricidad que supone el acto contra ley o estatutos —especie de responsabilidad objetiva— (28), pues antijuricidad y culpabilidad son elementos distintos de la conducta generadora de responsabilidad frente al perjudicado (29) y la actuación contra ley o estatutos, expresión de antijuricidad,

(27) Así, también, SALELLES-VERDERA, *op. cit.*, pág. 186. En el mismo sentido, la doctrina mercantilista para las sociedades anónimas: cfr. POLO, *op. cit.*, pág. 133, y SÁNCHEZ CALERO, obra citada, pág. 107 y sigs.

(28) Tesis, si no he entendido mal, de DE LORENZO (*op. cit.*, pág. 136), y de algunos mercantilistas: cfr. SÁNCHEZ CALERO, *op. cit.*, pág. 251.

(29) Sobre el elemento antijuricidad y su diferencia respecto de la culpabilidad, en la responsabilidad *ex artículo* 1.902 del Código Civil, cfr. LACRUZ y otros, *Elementos*, cit., t. II-2.º, Madrid, 1999, pág. 468 y sigs.

no exime del requisito de culpabilidad. Por ello, creo que en el marco de la responsabilidad extracontractual en que aquí estamos, que no es un supuesto de responsabilidad objetiva, en mi opinión, es exigible siempre el requisito subjetivo del dolo o culpa (art. 1.902 del Código Civil) para que el obligado deba responder de los perjuicios derivados de su actuación, ilícita, antijurídica, por más que, tratándose la de los patronos de una obligación de actividad y no de resultado, la culpa, ineludible en principio, tenga trascendencia jurídica porque consiste precisamente en el incumplimiento de aquella obligación (con lo que aparece más desdibujada) (30).

Lo mismo puede decirse, incluso con más contundencia, por cuanto callan sobre infracción de ley o de estatutos para las leyes autonómicas: no procede aquella distinción (conductas antijurídicas y conductas culposas) ni se puede prescindir de la exigencia de culpa en el patrono incumplidor «de sus obligaciones en los términos que establecen las leyes»; y salvo los casos de incumplimiento de las obligaciones relativas a los fines fundacionales y a la gestión eficiente del patrimonio, que casi siempre quedarán absorbidas en la obligación general de diligencia, el requisito fundamental para la responsabilidad de los patronos es su omisión de diligencia, incluso en el supuesto de actos *contra legem* o contra estatutos, en que también se requiere la existencia o prueba de la negligencia.

El acto contra ley o contra estatutos no supone tampoco una presunción de culpa, como pretenden algunos, aunque en tal caso su prueba será más fácil (sencillamente, porque no es demasiado diligente el patrono que actúa contra ley o contra estatutos).

2.3. *Exoneración de responsabilidad de los patronos*

A) *Las leyes estatal, gallega, vasca y canaria* —no en la catalana—, inspirándose en el Decreto de Fundaciones Culturales de 1972 y en la LSA, establecen causas de exoneración de los patronos (31). Así, el artículo 15.1 LF dice que «quedarán exentos de responsabilidad quienes se opusieron expresamente al acuerdo determinante de la misma o no hubiesen participado en su adopción» (cfr. arts. 17.1 LgallF, 12.3 LcanF y 15.2 LvascaF).

Con referencia al artículo 133.2 LSA, semejante al 15.1 LF, ha dicho algún mercantilista (32) que la tipificación normativa de ciertos supuestos de exoneración responde a la idea de compatibilizar las consecuencias de la

(30) Sobre la cuestión, muy debatida en la doctrina mercantilista para las sociedades anónimas, cfr. POLO, pág. 290, y SÁNCHEZ CALERO, pág. 251 y sigs., y citas que hacen.

(31) Siguiendo la línea y técnica del artículo 18.2 del Código Civil italiano (cfr. BENNANI, *op. loc. cit.*, pág. 1180 y sigs.).

(32) QUIJANO GONZÁLEZ, *op. cit.*, pág. 266.

colegialidad del órgano de gobierno con el principio de responsabilidad personal por culpa de los administradores. Comparto esta idea, y en aras de esa necesaria compatibilización de las consecuencias de la colegialidad del patronato y el evidente principio de responsabilidad personal y por culpa de los patronos, hay que concluir que estos últimos quedarán exonerados en los casos en que pueda probarse que no participaron o que su participación en la adopción de acuerdos lesivos no fue negligente. Y ello es válido incluso para la Ley catalana, aunque no lo disponga explícitamente como las otras antes indicadas: sencillamente, porque hay que entenderlo implícito en el régimen de responsabilidad por culpa que establece, y por aplicación de las reglas generales y principios jurídicos (personalidad de la culpa y de la responsabilidad). Con la ventaja, cabría añadir, que al no mencionar la Ley catalana supuestos concretos de exención de responsabilidad no se plantea el problema de si sólo caben esos, o también otros —pues es evidente que será siempre causa de exención de responsabilidad la ausencia de culpa de los patronos, para lo que podrán alegar cuantos hechos estimen oportunos y emplear todos los medios probatorios—.

B) Sobre las *causas de exoneración de responsabilidad* de los patronos cabe añadir y concretar lo siguiente:

- a) Que un régimen de exención de responsabilidad, como el que establecen nuestras leyes de fundaciones arriba mencionadas, sólo cabe en relación con los daños producidos por una decisión del órgano de gobierno en actuación colegiada. Cuando se trate de acto individual de uno o varios patronos, acorde con sus funciones o competencias (caso de delegación de facultades), la responsabilidad será también individual, según el criterio de la diligencia/negligencia en los términos antes dichos.
- b) Cuando se trate de decisión colegiada del órgano de gobierno que perjudique a terceros podrán quedar exentos de responsabilidad los patronos que se encuentren en estos supuestos:

1. Que *no hayan participado en la adopción del acuerdo* (art. 15.2 LF), por causa que no les sea imputable (el absentismo puede ser ya una forma de incumplimiento de su cargo): parece evidente, porque su no participación impide, en principio, imputarles la decisión y el perjuicio producido. Plantéase, sin embargo, la cuestión de si basta la mera ausencia de un patrono y, por ello, su no participación en la adopción del acuerdo para exonerarle. Cierta doctrina italiana sobre fundaciones, y aquí la doctrina mercantilista (33),

(33) F. FERRARA (hijo) en su comentario de *Le persone giuridiche*, de su padre F. FERRARA, reimpresión de la 2.^a ed., Turín, 1958, pág. 286. Entre los mercantilistas, cfr., a título de ejemplo, SÁNCHEZ CALERO, pág. 266.

discuten al respecto en vista de los textos legales respectivos. En nuestro caso, y siendo criterio rector el de la diligencia/negligencia, habrá que tener en cuenta si el patrono ausente conocía o no el orden del día de la reunión del patronato y el acuerdo que se iba a votar y en su caso adoptar, pues si lo conocía y era razonablemente previsible que podía ser dañoso, le era exigible que, como administrador leal y diligente que debe ser, se hubiera opuesto a la adopción del acuerdo en la forma pertinente y posible (tratando de asistir a la reunión, o como fuere). Por tanto, en este caso, la mera ausencia o pasividad del patrono no siempre le exonerará: o le será imputable, a él también, el acuerdo y sus consecuencias, o le competirá demostrar a él la no exigibilidad de otra conducta y su ausencia de culpa o negligencia (por ejemplo, ausencia justificada, imposibilidad de asistencia o de oposición al acuerdo, etc). En ese sentido parecen ir el viejo Decreto de fundaciones culturales de 1972 (art. 16.1), y las leyes vasca (art. 15.2) y canaria (art. 12.3), que excluyen la exoneración aun en el caso de no participación en el acuerdo si se prueba que el patrono tenía conocimiento del mismo y no expresó su disentimiento (también el art. 18.2 del Código Civil italiano).

Pero la cuestión de la responsabilidad o no de un patrono en estos casos puede ser más compleja y sutil por mor de la naturaleza colegiada del patronato. En el caso de que un patrono no haya participado en la asunción de un acuerdo o decisión lesiva (el supuesto más claro puede ser el de adopción de ésta por otro patrono en quien se hizo delegación de funciones), parece que le es exigible al primero (como a los demás miembros del patronato) un deber de diligencia y control de los actos del delegado; y si aquél tiene noticia de una actuación dañosa del o de los patronos delegados, deberá promover la reunión del patronato para revocarla o rectificarla. En caso de que no haga tal habrá dejado de cumplir aquella obligación de vigilancia y control y puede incurrir en responsabilidad: no quedará exonerado de ésta (aun no habiendo intervenido directamente en la adopción del acuerdo lesivo) (34).

2. *Que se haya opuesto al acuerdo lesivo.* El artículo 15.2 LF habla de oposición expresa (también, los arts. 17.1 LgallF, 12.3 LcanF y 15.2 LvascaF), y lo mismo cabe pensar en relación con la Ley catalana (aunque calla al respecto) cuando los acuerdos del órgano de gobierno exijan una votación explícita (caso mayoritario). Mas como el criterio determinante de la responsabilidad del patrono es el de la diligencia/negligencia, será en función de éste más que del estricto carácter expreso de la oposición como habrá de valorarse la actitud del patrono disidente. Reconozco, sin embargo, que es difícil encon-

(34) Así, también, en la doctrina italiana, BENNANI, *op. cit.*, págs. 1182-1184.

trar supuestos de oposición no expresa en el ámbito en que estamos (acuerdos del patronato) (35).

Un caso particular pudiera ser el de no intervención del patrono en la adopción del acuerdo con conocimiento de su existencia, si ha hecho por su parte todo lo posible para evitar el daño. En este supuesto creo que no es posible dar una solución general y a priori —salvo por lo que respecta al supuesto antes aludido de no participación en la adopción de un acuerdo lesivo, que tomó otro patrono, y no se adoptó las medidas pertinentes y congruentes con su obligación de control y vigilancia de los actos de este último—, y que deberá analizarse las circunstancias del caso concreto y, en particular, el hasta qué punto hizo el patrono «todo lo posible» para evitar el daño en relación con el criterio diligencia/negligencia, que es el principio determinante de la responsabilidad en estos casos. En algún caso la única forma de evitarlo será la impugnación del acuerdo de Patronato en que no participó, cuando sea posible.

2.4. *Prueba de la culpa o negligencia*

En tanto que la culpa o negligencia es uno de los elementos de la responsabilidad de los patronos, es necesaria su prueba, de acuerdo con las reglas generales de la carga de la prueba y la jurisprudencia interpretadora del artículo 1.902 del Código Civil. Por tanto, sin perjuicio de la atenuación del rigor probatorio que se ha ido imponiendo en la aplicación de este artículo, como no estamos ante un supuesto de responsabilidad por riesgo ni objetiva, puede afirmarse que, en línea de principio, compete la prueba de la culpa o negligencia de los patronos al perjudicado demandante. Ello no impide que pueda hacerse alguna matización o haber excepción, que veremos.

Como dije antes, pienso que no hay presunción de culpa ni inversión de la carga de la prueba, porque la obligación de los patronos en el cumplimiento de su función es obligación de actividad, de medios, no de resultado, y la prueba de la culpa queda sometida a las reglas generales (aquí, compete al actor). Todo ello sin perjuicio de que, en la apreciación de la culpa o negligencia, y por referirse a una obligación y actividad de gestión de asuntos de otra persona (aquí, jurídica, la fundación), puedan los tribunales tomar en consideración el dato de que el cargo de patrono no es retribuido y aplicar

(35) Por lo demás, no creo que sea exigible aquí —como sugiere algún mercantilista para las sociedades anónimas— que además de oposición expresa se haga constar en acta expresa y especialmente la oposición al acuerdo. Y reitero que la simple abstención o pasividad es insuficiente, si ha participado en la deliberación (y conoce el objeto del debate y acuerdo posible).

análogicamente el artículo 1.726 del Código Civil (régimen particular de responsabilidad para esos casos, propio de nuestro Código y otros latinos); sin olvidar, evidentemente, el artículo 1.103 del Código Civil, de aplicación general (fuera, incluso de su marco normativo).

En términos generales, y siendo varios los patronos demandados, habría de probarse la culpa —como los demás elementos de la responsabilidad— respecto de cada uno de ellos. Mas como su actuación supuestamente ilícita y responsable se ha producido en el ámbito de gestión del órgano colegiado, que es el patronato, y la llamada «solidaridad en la culpa» (por la actuación conjunta de los patronos) tiene en estos casos unos mecanismos de exoneración de responsabilidad (los del art. 15.2, 2.º inciso, vistos), hay también un esquema distinto de la carga de la prueba de las causas de exoneración. En este punto, compete la prueba del hecho que exima de responsabilidad al patrono que alegue haberse opuesto al acuerdo, o no haber participado en la adopción del mismo, o la justificación de la causa de la no asistencia a la reunión del Patronato y de la no impugnación del acuerdo lesivo, o que hizo por su parte todo lo necesario y posible para evitar su ejecución y resultado lesivo, etc. Hay, en este caso y para estos hechos concretos, una inversión de la carga de la prueba de la diligencia/negligencia, precisamente porque se refiere a un acuerdo dañoso del órgano de gobierno adoptado colegiadamente (sólo en este caso), órgano al que pertenece el patrono. Es, así, una excepción, por esa razón, a la regla general de la carga de la prueba de la culpa.

Todo cuanto antecede es compatible con que, en el marco de la línea jurisprudencial interpretadora del artículo 1.902 del Código Civil, relativa a la prueba de la culpa, y ante la dificultad de prueba por el actor (36) de la omisión de diligencia de los patronos —por una doble razón: hecho negativo de muy difícil o imposible probanza, como todos los hechos negativos, y por falta de información suficiente (casi siempre y casi toda en manos de los gestores)—, los tribunales: *a)* de un lado, desplacen el *onus probandi* del actor al patrono demandado (a éste, la prueba del hecho positivo contrario: que ha actuado con la diligencia pertinente); y *b)* de otro, deban aplicar aquí los criterios seguidos en otros ámbitos de la responsabilidad profesional (médica, de arquitectos), acudiendo a pruebas de presunciones que permiten deducir la negligencia (y la imputación de responsabilidad) de la anormalidad de ciertas consecuencias sin causa justificada (cfr. sentencia de 31 de enero de 1990). En este punto no se trata, ya ni tanto, de una inversión formal de la carga de la prueba, cuanto de la aplicación de las reglas normales de la misma y valoración de la prueba en cada proceso por los tribunales.

(36) Extremo que subraya la doctrina mercantil (POLO, SÁNCHEZ CALERO) para el caso homólogo de las sociedades anónimas.

VII. EJERCICIO EFECTIVO DE LA ACCION INDIVIDUAL DE RESPONSABILIDAD CONTRA LOS PATRONOS

Una nota característica de las recientes leyes postconstitucionales de fundaciones es que la responsabilidad de los órganos de gobierno, y de sus miembros, queda sometida a la jurisdicción ordinaria: cfr. artículos 15.3 LF, 12.3 LcatF, 17.2 LgallF, 12.1 LcanF y 15.3 LvascaF (37). El control de la Administración por medio del Protectorado, en esta materia, se limita al inicio de las acciones de responsabilidad que correspondan ante los tribunales civiles (cfr. arts. 32.3 LF y 15-d LcatF, a título de ejemplo), para lo que los artículos 15.3-b LF y 12.3 LcatF (en términos semejantes, las otras autonómicas) le concede legitimación suficiente.

1. SUJETOS. LEGITIMACIÓN ACTIVA

Frente a las otras leyes de fundaciones que sólo hablan de la legitimación activa para la acción de la fundación contra los patronos, la LcatF dice, en términos más generales y sin distinguir, que «la acción de responsabilidad será ejercida ante los tribunales ordinarios por la misma fundación, por el protectorado y *por aquéllos que sean legitimados de acuerdo con las leyes*» (art. 12.3). En términos semejantes las leyes gallega y canaria; la vasca omite al patronato pero legitima al fundador, además de al protectorado. La LF estatal menciona al patronato, previo acuerdo motivado, y al protectorado.

A) *Los «terceros» ordinarios.* Cuando un tercero haya resultado perjudicado por acto ilícito de ciertos patronos en el ejercicio de sus funciones y competencias como componentes del órgano de gobierno de la fundación, puede ejercitar (regla general) la acción de responsabilidad «de acuerdo con las leyes». Ahora sólo nos interesa la posibilidad de incluir a los «terceros» perjudicados, y quiénes son ellos, entre «aquéllos que estén legitimados de acuerdo con las leyes» (expresión y legitimación exclusiva de las leyes catalana, gallega y canaria; no está prevista en la ley estatal ni en la vasca).

Esta remisión a «las leyes» es general, y se refiere al Ordenamiento jurídico, a la legalidad vigente (no sólo a la legislación de fundaciones, que está comprendida). Y según «las leyes», en general, legitimados para ejercitar una acción de responsabilidad son todos los perjudicados por un acto ilícito de otro (art. 1.902 del Código Civil). Esto supone una gran apertura en la legi-

(37) Aparece muy claro en el preámbulo de la Ley catalana, que menciona, entre sus principios inspiradores, «la submissió a la jurisdicció ordinària és total pel que fa a l'exigència de responsabilitat als òrgans de govern, àdhuc per a tot allò que es refereix a la imposició de mesures cautelars» (apart. e).

timación activa, lo que va a permitir a cualquier perjudicado el accionar contra el patrono o patronos autores del acto lesivo. Mas ya no será siempre la acción que ahora estudio, pues unas veces se tratará de una pretensión contra la propia fundación como persona jurídica cuando hayan sido actos de ésta realizados a través de su órgano de gobierno (patronato o patronos delegados), y otras veces se tratará de pretensiones de terceros contra los patronos autores del acto lesivo (acción individual que ahora interesa) (38).

La norma más clara y directa a este respecto está en el Reglamento gallego, que al desarrollar el ejercicio de la acción por los «legitimados de acuerdo con las leyes» (del art. 17.2 de la ley gallega), alude directamente (art. 15) a «los beneficiarios y demás afectados por la actuación de la fundación [podrán...] promover personalmente las acciones de indemnización que les correspondan por los actos del órgano de gobierno o de sus miembros que lesionen directamente los derechos o intereses legítimos».

B) *Legitimación del propio fundador*. Aludí a él como posible perjudicado. ¿Estará legitimado aquí? Yo creo que si ha de haber algún legitimado «de acuerdo con las leyes», o de «los demás afectados» del Reglamento gallego, además de los terceros hasta ahora vistos, con acción individual de responsabilidad, el más indicado es el propio fundador, que no es un simple tercero (aunque, evidentemente, una vez creada la fundación, ésta es persona distinta e independiente de él), cuyo interés legítimo en salvaguardar los fines y medios fundacionales me parece evidente, y especialmente protegible (39). Si cuando resulta perjudicada la fundación está legitimado su fundador, por qué no cuando resulta perjudicado él mismo (en los términos que vimos en su momento)?

Creo, decididamente, que el fundador sí puede y debe tener legitimación, no sólo en las leyes de fundaciones catalana, gallega y canaria, por mor de esa remisión a «las leyes», en general, sino también en la ley estatal (aunque calle al respecto): nuestro sistema jurídico protege derechos e intereses legítimos (la tutela judicial efectiva del art. 24.1 CE), y el del fundador, cuando resulte perjudicado —a veces su interés será moral—, me parece legítimo y defendible, y para hacerlo efectivo no puede negársele acción y legitimación para reclamar contra los patronos culpables de su perjuicio. Será cuestión de que pruebe el perjuicio; pero eso es otra cosa.

(38) GUARDIA CANELA (obra y lugar citados, pág. 142) cree que la ley se refiere, con aquella frase de la LcatF, precisamente, a la acción individual de responsabilidad.

(39) Lo prevé directa y explícitamente el artículo 15.4 de la Ley vasca para la acción de que es titular la fundación (junto a la legitimación del Protectorado, «por propia iniciativa o a solicitud razonable de quien tenga interés legítimo»): «también podrá ser ejercitada la misma [acción de responsabilidad] por el fundador cuando la actuación de los miembros del órgano de gobierno sea contraria o lesiva a los fines fundacionales».

2. OBJETO DE LA ACCIÓN. PRETENSIÓN DE INDEMNIZACIÓN

Habida cuenta de la naturaleza de esta acción (de responsabilidad civil por hecho ilícito), la reclamación del actor se reduce a una pretensión de indemnización que se traduce a su vez en una obligación pecuniaria del deudor responsable, la que, por su carácter resarcitorio, indemnizatorio, ha de ser considerada como deuda de valor, con todas sus notas diferenciales (respecto de la mera deuda dineraria) y consecuencias, a cuya doctrina y régimen general me remito.

3. EFECTOS DEL EJERCICIO CON ÉXITO DE LA ACCIÓN DE RESPONSABILIDAD

Por la misma razón de la naturaleza de la acción, el efecto primero y natural es el de indemnización al perjudicado por los perjuicios producidos. Si el condenado es uno de los patronos, o dos o más por actos autónomos y separables en los que se pueda individualizar la negligencia y responsabilidad respectiva, cada patrono, por mor de la personalidad de la culpa y de la responsabilidad, será condenado y responderá de sus propios actos lesivos y tendrá que indemnizar al perjudicado a tenor de su condena (individualizada) (40). En tal caso no hay más problema que el de su solvencia, que es otro y no interesa aquí.

Más grave es el que se plantea cuando sean dos o más los condenados, sea porque actuaron de consuno ellos solos (caso de delegación de funciones a varios, que actúen mancomunada y conjuntamente), bien porque la responsabilidad derive de actos lesivos acordados por los patronos como órgano de gobierno del que sólo quedan excluidos los que legalmente puedan exonerarse. En estos dos casos la responsabilidad de los varios patronos condenados ¿será mancomunada o solidaria?

La primera idea que surge a este respecto es invocar la regla o presunción de no solidaridad del artículo 1.137 del Código Civil para concluir que a falta de norma legal que establezca la solidaridad para las fundaciones (como sí la establece, en cambio, el art. 133.2 de la Ley de Sociedades Anónimas para éstas), la responsabilidad de los varios patronos condenados por su interven-

(40) Tal es el régimen de responsabilidad del órgano de gobierno de la asociación en la Ley catalana de asociaciones, de 18 junio 1997 («cuando la responsabilidad no sea imputable personalmente a ningún miembro del órgano de gobierno, todos responderán solidariamente...»: art. 21.4); y el de la jurisprudencia es caso de pluralidad de responsables *ex* artículo 1.902 del Código Civil (sentencias de 20 de febrero de 1989, 18 y 19 de diciembre de 1995, 4 y 19 de julio de 1996 y 31 de enero de 1997) y *ex* artículo 1.591 del Código Civil (sentencias de 28 de julio de 1994, 3 de abril y 27 de septiembre de 1995, 11 de marzo y 30 de octubre de 1996, 22 de marzo de 1997).

ción en el mismo acto lesivo sería mancomunada. Mas ésa puede ser una solución simplista, y no estoy seguro de que sea hoy la mejor en atención a la actual dinámica socioeconómica de las fundaciones y a la más reciente doctrina y jurisprudencia en materia de responsabilidad conjunta de varias personas, y menos que deba imponerse.

He aquí *algunas razones* que cabe aducir para poder *defender la solidaridad* (que sólo apunto, porque otra cosa no es aquí posible) (41):

- a) Aunque se trata de situación distinta, hay un caso parecido en todas las leyes de fundaciones, en relación con las obligaciones frente a terceros contraídas por los componentes del órgano de gobierno durante la etapa constitutiva y antes de la inscripción de la fundación: cuando no alcance el patrimonio fundacional para atenderlas, «responderán solidariamente los patronos» (art. 11 LF); «la responsabilidad recaerá *solidariamente* sobre las personas que hayan contratado» (art. 7.2 LcatF); idéntico sentido, artículo 8 LvascaF, artículo 9 de la ley gallega, y artículo 16.2 de la ley canaria. Se trata, pues, de responsabilidad solidaria en un caso de actuación irregular y conjunta de varios patronos. La idea de solidaridad no es ajena a nuestras leyes de fundaciones en caso de pluralidad de patronos deudores por el ejercicio del cargo.
- b) La interpretación correctora de nuestra jurisprudencia, casi derogatoria, en no pocos casos del artículo 1.137 del Código Civil, con la conocida justificación de proteger al acreedor y la efectividad de su crédito. Recuérdesse la extensión de la condena solidaria a los varios intervinientes en la construcción en caso de responsabilidad por ruina del edificio ex artículo 1.591-1.º del Código Civil, salvo que se demuestre que la causa del vicio ruinógeno corresponde a actuación de una determinada de aquellas personas (caso bastante parecido al nuestro). Igual extensión de la solidaridad (que algunos llaman impropia) en algunos casos de responsabilidad por culpa extracontractual (cfr. sentencia de 14 de mayo de 1987; para administrador de SA, sentencia de 7 de junio de 1989).
- c) La doctrina mercantilista reclamó y justificó la solidaridad en la condena de los administradores por ejercicio de la acción legal de responsabilidad, a pesar del silencio de la LSA de 1951. Discutida entonces esta cuestión, admitió GARRIGUES la responsabilidad solidaria cuando no pudiera individualizarse la culpa en uno o varios miembros del consejo de administración de la sociedad anónima, y otros la

(41) A favor de la solidaridad se pronuncian también GUARDIA CANELA, *op. cit.*, pág. 144, y REBOLLO ALVAREZ-AMANDI, *La nueva Ley de fundaciones*, Madrid, 1994, pág. 43.

justificaron en el carácter colegiado del órgano de gobierno o de administración, amén de la mejor protección que garantizaba a la sociedad y acicate para la diligencia de los administradores (42).

- d) La aplicación analógica del artículo 133.2 LSA (y en la LSRL, que se remite a él), ante el silencio de las leyes de fundaciones (la catalana y las demás autonómicas, y la estatal). Creo que concurren aquí todos los requisitos del artículo 4.1 del Código Civil para esa aplicación analógica, incluida la identidad de razón (el requisito más difícil de darse casi siempre) habida cuenta de la moderna concepción, sobre todo funcional, de las fundaciones y creciente aproximación o parecido a las sociedades mercantiles (piénsese en la fundación-empresa, y aun sin llegar a ella).
- e) La ley catalana de asociaciones, de 18 de junio de 1997, prevé la responsabilidad solidaria de los miembros del órgano de gobierno de la asociación «cuando la responsabilidad no pueda ser imputada personalmente» a ninguno de ellos (art. 21.4). No obstante, las diferencias conocidas entre asociación y fundación, en materia de responsabilidad de sus órganos de gobierno hay perfecta identidad.

Si se acepta la solidaridad (que creo viable), otro problema delicado es el de cómo distribuir entre los varios patronos condenados, y en su relación interna, la efectiva responsabilidad de lo pagado (o que deba pagar) el obligado solidario contra quien se dirija la fundación perjudicada. El artículo 1.145-2.º del Código Civil es parco e insuficiente: «...la parte que a cada uno corresponda con los intereses del anticipo». En vista de ello, quizá la mejor solución sea que, salvo que los patronos responsables justifiquen que fue desigual su participación en la producción del perjuicio indemnizable (prueba que compete a quien lo afirme), la obligación indemnizatoria se divide entre todos los condenados por partes iguales (cfr. sentencia de 7 de junio de 1989, sobre responsabilidad de administradores de sociedades mercantiles).

4. PLAZO DE EJERCICIO DE LA ACCIÓN. PRESCRIPCIÓN

A diferencia de la acción de responsabilidad de los patronos frente a la fundación, de naturaleza contractual, y como personal que es sujeta al plazo de quince años (art. 1.964 del Código Civil), a la prescripción de esta acción individual de responsabilidad, de naturaleza extracontractual, se aplica la

(42) Argumento de QUIJANO GONZÁLEZ, *op. cit.*, págs. 265-266, y otros autores por él citados.

norma general para las de su clase: plazo de un año (art. 1.969.2 del Código Civil), contado, según el artículo 1.968, «desde que lo supo el agraviado», extremo cuya prueba compete a éste (cfr. sentencia de 21 de mayo de 1992, sobre la dificultad de establecer el *dies a quo* en algunos casos, como el de insolvencia de la persona jurídica por culpa de sus gestores). Me remito a la mucha jurisprudencia que hay sobre este plazo y su cómputo.

5. EJERCICIO CONJUNTO DE ACCIONES

Puede ocurrir en alguna ocasión que los terceros, en su relación con la fundación por medio de sus órganos de gobierno, hayan sufrido perjuicios y haya nacido responsabilidad contractual por parte de la fundación frente a ellos, y al propio tiempo perjuicios directos causados por los patronos (cfr. lo dicho en 1.3.5). En este caso aquellos terceros podrán optar por ejercitar una acción u otra contra la fundación o contra los patronos (y tal opción puede venir indicada en función de la solvencia de una u otros, y la probabilidad de poder cobrar, si triunfa su pretensión).

Pero además de la posible opción, no hay inconveniente en que el tercero perjudicado y reclamante dirija la acción conjuntamente (en el mismo proceso) contra aquélla y contra éstos, solicitando la condena solidaria contra la fundación y contra los patronos, ya que son acumulables la acción por responsabilidad contractual contra la primera y la de responsabilidad extracontractual personal de los patronos (cfr. sentencia de 21 de mayo de 1992, relativa a sociedad anónima y sus administradores). Acumulación que puede ser, además, aconsejable, pues en el supuesto de que demande sólo a una u otros, y en el curso del proceso quede probada la responsabilidad del no demandado, deberá ser absuelto el demandado y no podrá ser condenado el otro. Con el ejercicio conjunto de ambas acciones, incluso con petición de condena solidaria para cuando proceda, queda prevenido aquel riesgo (43).

FRANCISCO RIVERO HERNÁNDEZ

(43) Sobre esa acumulación, véase más ampliamente SÁNCHEZ CALERO, *op. loc. cit.*, págs. 334-335, relativo a sociedades anónimas.

La fianza arrendaticia: consecuencias legales del incumplimiento

1. INTRODUCCION

La relación locativa ha planteado históricamente un rico debate doctrinal y jurisprudencial justificado, sin duda alguna, por intentar regular intereses tan contradictorios como los representados respectivamente por el arrendador y el arrendatario.

El derecho legítimo de acceder a una vivienda ha justificado además la intervención del Estado, manifestada no sólo cercenando la libertad de la autonomía de las partes mediante una legislación especial arrendaticia, sino igualmente en la creación de una normativa administrativa ajena a los intereses privados y regulada por la propia Administración.

La fianza arrendaticia nos aparece como ejemplo palmario de lo manifestado. Aunque la materia arrendaticia ha merecido una notable atención por parte de la doctrina, por el contrario, la fianza arrendaticia ha sido poco estudiada, máxime en su doble aspecto civil y administrativo.

La práctica diaria denuncia que es el momento de la extinción arrendaticia el más problemático para las partes, generando «costumbres» de muy dudosa legalidad algunas, como veremos aproximándose al ilícito penal.

En las líneas que siguen intentaremos dar una respuesta práctica a las principales cuestiones.

2. ANTECEDENTES HISTORICOS. NATURALEZA JURIDICA DE LA FIANZA

Históricamente, en la legislación liberal del Código Civil, la fianza cumplía la finalidad de garantizar los derechos del arrendador, apareciendo como una carga para el arrendatario, finalidad que se ha mantenido hasta la actualidad.

Al socaire del artículo 1.255 del Código Civil, el arrendador podía pactar cualquier mecanismo garantizador de sus derechos, siendo la fianza el principal. El sacrosanto *Pacta sunt servanda* propiciaba toda clase de abusos. Tal libertad, unido a la escasez de viviendas de comienzos de siglo, y al no intervencionismo del Estado liberal agudizaba el problema. El despertar del Estado Social durante la primera mitad del siglo xx determina la necesidad de limitar los abusos que la autonomía de la voluntad de las partes propiciaba. La legislación especial en materia de arrendamientos surge, precisamente, para evitar tales desmanes, pues los arrendadores no se conforman sólo con exigir rentas elevadas, so pena de desahucio, sino que además exigían fianzas desproporcionadas. La aparición de una legislación especial pondría fin a esta situación. Así, el Decreto de 21 de junio de 1920, en su artículo 7, introdujo una primera limitación de naturaleza cuantitativa: *«el importe de las fianzas que se exijan a los inquilinos, no podrá exceder de la suma que represente la cantidad que deba entregarse en cada uno de los plazos de pago estipulados, o sea, de un mes, si se hace el pago por mensualidades; de un trimestre, si se paga por trimestres, y así sucesivamente»*. La legislación arrendaticia posterior volverá a santificar el mismo principio, y así el artículo 3 del Decreto de 21 de enero de 1936, establecía: *«el arrendatario no estará obligado a prestar fianza superior al importe de un mes de alquiler»*.

Esta finalidad garantista se va a ver acompañada, cuando no perturbada, de una segunda finalidad totalmente ajena al interés privado de las partes. Esta finalidad va a ser la de convertir la fianza en un mecanismo de percepción de recursos públicos para la Administración. Concretamente, la Ley de 19 de abril de 1939, establecía la obligación de depositar en el Instituto Nacional de la Vivienda las fianzas arrendaticias, finalidad que persiste en la actualidad a favor de las diferentes Comunidades Autónomas. La justificación a este cambio persiste en la actualidad. Es pues un mecanismo distribuidor de la riqueza y expresión de la función social de la propiedad como afirma la sentencia de TSJ de Andalucía, sección 3.ª de 26-2-98, ponente: VALPUESTA BERMÚDEZ, *«...que el deber de constituir la fianza y subsiguiente ingreso ante el organismo público en la forma de depósito sin interés, debe ser considerado no aisladamente, sino en el contexto en que tiene lugar, defendido por la necesaria intervención estatal y por la función social inherente al derecho de propiedad. Se trata de un deber positivo que se impone al arrendador, al que se priva transitoriamente de la disponibilidad de una cantidad de dinero y de la consiguiente facultad de obtener rendimiento del mismo (los intereses que devengaría) ... Se legisla así con fines de financiación de la política de vivienda ... Integrado este deber de depósito en un régimen intervencionista que asume el Estado Social y que reconoce una función social al derecho de propiedad, imponiendo al arrendador determinados sacrificios o renunciaciones de depósito, no puede sino configurarse como otra restricción impuesta por*

la Ley en la delimitación de la función social que está llamada a desempeñar la propiedad privada (art. 33.2 CE) ... imponiéndole éste “prestación” como contenido obligacional propio de su posición jurídica de arrendador, que no supone una pérdida esencial o vaciamiento de la utilidad económica del bien arrendado y que el legislador, como lo corrobora el mandato contenido en los artículos 47 y 33.2 de la CE, puede establecer en el desarrollo de la política de vivienda».

La consecuencia de la aparición de este «aditamento público» va a ser la mutación de la naturaleza de esta institución. La fianza ya no es sólo institución de Derecho privado, sino que simultáneamente lo va a ser de Derecho público. En este sentido y compartiendo a la mayoría de la doctrina, hemos de criticar la aparición de la Administración en el ámbito de las relaciones privadas. La Administración ha creado una tasa parafiscal cuyo único beneficiario es la Administración, ya que su supresión beneficiaría al arrendatario, parte teóricamente más débil en la relación contractual. Por lo que su mantenimiento es, hoy día, contrario a los intereses de las partes, favoreciendo a un tercero como es la Administración.

La legislación posterior no alterará sustancialmente esta situación. Así el artículo 105 de la LAU, aprobada por Decreto 4104/1964, de 24 de diciembre (BOE de 29 de diciembre de 1964), establece la obligación de prestar fianza en términos muy similares a los actuales. Este precepto continúa en vigor por cuanto las Disposiciones Transitorias de la Ley 29/94 no le afectan. Por tanto, no ha sucedido igual con las normas procesales de la vieja LAU, que aunque no han sido derogadas expresamente, sí tácitamente. Si bien es un precepto de facto inaplicable en el sentido que no es posible en la actualidad constituir contratos de arrendamientos amparándose en la legislación de 1964. El legislador de la vieja ley distinguía como la actual entre arrendamiento de vivienda y el de local de negocio, asimilando a efectos de fianza el arrendamiento de vivienda amueblada. En relación al primero exigía una mensualidad de renta, siendo el doble en el caso de local de negocio. Igualmente establecía la obligación de prestar fianza para el subarriendo a diferencia de la actual Ley que no lo ha previsto.

Debemos finalizar aprovechando la oportunidad y denunciar un *olvido más* del legislador de 1994, y es el relativo a la actualización de la fianza. La Disposición Transitoria 2.^a y 3.^a no han previsto mecanismo actualizador alguno ni para la fianza del arrendamiento de vivienda, ni para el de local de negocio. Tal olvido no sólo perjudica al particular haciendo ilusorio el fin garantista y disuasor de la fianza, sino que además perjudica a la propia Administración. En este sentido se podría haber previsto un mecanismo actualizador que pudiera haber sido el mismo que para la renta. Hubiésemos realmente recuperado el poder adquisitivo arrebatado por la inflación y la desidia de la Administración, sin que ello hubiese supuesto una carga dema-

siado gravosa para un inquilino que gozaba de una posición dominante en un contrato donde se le supone que es la parte más débil.

En relación a los contratos constituidos con posterioridad a 1 de enero de 1995, nos referiremos en el apartado siguiente.

3. REGULACION JURIDICA

Atendiendo a la doble naturaleza de la fianza es necesario diferenciar entre el ámbito civil y la regulación administrativa.

a) REGULACIÓN CIVIL

En la Ley 29/1994 aparece regulada la fianza dentro de las denominadas disposiciones comunes, en el Título IV de la citada Ley. Realmente se dedica un único artículo, el 36, a la regulación de esta figura.

Paradójicamente no se nos da una definición, ni siquiera de los fines y naturaleza de la misma.

Para buscar el concepto debemos acudir al ordenamiento jurídico donde aparece bajo diferentes acepciones pero con un fin común denominador: garantizar el cumplimiento de una obligación.

Así, en el Derecho Civil la fianza aparece como contrato en el artículo 1.822 y siguientes, teniendo la característica de garantizar el cumplimiento de una obligación contraída por el deudor: *«por la fianza se obliga uno a pagar o cumplir con un tercero en el caso de no hacerlo éste»*. En Derecho arrendaticio la primera consecuencia que se deriva es que la fianza constituye una obligación nacida del contrato de inquilinato cuyo obligado es el arrendatario.

Al Derecho Procesal no le es igualmente ajeno el concepto de fianza. La Ley Adjetiva Penal la regula en el artículo 589, recoge como un mecanismo garantizador de las responsabilidades pecuniarias derivadas del delito. Cuando a lo largo del proceso surjan indicios de responsabilidad penal anudados a una persona, ésta debe garantizar sus eventuales responsabilidades pecuniarias, debiendo prestar fianza metálica so pena de embargo. Pero es que la finalidad garantista no sólo aparece respecto a las obligaciones de naturaleza dineraria, sino que el término fianza también designa a mecanismos tendentes a garantizar todo tipo de obligación. En Derecho Procesal Penal, la fianza aparece igualmente como medida cautelar que trata de garantizar la presencia del acusado en el acto del juicio oral y como mecanismo sustitutivo de la medida cautelar de prisión, tal y como se desprende del artículo 503 de la LECr.

El carácter cautelar de la fianza arrendaticia queda plenamente justificado por la naturaleza del propio contrato arrendaticio. La relación locativa, no

olvidemos, es de tracto sucesivo, prolongándose en la generalidad de los casos durante un largo período de tiempo. Consecuentemente se han de establecer mecanismos cautelares y preventivos, habiendo sido la fianza el mecanismo principal cuando no el único.

El arrendador persigue con la fianza garantizar y mantener incólume sus derechos que, básicamente, se reducen a dos: el derecho a percibir la contraprestación, denominada renta, y el derecho a recibir la cosa en el mismo estado en que el arrendador la entregó, siendo pues obligaciones del arrendatario, como se desprende del artículo 1.555 del Código Civil, el pagar el precio del arrendamiento y el usar la cosa arrendada con la diligencia de un buen padre de familia.

Por tanto la fianza aparece como obligación que recae sobre el arrendatario, además de carácter dinerario que debe ser cumplida al inicio del contrato y cuyo fin es garantizar los derechos económicos del arrendador y de la Administración Pública.

El apartado primero del artículo 36 consagra el carácter obligatorio e imperativo de la fianza, derivado no sólo del tenor literal del precepto, sino también de la naturaleza imperativa del Título IV. El artículo 4 de la Ley, al regular el régimen aplicable, establece que los arrendamientos regulados en la presente Ley se someterán imperativamente al contenido de una serie de Títulos, y entre ellos aparece el Título IV. Para disipar alguna improbable duda sobre el carácter obligatorio de la fianza, basta leerse el Preámbulo de la Ley: *«La fianza arrendaticia mantiene su carácter obligatorio, tanto para vivienda como para uso distinto de vivienda...»*

La única excepción a la obligación de prestar fianza aparece en el párrafo sexto introducido por la Ley 13/1996, de 30 de diciembre, que viene a exonerar de la obligación de prestar fianza a los entes públicos cuando la renta deba ser satisfecha con cargo a sus respectivos presupuestos.

La primera consecuencia que podemos destacar es que la normativa sobre fianza es aplicable en exclusiva a los contratos sometidos al ámbito de aplicación de la Ley 29/1994, esto es, a la legislación especial de arrendamientos urbanos. Por tanto, los contratos de arrendamiento sometidos al Derecho común no se exige la fianza en virtud de imperativo legal, dado que las normas del Código Civil no la exigen. Sí se podrá exigir al amparo de la libre voluntad de las partes, por cuanto el Código no lo prohíbe. Esta consideración es válida desde el punto de vista civil, que no administrativo, por cuanto habrá que ver qué dice cada normativa administrativa de cada Comunidad Autónoma.

El legislador en la legislación especial no se ha limitado a exigir la fianza sino que además ha dispuesto el quantum de la misma; dos para uso distinto de vivienda y una si la finca se destina a vivienda.

La doctrina ha criticado con cierta razón, en relación al arrendamiento para uso distinto al de vivienda y a los arrendamientos suntuarios, la paradoja

que surge en materia de su regulación, pues parece excesivo la regulación imperativa de este aspecto cuando este tipo de arrendamientos queda a la libre voluntad de las partes, como se desprende del artículo 4 de la Ley 29/1994. Las partes lo pueden pactar todo menos lo referente a la fianza que al fin y al cabo nació como un mecanismo garantizador de los intereses del arrendador. La explicación a su exigencia queda justificada desde la perspectiva pública de la fianza, pues dejar la regulación de la fianza a la libre voluntad de las partes, privaría en la mayoría de los casos de un ingreso a la Administración.

En relación al arrendamiento de temporada, la paradoja resulta ciertamente más exagerada. A diferencia del arrendamiento de vivienda caracterizado por las notas de «necesidad» y «habitualidad» (SAP de Tarragona. Sección 1.ª de 19-2-99), el arrendamiento de temporada se caracteriza por la ocupación del bien de forma esporádica por el arrendatario, discontinúa en el tiempo. Por tanto, quedan excluidos de la legislación protectora de los arrendamientos de vivienda entrando en la categoría de arrendamientos para uso distinto de vivienda. Consecuentemente el tratamiento es idéntico al analizado en el párrafo anterior, mas con la grave paradoja de que al tratarse de un arrendamiento para un corto período de tiempo las garantías derivadas de la fianza superan el objeto garantizado. Así, el típico arrendamiento de verano implicará para el arrendatario no sólo pagar el mes o los quince días de renta, sino además entregar dos fianzas, lo cual puede implicar un «abuso de derecho legalizado».

Igualmente problemática resulta la exigencia de fianza en el arrendamiento de establecimiento mercantil. Por establecimiento mercantil estoy haciendo referencia a lo que la doctrina italiana denomina *azienda*, y la francesa *fons de commerce*, esto es, el conjunto de bienes puestos por el empresario para llevar a cabo su empresa, entendida ésta como actividad económica organizada. Este arrendamiento debe englobarse en el arrendamiento para uso distinto que el de vivienda. Por lo que me remito a lo manifestado anteriormente. No olvidemos que en este arrendamiento, el arrendador asume obligaciones accesorias, como la de no competir con el arrendatario. Y como contra parte el arrendatario deberá conservar el establecimiento en condiciones de producir. Llegada la conclusión del contrato, el arrendador deberá comprobar si lo que recibe sigue siendo un establecimiento o una mera unión de elementos inconexos inaptos para producir. En este último supuesto, el arrendatario perderá la fianza.

La exigencia de fianza no supone en sí un agotamiento de los mecanismos de protección del arrendador, pues el párrafo quinto establece la libertad de pacto para fijar cualquier tipo de garantía en el cumplimiento de las obligaciones del arrendatario. Esto supone que es legítimo, por que así lo permite la ley, el establecimiento de cualquier tipo de garantía, como pueda ser, por ejemplo, la fijación de un seguro figurando como tomador el arrendatario y

como asegurado el arrendador. Este tipo de garantías puede acompañar, que no sustituir, a la fijación de fianza exigida por la ley. Cuestión distinta es considerar si es posible fijar fianzas arrendaticias por importe superior al señalado en el artículo 36.1. En definitiva, si podemos pactar, por ejemplo, cuatro mensualidades en concepto de renta para una vivienda. La respuesta, en mi opinión, debe ser negativa, y ello por las siguientes razones:

1.º El apartado quinto del artículo 36 lo que permite es el establecimiento de garantías «*adicional a la fianza en metálico*». Por consiguiente, la garantía no puede ser una fianza más, porque si no el precepto lo hubiera señalado.

2.º Si el legislador permitiera libertad en la fijación del quantum de la fianza, no se hubiera molestado en señalar en el artículo 36, apartado primero, el número de mensualidades a que debe hacer frente el arrendatario, distinguiendo a su vez entre arrendamiento de vivienda y arrendamiento para uso distinto al de vivienda.

3.º Por otra parte, la legislación administrativa viene a exigir sólo que se deposite una mensualidad en caso de arrendamiento de vivienda y dos para uso distinto, estableciendo por tanto una limitación cuantitativa a la obligación de prestación de fianza (*ad exemplum*, art. 3.1 del Decreto 333/1995, de la Generalitat Valenciana o art. 2 del Decreto 181/1996, de la Comunidad de Madrid).

El párrafo 2.º y 3.º del artículo 36 regula el régimen de la fianza una vez constituida. El legislador distingue entre si ha sobrepasado los cinco primeros años o no. De tal modo que ha optado por la congelación de la misma durante el primer lustro y por la posibilidad de actualización una vez pasado este período. La regla, en mi entender, carece de toda lógica, dado que la renta del arrendamiento anualmente sí puede actualizarse, al igual que los gastos que soporte la finca arrendada. La justificación seguramente descansa en la dificultad para la Administración de exigir el depósito de tales actualizaciones.

Esta falta de actualización resulta perjudicial tanto para el arrendador como para la Administración, pues ambos se ven perjudicados económicamente. Incluso teóricamente podría perjudicar al arrendatario si resultase que durante ese período hubiese deflación de los precios.

Transcurridos los cinco primeros años se actualizará conforme a lo pactado, y en su defecto tendrá el mismo régimen de actualización que la renta.

b) REGULACIÓN ADMINISTRATIVA

Esta la compone un sinfín de normas autonómicas, pues las Comunidades Autónomas han regulado sobre la materia al tener transferidas las competencias del otrora Instituto Nacional de la Vivienda y de las Cámaras de la

Propiedad Urbana, estas últimas subsistentes en algunas Comunidades Autónomas como Cataluña.

Ya la Disposición Derogatoria única establecía la derogación del Decreto de 11 de marzo de 1949, supeditado a que cada Comunidad Autónoma regule específicamente en la materia, consiguiendo de este modo evitar un vacío normativo. Lo cual, a su vez, hay que ponerlo en relación con la Disposición Adicional 3.^a que habilita a cada Comunidad Autónoma a legislar sobre la materia, si bien había Comunidades Autónomas, como la vasca, que habían legislado con anterioridad a esta fecha.

Analizar detenidamente toda la legislación excedería de los límites de este artículo, por lo que simplemente pasamos a citar siguiendo un orden cronológico:

País Vasco: Decreto 174/1983, de 1 de agosto, de regulación de la constitución de la fianza y emisión de papel de fianzas.

Castilla-La Mancha: Decreto 98/1984, de 4 de agosto, por el que se regula la constitución de fianza por arrendamientos y suministros en el ámbito de la Comunidad castellano-manchega.

Canarias: Decreto 45/1985, de 22 de febrero, sobre regulación de la emisión de papel fianza en materia de arrendamientos y suministros.

Murcia: Decreto 11/1985, de 22 de febrero, sobre constitución de fianzas por alquileres y suministros. Modificado parcialmente por Decreto 67/1994, de 1 de julio.

Extremadura: Decreto 67/1985, de 26 de noviembre, sobre regulación de constitución de las fianzas de arrendamientos y suministros.

Galicia: Decreto 267/1985, de 12 de diciembre, sobre emisión de efectos de papel de fianzas.

Navarra: Decreto Foral 102/1986, de 11 de abril, regulador de la emisión de papel de fianzas.

Castilla y León: Decreto 72/1986, de 5 de junio, por el que se regula la emisión de papel de fianzas de arrendamientos y suministros. Completado por Orden de 6 de febrero de 1987 y Orden de 31 de mayo de 1988.

La Rioja: Decreto 36/1986, de 12 de septiembre, que regula la constitución de fianzas de arrendamientos urbanos y suministros. Completado por Decreto 61/1989, de 22 de diciembre.

Baleares: Decreto 22/1989, de 22 de febrero, sobre creación y regulación del papel de fianzas. Completado por Decreto 109/1990, de 13 de diciembre de 1990.

Aragón: Ley 10/1992, de 4 de noviembre, de fianzas de arrendamientos y otros contratos.

Asturias: Decreto 67/1992, de 16 de septiembre, sobre gestión y recaudación del papel de fianzas por arrendamientos y suministros.

Cantabria: Ley 5/1993, de 6 de mayo, de la Asamblea Regional de Cantabria, que aprueba los Presupuestos de la Comunidad Autónoma para 1993.

Valencia: Decreto 333/1995, de 3 de noviembre, por el que se regula el régimen de fianzas por arrendamiento de fincas urbanas y prestaciones de servicios o suministros complementarios en la Comunidad Valenciana.

Madrid: Decreto 181/1996, de 5 de diciembre, por el que se regula el régimen de depósito de fianzas de arrendamientos en la Comunidad de Madrid. Completado por Ley 12/1997, de 4 de junio, reguladora de las actuaciones inspectoras y de la potestad sancionadora en materia de Depósito de Fianzas de Arrendamiento de la Comunidad de Madrid.

Cataluña: Ley 13/1996, de 29 de julio, que regula el registro y depósito de fianzas de los contratos de alquiler de fincas urbanas.

Andalucía: Ley 8/1997, de 23 de diciembre, por la que se aprueban medidas en materia tributaria, presupuestaria, de empresas de la Junta de Andalucía y otras entidades, de recaudación, de contratación, de función pública y de fianzas de arrendamientos y suministros.

Como notas comunes a toda la legislación relacionada, podemos señalar:

- a) Todas las Comunidades Autónomas, salvo Ceuta y Melilla, han legislado sobre la materia, ya como la mayoría de forma específica, ya formando parte de legislaciones de carácter presupuestario o fiscal.
- b) Todas parten de la premisa de la obligatoriedad de la fianza.
- c) La generalidad sanciona, vía multa pecuniaria, el no depósito de la misma.

4. FIANZA Y AUTONOMIA DE LA VOLUNTAD

Bajo este epígrafe nos vamos a plantear si cabe, conforme a la regla general, autonomía de pacto, y por tanto si es posible responder afirmativamente a dos interrogantes: ¿cabe pacto de renuncia a la fianza? Y ¿es posible la compensación?

Respecto al primer interrogante debemos incluir los dos supuestos: renuncia *a priori* por el arrendador y renuncia una vez constituida. Respecto al primer supuesto, la doctrina se divide sobre la cuestión, y así un sector doctrinal considera que no hay inconveniente alguno en admitir la posibilidad de renunciar a la exigencia de tal fianza por cuanto interpreta que en base al artículo 1.255 del Código Civil en relación al artículo 6.2 permiten tal posibilidad, concretamente, GÓMEZ DE LA ESCALERA (1) entiende que no hay con-

(1) GÓMEZ DE LA ESCALERA, CARLOS, *Las fianzas arrendaticias y su depósito obligatorio en las Comunidades Autónomas*, Editorial Sepín, Madrid, 1998, pág. 22.

travención del orden público ni perjudica a tercero, pues el interés de la Administración se satisface por el hecho de que el arrendador preste el depósito obligatorio, pues a la Administración le es indiferente el origen del dinero que se deposite.

De la misma opinión es GONZÁLEZ ARRIBAS (2); si bien realiza una matización al distinguir atendiendo a la doble naturaleza de la fianza: *«No obstante, el arrendador puede renunciar a la exigencia de la fianza, pero sólo en el ámbito civil y bajo su responsabilidad. Efectivamente, la fianza en la nueva LAU se establece a favor exclusivo del arrendador, por lo tanto es un derecho, un interés particular, integrado en su patrimonio privado, cuya renuncia ni contraría el interés o el orden público ni perjudica a terceros (art. 6.2 del Código Civil). Otra cosa sería el pacto de no exigir la fianza o de no depositar la consignación obligatoria en la dependencia autonómica competente, que de producirse sería nula de pleno derecho conforme al artículo 6.3 del Código Civil»*.

LOSCERTALES (3) mantiene similar tesis al considerar que solamente serían nulas las cláusulas que perjudiquen al arrendatario y ello por mor del artículo 6 LAU. No obstante, tal pacto no debe afectar a la Administración, pues el arrendador no quedará eximido de ingresar la fianza a su costa, lo que en mi opinión hace absurda la existencia del pacto.

Obviamente defender la autonomía de la voluntad de las partes en materia de fianza acarrea también admitir la fianza bajo condición suspensiva. Lo cual no es extensible a la normativa administrativa donde se exige sin posibilidad de condición alguna. Consecuentemente las partes podrán pactar cualquier sistema de pagar la fianza ahora, dentro de cuatro meses, a plazos o sólo cuando la condición suspensiva no se produzca, etc.

Discrepo de esta tesis no sólo por el argumento apuntado sino además por las siguientes razones que impiden la renuncia como expresión de disponibilidad por las partes:

- El artículo 36 es sumamente claro en su dicción y por tanto, en su interpretación: *«a la celebración del contrato será obligatoria la exigencia y prestación de fianza»*. Más clara la norma, imposible. El legislador no ha utilizado expresiones como «podrá» o «en su caso», sino que presume que todo contrato de arrendamiento debe ir acompañado de su correspondiente fianza. Al igual que no se puede concebir un contrato de arrendamiento sin renta, pues estaríamos ante un caso de precario, el legislador civil no confi-

(2) GONZÁLEZ ARRIBAS, MIGUEL ANGEL, «La fianza en los arrendamientos de fianzas urbanas», Editorial la Ley, *Actualidad Inmobiliaria*, núm. 1, enero de 1999, Madrid, pág. 19.

(3) LOSCERTALES FUERTES, DANIEL, *Arrendamientos urbanos*, Editorial Sepín, Madrid, 1995, pág. 361.

gura un contrato sin fianza que la da por sobreentendida. Por ello, no nos debemos de extrañar de que entre las causas de extinción del contrato arrendaticio, y por tanto de incumplimiento de obligación, aparezca en el artículo 27.2.b): «*la falta de pago del importe de la fianza o de su actualización*». Si la fianza no fuera obligatoria no aparecería como tal causa de extinción. Como señala FERNÁNDEZ HIERRO (4), la falta de prestación de fianza constituye, efectivamente, causa de resolución, pero con la particularidad de ser la única causa de incumplimiento inicial, pues las demás son sobrevenidas.

- Imperatividad del artículo 36. El artículo 4, que regula el régimen aplicable, es sumamente claro al establecer el carácter imperativo, entre otros, del Título IV, esto es, el referido entre otras cuestiones, a la fianza. Nuevamente, la lectura literal del artículo 4.1 es sumamente esclarecedora cuando afirma que «*se someterán de forma imperativa*».

- Aun cuando interpretásemos que la normativa no es imperativa, el pacto de renuncia no debería ser admisible por cuanto perjudica a un tercero. Perjudica a la Administración Pública que se ve privada de un ingreso.

- La naturaleza bifronte de la fianza, con su dimensión pública y privada, no debe llevarnos a error. La exigencia de prestar fianza nace de la legislación civil y no sólo de la legislación administrativa. El artículo 36 está en la Ley de Arrendamientos y no en la legislación administrativa. Es más, la legislación administrativa parte del hecho de que la ley civil exige la prestación de fianza, así se observa, por ejemplo, en el artículo 2 del Decreto 181/1996, de 5 de diciembre, de la Comunidad de Madrid, que afirma: «*de conformidad con lo previsto en el artículo 36 de la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos, a la celebración de los contratos de arrendamiento de fincas urbanas, será obligatoria la exigencia y prestación de fianza...*» Igualmente, el artículo 2 del Decreto 333/1995, de 3 de noviembre, de la Comunidad Valenciana, que establece que el régimen de las fianzas se regulará, en primer lugar, por la Ley 29/1994.

Ciertamente, la naturaleza pública de la fianza puede inducirnos a error en cuanto a que entendamos que su regulación es similar a la relativa a los arrendamientos de Viviendas de Protección Oficial. Podríamos entender que la obligación de prestar fianza es sólo de naturaleza pública, de tal modo que su incumplimiento sólo acarrearía una sanción, siendo similar al caso de sobreprecio de renta en Viviendas de Protección Oficial. Sin embargo, como hemos visto, la obligatoriedad de la fianza no nace del Derecho Público sino del Derecho Privado.

(4) FERNÁNDEZ HIERRO, JOSÉ MANUEL, *La resolución arrendaticia urbana con arreglo a la Ley 29/94*, Editorial Comares, Granada, 1995, pág. 131.

Jurisprudencialmente debemos acudir tanto a la jurisprudencia administrativa como civil, y ello en coherencia con la peculiar naturaleza de esta figura.

Desde la perspectiva administrativa resulta destacable la STS de 27-1-1993 (93/580 EDE). Ponente: ESCUSOL BARRA, ELADIO, la cual manifiesta el carácter no disponible de la fianza, siendo una obligación que nace en el ámbito del Derecho Privado, aunque su materialización se rija por las normas del Derecho Público: *«Que la obligación exigida por el artículo 105 LAU, ha de cumplirse ante el Instituto de la Vivienda de Madrid, en virtud de lo establecido en los artículos 25.3 y 26.3 del Estatuto de Autonomía de Madrid... La exigibilidad de la fianza, a que se refieren los actos administrativos impugnados, descansa en el artículo 105 LAU, sin que pueda aceptarse que han desaparecido los fines y objetivos de las fianzas, que responden como garantía del cuidado y conservación de la cosa arrendada, así como del pago del precio del arrendamiento (art. 2 D, 11-3-49, expresamente en vigor por la fuerza de la Disposición Final 2.ª LAU)».*

Esta línea se mantiene en la sentencia del TSJ de Madrid, sección 2.ª, de 5 de marzo de 1998. El Tribunal recuerda al recurrente que la Administración tiene acción y legitimación para seguir exigiendo el depósito de la fianza y ello por su peculiar naturaleza.

Igual suerte debe llevar el supuesto de renuncia, una vez constituida y vigente el contrato de arrendamiento. En este caso es evidente que si el arrendador la ha depositado, éste no puede disponer ni de lo que no es suyo, y menos aun de aquello que ni siquiera está en su poder.

Distinto es el supuesto de disponer de ella una vez extinguido el contrato de arrendamiento. En este caso la Administración no se ve afectada en sus intereses y además al estar extinguido el contrato las partes no se someten a la LAU sino al Código Civil.

Respecto al segundo interrogante es si cabe compensación de la fianza con las cantidades adeudadas por el inquilino a la finalización de su contrato de arrendamiento. Como señala OSSORIO MORALES (5), *constituye la compensación el saldo o liquidación recíproca de dos créditos contrarios de análoga naturaleza*. Antes de pronunciarse sobre esta cuestión es necesario señalar que cuando se habla de compensación, la doctrina suele distinguir tres clases: la compensación legal, la compensación judicial y la compensación voluntaria, si bien, propiamente hablando, es la compensación legal la que aparece recogida como tal en el Código Civil. Con relación a ésta, entendemos que no cabe compensación legal, y ello por los siguientes argumentos:

- La iliquidez de la fianza. Subsistiendo el contrato de arrendamiento, el inquilino es titular de una expectativa de derecho consistente en la devolución

(5) OSSORIO MORALES, JUAN, *Lecciones de Derecho Civil*, Editorial Comares, Granada, 1986, pág. 150.

de la totalidad o de parte del dinero entregado en concepto de fianza. Evidentemente, durante el contrato de arrendamiento no cabe compensación alguna, y prueba de ello es que si el arrendatario deja de abonar la renta, el arrendador no podría compensar con la fianza, sino que tendría que acudir al correspondiente juicio arrendaticio, ya sea de desahucio, ya sea de reclamación de rentas. Además, como hemos visto, la fianza queda en poder de la Administración Autonómica, quedando sustraída a la disponibilidad del arrendador. Igualmente está indisponible para el arrendatario, que ante juicio de desahucio no le valdría ni como excepción ni como consignación enervatoria el hecho de alegar que su arrendador puede cobrarse de la renta debida a costa de dicha fianza. Al carácter ilíquido de la fianza también se llega a través de una interpretación gramatical del artículo 36.4 de la LAU de 1994, donde se utiliza la expresión «saldo», lo cual denota que la cantidad resultante va a ser fruto de un sinnúmero de operaciones previas cuyo resultado determinará si procede devolver la totalidad de la fianza, parte de ella o nada. Resulta pues evidente que el arrendador, antes de proceder a la devolución de la fianza, tendrá que examinar la finca, los contadores de suministro, gastos de comunidad, etcétera, y liquidar.

- La falta de exigibilidad. El arrendatario sólo puede exigir la fianza extinguido el contrato de arrendamiento y devuelta la posesión de la finca. La ley fija pues un plazo de un mes a contar desde la entrega de las llaves, o lo que es lo mismo, cuando el arrendador recupera la posesión inmediata de la finca. Es exclusivamente a partir de este momento cuando procede liquidar la fianza.

- La prohibición de pactos sobre la fianza. A fin de evitar repeticiones innecesarias, nos remitimos a lo ya señalado sobre el carácter de *ius cogens* de la normativa arrendaticia, y por consiguiente, la sustracción a la libre voluntad de las partes, no siendo aplicable el artículo 1.255 del Código Civil.

Por compensación voluntaria o contractual entendemos el acuerdo o contrato en virtud del cual acuerdan liberarse recíprocamente de las obligaciones que existían entre ellos, dándolas ambas por extinguidas. Por tanto, su objeto es una remisión o condonación recíproca. Frente a la compensación legal, la compensación voluntaria permite sortear los escollos de la compensación legal. Así no es necesario cumplir con los requisitos del artículo 1.196. Por tanto, no es necesario que la deuda esté vencida, sea líquida, etc. Por el contrario subsiste el problema del carácter normativo imperativo de la fianza y la necesidad de no perjudicar a terceros como es la Administración.

Llegada esta situación nos debemos plantear si podemos salvar estos obstáculos, pues lo apuntado hasta ahora cierra la posibilidad de compensación voluntaria.

La solución se plantea en la necesidad de garantizar los intereses económicos de la Administración con lo que parece necesario la intervención de un

tercero como puede ser el Notario. Este peculiar funcionario público, al protocolizar las manifestaciones de las partes, puede hacer las advertencias legales oportunas, protegiendo los intereses de terceros como la Administración.

No debemos perder de vista que la compensación voluntaria es en realidad un contrato que puede tener importantes efectos para terceros. En este sentido, no debemos perder de vista la perspectiva tributaria de la fianza. Cuando se devuelve la fianza al arrendatario no se produce hecho imponible alguno, por cuanto el arrendatario recibe lo que es suyo, él solamente lo depositó en poder de un tercero. Si el arrendador compensa por gastos dejados pendientes por el arrendatario, ello no exonera al arrendador de justificar ante la hacienda pública la existencia de esos gastos. Ya que de lo contrario obligaría a presumir que el arrendador ha tenido un incremento patrimonial que en caso de las personas jurídicas implicará un incremento de los rendimientos derivados del capital mobiliario. Consecuentemente no debemos perder de vista que todo acuerdo que se haga debe no perjudicar a terceros, o lo que es lo mismo, tal acuerdo al no vincular a la Administración no enerva a ésta a exigir la tributación que corresponda a esa manifestación de riqueza.

Por estas consideraciones me muestro reacio a la admisión de la compensación contractual, salvo que se realice en presencia de funcionario público. Por ello, como vemos a continuación, admitiremos la compensación judicial.

Frente a la situación de la compensación legal y contractual en la que no cabe, como regla general, compensación alguna, nos encontramos con la llamada compensación judicial. Por compensación judicial debemos entender aquella que se realiza dentro de un proceso. Si las malas relaciones entre las partes desembocan en el Juzgado, reclamándose recíprocamente pagos de cantidades, no debe existir obstáculo legal para una compensación. A lo largo del proceso quedan acreditados recíprocamente tales derechos de crédito. No olvidemos que el fundamento de la compensación es el de evitar una inútil duplicidad de pagos, lo que procesalmente se traduce en la evitación de una inútil duplicidad de procesos. El principal escollo, que es la falta de liquidez, puede superarse a lo largo del proceso, y ello porque en la compensación judicial no son exigibles todos los requisitos que la normativa civil exige para la compensación legal, y entre ellos, que las deudas compensables sean líquidas y exigibles en el momento de interponerse la demanda, pudiendo estos requisitos concretarse a lo largo del proceso, incluso que la cantidad compensable queda fijada en ejecución de sentencia (sentencia de 24 de octubre de 1985, 16 de noviembre de 1993 y 9 de abril de 1994). Si en el proceso, ya sea a través de una reconvencción, ya sea a través de la propia contestación a la demanda, en el caso de que el arrendatario sea el demandado, se acredita esa liquidación, no debe existir impedimento a que el Juez, a instancia de parte, declare esa compensación (SAP de Málaga, Sección 6.ª de

9 de febrero de 1998). Razones de economía procesal obligan a evitar el absurdo que sería acudir a otro procedimiento, a fin de que se declarasen compensables tales cantidades, por cuanto el fin de la compensación judicial es evitar esas dilaciones no deseables. Desde el punto de vista procesal, entendemos que en congruencia con los principios que son propios del proceso civil, será la parte que lo alegue la que tendrá que probarlo (art. 1.214 del Código Civil). En el supuesto debatido de cantidades adeudadas por el arrendatario y al mismo tiempo el arrendatario considera que ha habido cantidades que deberían ser abonadas por su arrendador, deberá alegar la compensación, y el Juez apreciarla, como se pone de manifiesto en la SAP de Gerona, sección 2.^a de 8 de enero de 1999.

Partiendo pues de la tesis de que no cabe compensación y al mismo tiempo del supuesto habitual de no depositar la fianza ante la Administración, nos debemos plantear las diversas soluciones jurídicas que se ofrecen al arrendatario ante el supuesto, no desgraciadamente raro, que el arrendador se niegue no sólo a depositar la fianza sino a devolverla.

Extinguido pues, el contrato de arrendamiento y entregadas las llaves, puede ocurrir que el arrendador decida quedarse unilateralmente con la fianza. En este caso, lamentablemente no esporádico, al arrendatario le caben tres posibles salidas:

A) JURISDICCIÓN PENAL

El inquilino «sumamente enfadado» puede decantarse por esta vía en la reclamación de la fianza, mediante la presentación de la correspondiente denuncia o querrela. Desde el punto de vista penal, la conducta del arrendador puede incardinarse en el delito de apropiación indebida del artículo 252 del Código Penal, que como todos sabemos, castiga a *«los que en perjuicio de otro se apropiaren o distrajeren dinero, efectos, valores o cualquiera otras cosas mueble o activo patrimonial que hayan recibido en depósito, comisión o administración...»*, siendo claro y evidente que la fianza es un efecto pecuniario susceptible de apoderamiento. Sobre el particular resulta interesante el Auto de la Audiencia Nacional, sección 2.^a de 30-10-1997 (EDE 97/16294), que nos recuerda que el delito se cometería si no se devuelve la fianza y no cuando subsistente el contrato, ese dinero se utiliza para otros usos.

Si se acreditase un dolo antecedente, esto es, que el arrendador desde el primer instante sabía que no iba a cumplir sus obligaciones, ni civiles ni administrativas, estaríamos en la compleja figura de la estafa. Deberíamos de analizar la tenue línea divisoria entre dolo civil y dolo penal. En este último supuesto enfrentarnos a los denominados *contratos civiles criminalizados*. Como señalan las sentencias de 15 de marzo, 8 de abril y 14 de octubre de

1985 y 13 de junio de 1986, la índole aparentemente formal y correcta de ciertos negocios jurídicos no impide que en el fondo subyazca una situación engañosa grave, un engaño defraudatorio, capaz de mover la voluntad de quienes se confían en quienes ofrecen la realización del contrato. Todo el aparato que acompaña a la captación del otro contratante, el que acepta en este caso la oferta de los procesados, es dato de especial significación, nos referimos a las maniobras fraudulentas a las que se refieren el artículo 405 del CP francés y que la doctrina científica recoge expresivamente con la frase *«mise en scène»*. En materia de fianza va a resultar complicado acreditar estos datos. Sí habría delito si el arrendador realiza la misma operación con una pluralidad de arrendatarios, en este caso sí se podría probar una maquinación previa vinculada a un plan preconcebido. Es el típico caso del arrendador que sólo arrienda a ciertos colectivos como estudiantes y sistemáticamente se queda con la fianza.

Igualmente podríamos entender que podría ser un delito de malversación de caudales públicos, y ello atendiendo a la finalidad pública inherente a la fianza arrendaticia. Sin embargo, tal y como se desprende de los artículos 432 a 435 del Código Penal, reguladora de este delito, deberemos rechazar rápidamente esta hipótesis. La razón fundamental no descansa en que el particular no es autoridad o funcionario público, pues el artículo 435 permite al particular ser sujeto activo de este delito, sino ante todo, a que el delito de malversación exige que el dinero malversado o distraído forme ya parte del caudal o efecto público. El caso que analizamos se caracteriza precisamente porque el arrendador no ha acudido a la Administración a depositar la fianza arrendaticia. Por el contrario, sí habría delito de malversación en aquella autoridad o funcionario público que se apropiare de una fianza arrendaticia ya depositada.

Planteada la denuncia será obligación del Juez instructor aclarar la naturaleza delictiva, resultando en este caso decisiva la versión que nos pueda dar el arrendador, llamado como imputado al proceso penal, sobre por qué se ha quedado con la fianza arrendaticia. En el caso de que el arrendador alegara justa causa, como que el arrendatario ha dejado cantidades indebidas, no deberá continuar el proceso penal, debiéndose archivar la causa con la correspondiente reserva de acciones civiles para el perjudicado. La razón resulta evidente, el proceso penal no puede desnaturalizarse y convertirse en un proceso civil, pues para eso ya existe, obviamente, la jurisdicción civil. Por el contrario, si el arrendador no da una versión convincente, mucho me temo que nos deberemos plantear la existencia del ilícito penal con la correspondiente responsabilidad civil derivada del delito, salvo que la parte perjudicada por el mismo renuncie o se reserve la acción civil, pues la penal es irrenunciable y el ejercicio de la acción penal, al ser pública, le queda encomendada legalmente al fiscal.

B) JURISDICCIÓN CONTENCIOSA-ADMINISTRATIVA

El incumplimiento del deber de depositar la fianza va a acarrear una sanción administrativa. La generalidad de la legislación administrativa considera infracción la falta de depósito de la fianza arrendaticia.

Sin embargo ambas vías resultan, en mi entender, demasiado groseras para tutelar efectivamente al inquilino. Pueden conminar al arrendador y convencerlo para que cumpla sus obligaciones, pero la experiencia me dice que no ha hecho el Derecho Penal o Administrativo sancionador para tutelar intereses privados. En todo caso, sí debemos ser conscientes que la vía administrativa en ningún caso nos garantizará la devolución de la fianza. La penal, al llevar aparejada la acción civil, sí podrá ofrecernos la reparación del daño causado.

C) JURISDICCIÓN CIVIL

Obviamente ya sólo nos queda la respuesta civil. Curiosamente se plantea aquí un problema procesal en el sentido de que no pueden aplicarse las normas procesales arrendaticias, dado que el contrato de arrendamiento está extinguido. Y está extinguido al haber transcurrido el plazo de duración del contrato y al haber recuperado el arrendador la posesión inmediata de la cosa. El artículo 36.4.º señala que habrá que devolver la fianza al mes de recuperar las llaves de la cosa arrendada. Consecuentemente estaremos ante una reclamación de cantidad que se tramitará por los cauces procesales ordinarios dependiendo de la cuantía.

Cabe, igualmente, que nos planteemos el supuesto inverso. Esto es, que el arrendatario que ha preavisado, conforme al artículo 9.1 de la LAU, su intención de no renovar el contrato, no pague la renta de ese último mes *a cuenta* de su fianza. Técnicamente tal modo de proceder es inexacto, pues renta y fianza son conceptos distintos, no admitiéndose la compensación por los motivos *ut supra* señalados, que en aras de la brevedad damos por reproducidos. Obviamente cuando el inquilino procede de este modo subyace en la mayor parte de los casos una finalidad cautelar. Sin embargo, no debe ser admitido porque dejaría sin sentido los fines de la fianza. El problema es que jurídicamente el arrendador poco podrá hacer. No puede desahuciarlo, pues cuando fuese resuelta la demanda, el inquilino ya hubiese abandonado el lugar. Tampoco reclamar en cognición por idénticas razones unidas a que se opondrá por el arrendatario la existencia de una fianza.

5. FIANZA Y FONDO DE RESERVA

La reforma de la Ley de Propiedad Horizontal operada por Ley 8/1999, de 6 de abril, ha traído algunas novedades al problemático campo de la propiedad horizontal. Entre las obligaciones de los propietarios se ha venido a establecer en el artículo 9.1.f) la obligación de constituir un denominado fondo de reserva. Tradicionalmente ha existido un paralelismo entre algunos aspectos de la normativa arrendaticia y los referentes a la propiedad horizontal. Baste citar la posibilidad de lanzamiento del arrendatario por actividades insalubres o prohibidas, ya sea al amparo de la LPH o de la LAU.

En las líneas que siguen trataremos de una forma sucinta poner de manifiesto la relación entre fondo de reserva y fianza.

El legislador ha querido con esta extraña institución garantizar el adecuado estado del inmueble, por lo que se ha visto obligado a reforzar las obligaciones de los titulares dominicales. Podemos definir el fondo de reserva como aquella obligación de naturaleza pecuniaria que recae sobre el propietario y cuyo fin es la conservación del edificio. Esta finalidad garantista, ciertamente nos recuerda el mismo fin en la fianza arrendaticia y nos hace plantearnos diferentes interrogantes.

En principio parece que nada tiene que ver la fianza y el fondo de reserva, máxime cuando la reforma de la LPH no ha venido acompañada de una reforma de la LAU. Planteada la cuestión desde la perspectiva arrendaticia, el fondo de reserva entraría en el polémico concepto de renta asimilada o el todavía más impreciso: «*cantidades que el arrendatario deba asumir por contrato o por ley*», si seguimos la nomenclatura de la LEC cuando se refiere al desahucio.

Desde un punto de vista contractual nada parece oponerse a tal posibilidad por cuanto, como hemos visto, junto a la fianza pueden establecerse otros mecanismos garantizadores de los derechos económicos del arrendador. El artículo 36 de la LAU actual, en su apartado 5.º autoriza expresamente al arrendador a pactar «*cualquier tipo de garantía del cumplimiento por el arrendatario de sus obligaciones arrendaticias adicional a la fianza en metálico*».

Pero no es éste el único título habilitador para «*endosar*» el coste económico del fondo al inquilino. Por otra parte, los gastos para el adecuado sostenimiento del edificio pueden ser objeto de repercusión al arrendatario, tal y como se desprende del artículo 20 de la actual LAU, siempre y cuando se cumplan con las formalidades fijadas en el propio precepto. Este precepto autoriza a repercutir «*servicios, tributos, cargas y responsabilidades*», fórmula que permite englobar el concepto de reserva, la cual resulta evidente ser una carga para el propietario del inmueble.

Consecuentemente, nos encontramos con dos mecanismos que justifican que el fondo de reserva pueda en último término ser repercutido al arrenda-

tario, bien en base al artículo 36, bien en base al artículo 20. Si bien lo dicho, solamente vale para los arrendamientos que se constituyan vigente la reforma LPH. Pues ambos preceptos exigen pacto expreso, no cabe pues repercutirlos por ministerio de la ley.

Respecto a la posibilidad de repercutirlo a contratos regidos por la vieja LAU, la respuesta ha de ser negativa. Obviamente, la Disposición Transitoria 2.^a no autoriza tal repercusión por cuanto el fondo de reserva ni es suministro ni tampoco obra. El legislador, lamentablemente, una vez más se olvidó de la LAU, no modificando este aspecto. El arrendador, en un contrato generalmente antieconómico, se verá agravado por la necesidad de constituir fondo de reserva, sin la posibilidad de repercutirlo a su inquilino.

Por tanto, circunscribiéndonos a los contratos de la LAU actual y vistas ambas posibilidades, parece más adecuado a los propios fines del fondo de reserva pactar la repercusión de su coste al amparo del artículo 36 LAU. Por tanto como un mecanismo adicional a la fianza en metálico.

6. CONCLUSIONES

El legislador de 1994 ha querido seguir con la tradición del mantenimiento de la fianza arrendaticia a pesar de ser un instrumento que en muchas ocasiones entorpece las relaciones jurídicas privadas. La intervención de la Administración resulta inadmisibile si se contempla desde la perspectiva del Derecho Civil que observa atónito que el legislador a veces se rija por criterios puramente economicistas. La Ley 29/1994 es exponente claro de este comportamiento.

Por consiguiente, aunque la generalidad de la doctrina critique su mantenimiento, mucho me temo que persistirá, so pena de privar a las siempre sedientas arcas autonómicas de un seguro y fácil ingreso.

JUAN MANUEL FERNÁNDEZ APARICIO
Abogado. Fiscal AP. Jaén (Ubeda)
Profesor-tutor de Derecho Mercantil UNED

ACTUALIDAD JURIDICA

I. Información legislativa

A) Acuerdos internacionales

Convenio entre España e Israel para evitar la doble imposición en materia de impuestos sobre la renta y sobre el patrimonio, hecho en Jerusalén el 30 de noviembre de 1999. Se publica en el *BOE* del 10 de enero de 2000.

B) Leyes nacionales

— Ley Orgánica 8/2000, de 22-12-2000. Reforma de la Ley Orgánica 4/2000, de 11-1-2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social.

— Ley Orgánica 9/2000, de 22-12-2000. Medidas urgentes para la agilización de la Administración de Justicia, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1-7-1985, del Poder Judicial.

— Ley Orgánica 6/2000, de 13-12-2000. Aprueba medidas fiscales urgentes de estímulo al ahorro familiar y a la pequeña y mediana empresa.

— Ley 12/2000, de 28-12-2000. Modificación de la Ley 50/1981, de 30-12-81, por la que se regula el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal.

— Ley 13/2000, de 28-12-2000. Presupuestos Generales del Estado para el año 2001.

— Ley 14/2000, de 29-12-2000. Medidas fiscales, administrativas y del orden social.

C) Comunidades Autónomas

Aragón.—Ley 4/2000, de 28-11-2000. Reforma de la Ley 1/1991, de 4-1-91, de las Cajas de Ahorros en Aragón.

— Ley 13/2000, de 27-12-2000. Medidas Tributarias y Administrativas.

Baleares.—Ley 10/2000, de 30-11-2000. Consejo Económico y Social de las Illes Balears.

— Ley 14/2000, de 21-12-2000. Ordenación Territorial.

— Ley 16/2000, de 27-12-2000. Medidas tributarias, administrativas y de función pública.

Castilla-La Mancha.—Ley 7/2000, de 23-11-2000. Ordenación del Aprovechamiento de Pastos, Hierbas y Rastrojeras.

Castilla y León.—Ley 11/2000, de 28-12-2000. Medidas económicas, fiscales y administrativas.

Madrid.—Ley 16/2000, de 26-12-2000. Modifica el artículo 62 de la Ley 1/1986, de 10-4-86, de la Función Pública de la Comunidad de Madrid.

— Ley 18/2000, de 27-12-2000. Medidas fiscales y administrativas.

Navarra.—Ley Foral 13/2000, de 14-12-2000. General Tributaria.

— Ley Foral 20/2000, de 29-12-2000. Modificación parcial de diversos impuestos y otras medidas tributarias.

Valencia.—Ley 11/2000, de 28-12-2000. Medidas fiscales de gestión administrativa y financiera, y de organización de la Generalidad Valenciana.

II. Información de actividades

A) Real Academia de Jurisprudencia y Legislación

El día 15 de enero, bajo la presidencia del Vicepresidente del Gobierno, don MARIANO RAJOY BREY, se celebró solemne sesión en la que el Académico electo don ANTONIO PAU PEDRÓN, Decano-Presidente del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, leyó su discurso de ingreso con el tema «Esbozo de una teoría general de la oponibilidad», contestándole el Académico don SEBASTIÁN MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, quien hizo un sentido elogio del recipiendario y del Cuerpo de Registradores.

El día 12 de febrero tuvo lugar el ingreso en la misma Real Academia de don JOSÉ LUIS PÉREZ DE AYALA Y LÓPEZ DE AYALA, cuyo discurso versó sobre el tema «Valoración y significado de las ideas tributarias de Montesquieu para la dogmática del Derecho tributario moderno». Le contestó el Académico y Consejero de nuestra revista, don JUAN B. VALLET DE GOYTISOLO.

B) Universidad San Pablo CEU

El día 23 de enero, para celebrar la festividad de San Raimundo de Peñafort, se celebró un solemne acto académico en el cual el profesor don JUAN IGLESIAS REDONDO pronunció una conferencia sobre «La jurisprudencia romana entre tradición y progreso».

C) Colegio de Registradores de la Propiedad

Se han celebrado las siguientes actuaciones:

1. Encuentro sobre vivienda y consumidores en el siglo XXI. «Claves para el nuevo milenio. Retos del sector de cara al consumidor». Tuvo lugar el día 30 de enero. La ponencia marco estuvo a cargo de doña PALOMA TALTAVULL, de la Universidad de Alicante, que disertó sobre «La vivienda a finales del siglo XX y sus perspectivas para el nuevo milenio», siguiendo una mesa redonda sobre la oferta inmobiliaria. A continuación, el Registrador de la Propiedad, don ANTONIO GARCÍA CONESA, expuso su tema sobre «Registro de la Propiedad y seguridad en las transacciones inmobiliarias», con mesa redonda sobre la compraventa inmobiliaria y otra sobre calidad y vivienda. Como final hubo otras dos mesas de discusión sobre responsabilidad de los agentes del proceso edificatorio y mantenimiento y conservación de las viviendas.

2. El día 6 de febrero tuvo lugar en el salón del Colegio de Registradores, el acto de presentación de la incorporación de las bases gráficas al Registro, bajo el lema «Seguridad jurídica y datos físicos».

Intervinieron los siguientes señores:

- Don ANTONIO PAU, Decano-Presidente del Colegio de Registradores de España.
- Doña ANA LÓPEZ-MONIS, Directora General de los Registros y del Notariado.
- Don JESÚS MIRANDA HITA, Director General del Catastro.
- Don JAVIER ESPIAGO, Director del Servicio de Cartografía de la Universidad Autónoma de Madrid.
- Don ANTONIO MANUEL MORALES, Catedrático de Derecho Civil de la Universidad Autónoma de Madrid.

3. **Jornadas sobre Propiedad y Constitución.** Es un curso organizado por el Centro de Estudios Políticos y Constitucionales y el Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, celebrado en el Senado en los días 19 a 23 de febrero, con el siguiente programa:

Apertura oficial de las Jornadas

- Excmo. Señor don MARIANO RAJOY, Vicepresidente del Gobierno y Ministro de la Presidencia.
- Excmo. Señor don ANGEL ACEBES, Ministro de Justicia.
- Excmo. Señora doña CARMEN IGLESIAS, Directora del Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Académica de Número de las Reales Academias Española y de la Historia.

- Excmá. Señora doña ANA LÓPEZ-MONIS GALLEGO, Directora General de los Registros y del Notariado.
- Excmo. Señor don ANTONIO PAU, Decano-Presidente del Ilustre Colegio de Registradores. Académico de Número de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación.

Conferencia inaugural

- «El derecho de propiedad en la Constitución de 1978. Su delimitación en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional», por el Ilmo. Señor don EDUARDO ESPÍN TEMPLADO, Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad de Castilla-La Mancha.

Conferencia

- «Propiedad y desamortización», por el Ilmo. Señor don JOSÉ MANUEL CUENCA TORIBIO, Catedrático de Historia Contemporánea de la Universidad de Córdoba.

Mesa Redonda

- «Formas históricas de la propiedad».

Participantes

- Ilmo. Señor don PEDRO GONZÁLEZ-TREVIJANO, Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad Rey Juan Carlos.
- Ilmo. Señor don FELICIANO BARRIOS PINTADO, Catedrático de Historia del Derecho de la Universidad de Castilla-La Mancha.
- Excmo. Señor don ENRIQUE ARNALDO ALCUBILLA, Vocal del Consejo General del Poder Judicial.
- Ilmo. Señor don PABLO CASADO BURBANO, Decano de los Registradores de Aragón.

Conferencia

- «Limitaciones institucionales y legales de la propiedad», por el Ilmo. Señor don PEDRO DE PABLO CONTRERAS, Catedrático de Derecho Civil de la Universidad de La Rioja.

Mesa Redonda

- «Propiedad y Registro de la Propiedad».

Participantes

- Ilmo. Señor don GERMÁN GALLEG0 DEL CAMPO, Registrador de la Propiedad.
- Ilmo. Señor don ANGEL CARRASCO PERERA, Catedrático de Derecho Civil de la Universidad de Castilla-La Mancha.
- Ilmo. Señor don ROBERTO PAREJO GÁMIR, Notario de Madrid.

Conferencia

- «La propiedad pública», por el Excmo. Señor don SEBASTIÁN MARTÍN-RETORTILLO, Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad Complutense. Académico de Número de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación.

Mesa Redonda

- «Propiedades especiales».

Participantes

- Ilmo. Señor don ALBERTO ALONSO UREBA, Catedrático de Derecho Mercantil de la Universidad Rey Juan Carlos.
- Excmo. Señor don RAFAEL NAVARRO VALLS, Catedrático de Derecho Eclesiástico de la Universidad Complutense. Académico de Número de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación.
- Ilmo. Señor don LUIS ORTEGA ALVAREZ, Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad de Castilla-La Mancha.

Conferencia

- «Internet, Propiedad Industrial y Competencia Desleal», por el Ilmo. Señor don JAVIER TORRE DE SILVA, Letrado del Consejo de Estado. Abogado del Despacho de Melchor de las Heras/Albiñana/Suárez de Lezo.

Mesa Redonda

- «Propiedad e Internet: el comercio electrónico».

Participantes

- Ilmo. Señor don CARLOS AGUILAR FERNÁNDEZ, Abogado del Despacho de Melchor de las Heras/Albiñana/Suárez de Lezo.
- Ilmo. Señor don FRANCISCO GUIO, Inspector de Hacienda. Abogado.
- Ilmo. Señor don LUIS FERNÁNDEZ DEL POZO, Registrador Mercantil.

Clausura de las Jornadas

- Excmo. Señor don ANTONIO PAU, Decano-Presidente del Ilustre Colegio de Registradores. Académico de Número de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación.

D) Real Sociedad Económica de Amigos del País

El día 22 de febrero se celebró una mesa redonda moderada por don JESÚS LÓPEZ MEDEL, sobre el tema: «España y las Comunidades Autónomas». Participaron: don MIGUEL AYUSO TORRES, don FEDERICO FERNÁNDEZ DE BUJÁN, don JESÚS MARÍA LÓPEZ-MEDEL Y BÁSCONES y don ANGEL SÁNCHEZ DE LA TORRE.

JURISPRUDENCIA

I. Sentencias del Tribunal Constitucional

POR FRANCISCO CORRAL DUEÑAS

Sentencia de 2 de octubre de 2000.—PROPIEDAD HORIZONTAL.—Ejecución de una sentencia que había anulado la división de una finca en dos viviendas. Legitimación de los adquirentes de una vivienda para ser parte en un proceso civil que perjudica sus derechos.—Ponente: Señor Cachón Villar.

Antecedentes.—a) Don M. A. L. G. y su esposa, doña M. del P. J. B., eran propietarios, para su sociedad de gananciales, de una de las fincas y sus anejos en que se dividió un edificio bajo el régimen de la propiedad horizontal, sito en Vitoria, calle Nieves Cano, número 67. En los Estatutos de dicho régimen, y por lo que ahora interesa, se dispuso que cada propietario podía dividir, segregar o agrupar las diferentes unidades o elementos privativos, para formar otros más reducidos o más amplios, sin necesidad del consentimiento de la Junta de Propietarios.

En atención a dicha cláusula estatutaria, don M. A. L. G. y su esposa procedieron, mediante escritura de 17 de marzo de 1995, posteriormente rectificada por otra de 14 de noviembre de 1995, a la división de su finca privativa, dando lugar a un nuevo piso, debidamente inscrito en el Registro de la Propiedad por asientos practicados, respectivamente, el 15 de mayo de 1995 y el 13 de febrero de 1996. Dicho piso, designado como finca urbana, número 16.1, y señalado como «vivienda izquierda B de la cuarta planta sin contar la baja», lo vendieron, con sus anejos, los referidos propietarios a los esposos don J. M. F. R. y doña M. J. M. U., mediante escritura pública otorgada el 4 de marzo de 1996, que fue debidamente inscrita en el Registro.

b) Con fecha de 9 de febrero de 1996, don M. A. L. G., actuando en su propio nombre y en representación de su esposa doña P. J. B., interpuso demanda de juicio de menor cuantía (autos 123/96) contra la Comunidad de Propietarios a la que pertenece la finca privativa de su propiedad solicitando, en síntesis, que se dejaran sin efectos dos acuerdos de la Junta de Propietarios declarando su nulidad, y que se declarase el derecho del actor a ejercitar la división de su vivienda y a realizar las obras necesarias para ello sin el consentimiento de la Junta de Propietarios.

Igualmente, con fecha de 15 de marzo de 1996, don M. A. L. G. formuló demanda de juicio de menor cuantía (autos 212/96) contra la citada Comunidad de Propietarios, solicitando se declararan determinados derechos a su favor en relación con la propiedad de su vivienda.

c) La Comunidad de Propietarios demandada se opuso a ambas demandas y formuló, a su vez, demanda reconvenzional y, tras acordarse la acumulación de ambos procedimientos, el Juzgado de Primera Instancia número 5, de Vitoria, dictó sentencia el 14 de enero de 1997, en la que estimó parcialmente tanto las demandas principales acumuladas como las reconvenzionales y, en síntesis, declaró nula la norma estatutaria que facultaba a los propietarios para dividir sus viviendas sin el consentimiento de la Junta de Propietarios, y que los demandantes reconvenidos «no tienen derecho a efectuar obras en elementos comunes ni a realizar la división y segregación de la vivienda de la calle Nieves Cano, número 67-4.º izquierda». Asimismo declaró la nulidad de «la escritura pública de división del mencionado inmueble de fecha 14 de noviembre de 1995, así como de los asientos registrales a que la misma ha dado lugar».

Esta sentencia fue confirmada en su integridad por la que dictó en apelación el 8 de abril de 1997, la Audiencia Provincial de Vitoria.

d) Firme ya la expresada sentencia e instada la ejecución, se dictó providencia el 23 de octubre de 1997, en la que se requirió a don M. A. L. G. para que, en el término de quince días, llevase a efecto lo ordenado en aquélla, apercibiéndole de que si no lo verificaba se haría a su costa, detallando las medidas adecuadas y necesarias para su cumplimiento, entre las que se enumeraban las siguientes:

1) «Dejar sin efecto el asiento registral derivado de la escritura de división y segregación de su propiedad, anulándose así todos los asientos que de ella traen causa.»

«Eliminar la división física de su vivienda, a la que por esta sentencia no tiene derecho.»

2) «Desafectar los elementos comunes utilizados para la efectiva segregación física de su vivienda y los que afectan al aspecto exterior de la fachada», señalando a continuación las acometidas de la línea telefónica, suministro de gas, energía eléctrica, agua, conducción y enganche de televisión, vídeo portero y contadores.

3) Dirigir mandamiento al Registro de la Propiedad para dejar sin efecto la cláusula estatutaria declarada nula en la sentencia firme.

e) Se acordó fuera notificada esta providencia, «de conformidad con el artículo 260.2.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil», a los ahora demandantes de amparo. Estos se personaron en las actuaciones e interpusieron contra dicha providencia, representados por el Procurador don M. A. E. M., recurso de reposición alegando, en síntesis, la infracción del artículo 1.252 del Código Civil y del artículo 24 CE, por considerar que, al no haber sido demandados ni condenados en el juicio, la ejecución de la sentencia no podía llevarse a cabo contra ellos. Suplicaron, en definitiva, se dejara sin efecto la expresada providencia.

A este recurso respondió el Juzgado mediante providencia de 3 de noviembre de 1997, en la que tuvo por personado al Procurador comparecido en nombre de los ahora recurrentes, «entendiéndose con él las sucesivas notificaciones y diligencias en virtud del poder presentado que, en su caso, se devolverá previo testimonio en autos, a los solos efectos de lo dispuesto en el artículo 260.2.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil». Dispuso asimismo este proveído que «no ha[b]ía lugar a la admisión a trámite del recurso de repo-

sición interpuesto en su escrito contra el proveído de fecha 23 de octubre de 1997, por no tener el recurrente el carácter de parte en las presentes actuaciones».

f) Notificada la anterior providencia, interpusieron los ahora demandantes de amparo contra ella recurso de reposición, insistiendo en que no podía ejecutarse contra ellos una sentencia dictada en un proceso en el que no habían sido parte ni condenados.

En contestación a este nuevo recurso, se dictó providencia el 19 de noviembre de 1997, en la que se dispuso lo siguiente:

«Es obvio que los mencionados son parte interesada en la presente ejecución, y por esa razón se les notificó la providencia de 23 de octubre de 1997, y ha sido admitida su personación (art. 260.2.º LEC), pero no son parte procesal, y consecuentemente, no pueden actuar como tal e impugnar resoluciones. La sentencia del Tribunal Constitucional, que fundamenta este recurso, establece que como interesados pueden ser oídos, pero la aplicación del principio de audiencia no supone necesariamente la contradicción que pretenden los mandantes del señor E.».

«Su personación en autos les permitirá estar informados sobre esta ejecución para la mejor defensa de sus derechos e intereses en el juicio declarativo que corresponda. Así pues, no se ignora el derecho constitucionalizado en el artículo 24, sencillamente se rechaza su ejercicio por vía errónea.»

«Por último, resulta evidente que, si no se admitió a trámite el anterior recurso de reposición, no concurre causa alguna para admitir éste, y como ya se ha argumentado, tampoco existe razón para declarar de oficio la nulidad de la resolución cuestionada.»

«En definitiva, no ha lugar a admitir a trámite el recurso de reposición interpuesto por el señor E. (art. 1-2.º LOPJ) y queda confirmada en su integridad la propuesta de providencia de 3 de noviembre de 1997.»

g) Notificada la anterior providencia el 21 de noviembre de 1997, el 25 de noviembre se presentó escrito, al amparo de los artículos 238.3, en relación con el 240.2 LOPJ, solicitando la nulidad *ex officio* de las providencias de 3 y 19 de noviembre de 1997, alegando que deberían haber revestido la forma de Auto y que producían la indefensión contraria al artículo 24.1 CE.

A esta petición se contestó con otra providencia de 1 de diciembre de 1997, notificada el 2 de diciembre, que acordó lo siguiente:

«No ha lugar a admitir a trámite la solicitud de declaración de nulidad de oficio planteada por el Procurador señor E., por los mismos argumentos expuestos en las resoluciones que trata de impugnar.»

«A mayor abundamiento, no existe precepto legal alguno en el ordenamiento jurídico español que establezca que la inadmisión a trámite de los anteriores recursos y de la presente solicitud debe adoptar la forma de auto, ni las alegaciones en tal sentido vertidas pueden apoyarse en los citados artículos 245-1.º B, LOPJ y 369 de la LEC».

h) Con fecha de 4 de diciembre de 1997, los actuales recurrentes en amparo, doña M. J. M. U. y don J. M. F. R., solicitaron testimonio de todo lo actuado en el procedimiento, a lo que el Juzgado contestó mediante providencia de 5 de diciembre de 1997, acordando lo siguiente: «...no ha lugar a lo solicitado, sin perjuicio de poner a su disposición los autos en la Secretaría de este Juzgado para que obtenga la documentación que le interese».

i) Asimismo, los recurrentes presentaron escrito de alegaciones con ocasión del recurso de apelación interpuesto por el actor principal contra una resolución recaída en ejecución de sentencia. A ello contesta el Juzgado, mediante providencia de 11 de diciembre de 1997, con lo siguiente:

«En cuanto al precedente escrito del Procurador señor E., se le recuerda el título de su personación (art. 260-2.º LEC), se le requiere para que en lo sucesivo evite hacer alegaciones propias de una adhesión al recurso de apelación y se le aconseja que las tan reiteradas invocaciones de derechos constitucionales, supuestamente infringidos, sean realizadas por los cauces procesales previstos en nuestro ordenamiento jurídico y que en resoluciones anteriores se le indicaban, único medio de hacer valer correctamente sus derechos e intereses.»

2. La demanda denuncia la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24.1 CE, que se habría producido porque el Juzgado intenta ejecutar una sentencia dictada en un proceso en el que los recurrentes no fueron demandados, ni oídos ni condenados, adoptando medidas que les afectan directamente, sin permitirles tampoco formular alegaciones en defensa de sus intereses y derechos legítimos, lo que les coloca en situación de absoluta indefensión. En apoyo de su pretensión de amparo citan los recurrentes las SSTC 4/1985 y 314/1994, y terminan suplicando se dicte sentencia otorgando el amparo en la que se acuerde lo siguiente: «1) Declarar que las resoluciones impugnadas, las providencias de 23 de octubre, 3 de noviembre y 19 de noviembre y 1 de diciembre de 1997, dictadas en la ejecución del Juicio de Menor Cuantía número 123/96 del Juzgado de Primera Instancia número 5 de Vitoria, suponen la violación, en cuanto a mis representados, del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva reconocido en el artículo 24, párrafo 1.º de la Constitución Española, y generan indefensión a mis mandantes. Como consecuencia de ello, retrotraer las actuaciones al momento anterior al de dictar la referida Providencia de 23 de octubre de 1997. 2) Declarar la imposibilidad de dirigir la ejecución de la referida sentencia contra mis representados, quienes no han sido parte litigante en el referido Procedimiento Judicial y a quienes tal ejecución no puede perjudicar en modo alguno. Consiguientemente, declarar la improcedencia de que se produzca la anulación de los asientos, inscripciones registrales y cláusula estatutaria a que se hace referencia en la Providencia de 23 de octubre y la improcedencia de que se ejecuten las obras que en la misma se relacionan. 3) Subsidiariamente con el punto anterior, y para el supuesto de que se deniegue la petición contenida en el mismo, se reconozca el derecho de mis mandantes a ser tenidos por parte en el proceso de ejecución de la sentencia recaída en el Juicio de Menor Cuantía número 123/96, del Juzgado de Primera Instancia número 5 de Vitoria y a ejercitar, sin limitación alguna, los recursos que resulten procesalmente pertinentes contra las resoluciones que se dicten en la misma.»

Fallo.—El Tribunal Constitucional ha decidido:

Otorgar el amparo solicitado por doña M. J. M. U. y J. M. F. R., y en su virtud:

1.º Reconocer el derecho de los recurrentes a la tutela judicial efectiva sin indefensión.

2.º Declarar la nulidad de las providencias de 23 de octubre, 3 y 19 de noviembre y 1 de diciembre de 1997, dictadas por el Juzgado de Primera Instancia número cinco de Vitoria, en ejecución de la sentencia recaída en el procedimiento de menor cuantía de dicho Juzgado, autos acumulados número 123/96 y número 212/96.

3.º Retrotraer las actuaciones al momento inmediatamente anterior al de dictarse la providencia de 23 de octubre de 1997, y declarar el derecho de los recurrentes a intervenir como parte en el ejercicio de su derecho de defensa, en el proceso de ejecución de la expresada sentencia.

Fundamentos jurídicos.—1. El presente recurso de amparo se dirige contra las providencias dictadas en las fechas de 23 de octubre, 3 y 19 de noviembre y 1 de diciembre, todas de 1997, por el Juzgado de Primera Instancia número 5 de Vitoria, en fase de ejecución de sentencia recaída en el juicio de menor cuantía número 123/96, al que se habían acumulado los autos del también juicio de menor cuantía número 212/96 del Juzgado de Primera Instancia número 3 de Vitoria. Dicha sentencia se dictó el 14 de enero de 1997 y fue confirmada en su integridad por la que dictó en trámite de apelación, en fecha 8 de abril de 1997, la Audiencia Provincial de Vitoria.

Los demandantes de amparo denuncian la vulneración de su derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24.1 CE), que se habría producido porque el Juzgado, en las providencias recurridas (relacionadas y transcritas en lo sustancial en los antecedentes de esta sentencia), les deniega la condición de «parte procesal» en la ejecución (así, explícitamente, en la providencia de 19 de noviembre de 1997) y, por ello, rechaza que estén legitimados para interponer recursos y formular alegaciones en defensa de sus derechos e intereses en dicha fase del proceso. Alegan, a tal fin, los demandantes de amparo que la ejecución es de sentencia recaída en proceso en el que no fueron demandados, ni oídos ni condenados y que, sin embargo, afecta directamente a sus derechos e intereses, ya que tal ejecución incluye, como parte de su contenido sustancial, la adopción de medidas que directamente inciden y recaen sobre una vivienda de su propiedad.

Así pues, dados los términos en que viene planteada la demanda, el recurso tiene por objeto dilucidar si las providencias recurridas, dictadas por el Juzgado de Primera Instancia número 5 de Vitoria, en el juicio de menor cuantía del que trae causa el amparo (autos acumulados 123/96 y 212/96), han vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva de los recurrentes, causándoles la indefensión proscrita por el artículo 24.1 CE, en la medida en que les niega la condición de parte en el proceso de ejecución y la legitimación para interponer los recursos procedentes contra las resoluciones recaídas en él.

2. En relación con el problema que plantea la queja de amparo, este Tribunal ya declaró en la STC 85/1991, de 22 de abril, FJ 4, que «la ejecución de las sentencias —configurada legalmente como realización de la resolución judicial en sus propios términos (art. 18 LOPJ)— no sólo forma parte integrante del derecho a la tutela judicial efectiva que el artículo 24.1 de la Constitución reconoce, sino que es también un principio esencial de nuestro ordenamiento jurídico (SSTC 4/1988, 176/1985, entre otras), el cual implica, desde luego, el derecho a un adecuado cumplimiento de lo declarado en la sentencia», de modo que este derecho «presupone que la actividad judicial en la ejecución sólo puede actuar válidamente sobre el patrimonio del condenado». Así pues, la actividad ejecutiva no puede dirigirse contra

persona ajena al fallo (STC 92/1998, de 27 de abril, FJ 7). Y, en el mismo sentido, ya hemos dicho en la STC 314/1994, de 28 de noviembre, FJ 2, que «el procedimiento de ejecución de las sentencias en la jurisdicción civil tiene como destinatarios únicos y únicos protagonistas a las “partes” y más concretamente al “condenado” en la sentencia», y que «en ningún caso cabe derivar la acción ejecutiva hacia personas distintas, ni agravar la condena cuantitativa o cualitativamente, alterando su elemento causal y, por tanto, la calidad por la que fueron condenados, sin destruir la misma esencia de la cosa juzgada, cuya “santidad”, en un lenguaje hoy obsoleto, refleja no obstante, con gran expresividad, el respeto absoluto que merece en un Estado de Derecho».

3. Asimismo, este Tribunal tuvo ocasión de declarar en la STC 4/1985, de 18 de enero, que no es conforme al derecho fundamental a la tutela judicial efectiva restringir la legitimación para intervenir en el proceso de ejecución exclusivamente a quienes hubieran sido «parte litigante», es decir, a quienes tuvieran la condición procesal de parte demandante o parte demandada en el proceso principal o en el proceso de declaración concluido por la sentencia o resolución que se trata de hacer efectiva. Así, se afirma en la expresada sentencia, FJ 2, que el derecho consagrado en el artículo 24.1 CE habilita a quienes aleguen ostentar un derecho o interés legítimo que se vería afectado por los actos de ejecución para comparecer en el proceso de ejecución, «aunque no fueran litigantes en el proceso principal, siempre que ... no hayan podido serlo en éste y aleguen un derecho o interés legítimo y personal que pueda verse afectado por la ejecución que se trate de llevar a cabo». Por otra parte, y en relación con lo expuesto, cabe afirmar que los artículos 270 LOPJ y 260.2 LEC, al exigir que las resoluciones judiciales se notifiquen, no sólo a las partes procesales sino también a las personas a quienes se refieran o puedan deparar perjuicio, están, en principio, admitiendo implícitamente la posibilidad de que los que no sean parte en el proceso de ejecución puedan interponer contra ellas, cuando no esté previsto otro medio más específico de oposición, los recursos que sean procedentes.

4. En el supuesto del que trae causa el amparo, nos hallamos ante una sentencia, dictada en un juicio de menor cuantía, en el que los solicitantes del amparo no fueron demandados ni oídos, en la cual, entre otros pronunciamientos, se declara que don M. A. L. G., demandante y demandado reconvenional en la litis, no tenía derecho a efectuar las obras en los elementos comunes ni a realizar la división y segregación de las que resultó el piso que posteriormente adquirieron los ahora demandantes del amparo mediante el correspondiente contrato concertado con aquél, cuya escritura pública se otorgó el 4 de marzo de 1996. Asimismo, se declara la nulidad de la escritura de división realizada por el referido señor L. G. (de la que se obtuvo la finca posteriormente adquirida por los recurrentes), así como los asientos registrales a que la misma ha dado lugar.

No es ocioso señalar, en relación con el hecho de que los recurrentes en amparo no hubieran sido llamados al pleito, que en la fecha de la comparecencia del juicio de menor cuantía (11 de julio de 1996) ambas partes litigantes tenían ya conocimiento del interés legítimo que pudieran ostentar aquéllos, habida cuenta de la fecha de la escritura de compraventa otorgada con el actor y reconvenido (4 de marzo de 1996) y de la fecha de la denegación por el Registro de la anotación preventiva de la demanda reconvenional (11 de junio de 1996).

En ejecución de dicha sentencia, en la providencia de 23 de octubre de 1997, que se notifica a los recurrentes a los efectos del artículo 260.2 LEC, se adoptan una serie de medidas que, sin ningún género de duda, afectan directamente a los demandantes del amparo, pues se ordena dejar sin efecto el asiento registral derivado de la escritura de división y segregación de la propiedad del señor L., «anulándose así todos los asientos que de ella traen causa», así como «desafectar los elementos comunes utilizados para la efectiva segregación física de su vivienda y los que afectan al aspecto exterior de la fachada», refiriéndose, con ello, a las acometidas efectuadas, entre otras, para el enganche de la línea telefónica, la obtención del suministro de gas, agua y energía eléctrica, a fines de disponibilidad del espacio que, como vivienda, habían adquirido los ahora demandantes de amparo. En otras palabras, de llevarse a cabo lo que se ordenaba, éstos no sólo verían cómo el título de adquisición del piso que en su día habían comprado al señor L., se convertía en nulo e ineficaz al dejarse sin efecto la correspondiente inscripción registral, sino que dejarían de ocupar pacíficamente el piso que legítimamente, y confiados en lo que el Registro publicaba, compraron en su día.

5. Lo que se deja expuesto evidencia, sin mayores razonamientos, que las resoluciones que son objeto del recurso de amparo acuerdan una serie de medidas dirigidas a dar cumplimiento a la sentencia recaída en el juicio de menor cuantía, cuya efectividad práctica, de llevarse a cabo, perjudicarían notablemente los derechos e intereses de los ahora recurrentes en amparo, pese a no haber sido parte en el proceso ni haber sido condenados en la sentencia firme. Además, el Juzgado les negó legitimación para hacer valer sus legítimos derechos e intereses en el propio proceso de ejecución, impidiéndoles recurrir contra las resoluciones judiciales que les afectaban, en virtud de una interpretación de la normativa procesal contraria a las exigencias del artículo 24.1 CE y, más concretamente, al principio de interpretación más favorable al acceso a la jurisdicción para la defensa de los derechos y libertades. Por todo ello debe otorgarse el amparo.

En cuanto al alcance de la sentencia que estima el recurso, debe declarar el derecho de los solicitantes de amparo a intervenir como parte en el proceso de ejecución, en ejercicio de su derecho de defensa, con la consiguiente nulidad de las providencias recurridas y retroacción de las actuaciones al momento inmediatamente anterior al de dictarse la primera de ellas, de fecha 23 de octubre de 1997. No procede acceder a lo solicitado por la representación de los recurrentes en el apartado segundo del suplico de la demanda de amparo, referente a la «imposibilidad de dirigir la ejecución de la referida sentencia contra mis representados» y a otros extremos consecuentes con tal petición, por tratarse de cuestiones que, en su caso, deben plantearse en el propio proceso de ejecución y resolverse por el órgano judicial que de él conoce.

II. Resoluciones de la Dirección General

A) RESOLUCIONES PUBLICADAS EN EL *BOE*

POR FERNANDO CURIEL LORENTE

A) Registro de la Propiedad

Resoluciones de 14, 16, 19, 20 y 23 de octubre de 2000
Registro de la Propiedad de Alicante, número 3
(*BOE 13-12-2000*)

LICENCIA MUNICIPAL. VENTA DE CUOTA INDIVISA. ASIGNACION DE ESPACIO EXCLUSIVO.

La transmisión de una cuota indivisa de una finca con asignación del uso exclusivo de un espacio determinado implica una verdadera división cuando cada una de las partes es susceptible de constituir físicamente finca absolutamente independiente de las otras, estando sujeta por ello al requisito de la licencia municipal o a justificar la innecesariedad de la misma.

Resolución de 21 de octubre de 2000
Registro de la Propiedad de Palma de Mallorca
(*BOE 13-12-2000*)

OBRA NUEVA. REQUISITOS PARA LA INSCRIPCION SEGUN LA CLASE DE SUELO. CERTIFICACION MUNICIPAL EXPRESIVA DE LA EXISTENCIA DE DETERMINADA INFRACCION URBANISTICA.

La acreditación de los requisitos exigidos para la inscripción de declaraciones de obra nueva no puede excusarse por la alegación de haberse realizado sobre suelo no edificable, en cuanto, a salvo la legislación especial para usos no urbanísticos protegidos o agrarios, regulados en la legislación autonómica por el tenor de las Disposiciones Transitorias de la Ley 8/90, aquella exigencia es aplicable a cualquier tipo de suelo susceptible de usos edificativos.

No puede entenderse cumplido el requisito si de la certificación municipal presentada resulta que la edificación es anterior a la entrada en vigor de la referida Ley, pero existe abierto, y sin finalizar, un expediente de infracción urbanística por cambio de uso agrícola a vivienda.

Resolución de 24 de octubre de 2000
Registro Propiedad de Madrid, número 2
(BOE 13-12-2000)

HIPOTECA. PROCEDIMIENTO JUDICIAL SUMARIO SOBRE VARIAS FINCAS. DETERMINACIÓN DE SOBRANTE. SUBASTA INDIVIDUALIZADA.

En la ejecución de una hipoteca constituida sobre varias fincas entre las que se distribuyó debidamente la responsabilidad hipotecaria, no cabe la subasta conjunta, aun cuando la deuda sea única y las fincas sigan perteneciendo al mismo y único deudor.

A efectos de determinación del sobrante, en coherencia con el principio de integridad del pago (art. 1.169 del Código Civil), no resulta imprescindible que el actor haga constar en la demanda lo que reclama respecto de cada una de las fincas ejecutadas por cada uno de los conceptos, bastando con precisar el importe total reclamado por cada uno de ellos (cfr. regla 2.^a, art. 131 LH), siendo el Juez el que deberá observar en la aplicación del remate las exigencias necesarias para que no se entreguen al acreedor cantidades superiores a las garantizadas hipotecariamente y para que el exceso de lo reclamado sobre la cobertura en algún concepto no sea cubierto con el sobrante de cobertura respecto de otro (cfr. art. 131, regla 16.^a, LH).

Resolución de 3 de noviembre de 2000
Registro de la Propiedad de Madrid, número 2
(BOE 18-12-2000)

HIPOTECA. CUENTA CORRIENTE. OBLIGACIONES DISTINTAS. TÍTULOS EJECUTIVOS PARALELOS. PROCEDIMIENTO JUDICIAL SUMARIO.

El mero pacto de anticipación del vencimiento de las demás obligaciones por el vencimiento anticipado de cualquiera de ellas, incluido, además, sólo «a efectos hipotecarios», carece de virtualidad suficiente como para entender que aquéllas pierden exigibilidad aislada y son sustituidas con pleno alcance novatorio por la obligación relativa al saldo de la cuenta corriente convenida a tal efecto.

La mera formalización de las obligaciones garantizadas en un documento, por sí mismo ejecutivo, como es la póliza, no es obstáculo para la inscripción de la hipoteca constituida como de máximo y en garantía de cuenta corriente, puesto que es característico de este tipo de hipotecas que el título de su constitución deba ser completado a efectos de ejecución por el título legalmente adecuado para la efectividad del crédito.

Nada impide la posibilidad de utilización del procedimiento judicial sumario para ejecución de una hipoteca de seguridad.

No es imprescindible, a efectos de calificación de la suficiencia de la representación alegada, la manifestación por el representante de la vigencia del poder o del cargo de la que aquélla deriva, pues tal circunstancia, no exigida por ninguna norma, puede desprenderse del mero hecho de su alegación. En el caso, tanto el poder como el cargo se acreditan inscritos en el Registro Mercantil, y el Notario afirma tener a la vista copias autorizadas del apoderamiento y nombramiento respectivos.

Resolución de 4 de noviembre de 2000
Registro de la Propiedad de Mazarrón
(BOE 19-12-2000)

HIPOTECA. POSPOSICION. REQUISITOS. TITULO FORMAL.

La equivocada utilización del término «acta» para designar un documento notarial que por su contenido es realmente una escritura, no es obstáculo para la validez de la posposición si aparecen claras la expresión de la declaración de voluntad favorable a la posposición y la fe de conocimiento y juicio de capacidad emitidos por el Notario, que no son propios de un acta.

No es necesario para la inscripción de la posposición de una hipoteca el consentimiento del titular de la hipoteca antepuesta, dado el carácter unilateral y no recepticio de la posposición, dirigida esencialmente a la pérdida de rango de la hipoteca pospuesta. Tampoco, por el mismo motivo, es necesaria la expresión de una causa, por analogía con el supuesto de cancelación, por renuncia implícita, a que se refiere la Resolución de 2 de noviembre de 1992.

Aún cuando en la escritura de posposición no se contenga la descripción de la finca sobre la que recaen las hipotecas antepuesta y pospuesta, la presentación simultánea de otro documento relativo a la hipoteca pospuesta permite al Registrador tomarlo en consideración para la calificación de aquella escritura, obviando el inconveniente.

Por lo mismo, también cabe tomar en consideración, para comprobar la realidad de la representación alegada, en este caso la inscripción en el Registro Mercantil del nombramiento de un Consejero Delegado, otro documento presentado al que se acompaña una certificación de dicho Registro que acredita tal circunstancia. Lo mismo cabe decir de la acreditación de los poderes, si en el otro documento, otorgado al mismo tiempo, el Notario hace constar que tuvo a la vista los documentos pertinentes para la comprobación de la suficiencia del poder.

Resoluciones de 6 y 18 de noviembre de 2000
(BOE 24-1-2001)

HIPOTECA. INTERESES: DETERMINACION DE LA RESPONSABILIDAD. ALCANCE DE LA SUSPENSION POR ESTE MOTIVO. CERTIFICACION BANCARIA, ARTICULO 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
(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
(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
(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
(BOE 9-1-2001)

ANOTACION DE EMBARGO. CADUCIDAD. INSCRIPCION DE ADJUDICACION UNA VEZ CADUCADA LA ANOTACION.

Presentado el testimonio del auto de adjudicación derivado 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
(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
(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 propie-

dad, 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
(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
(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
(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
(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
(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
(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 intervenga 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
(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
(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
(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
(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
(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
(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.

B) Registro Mercantil

Resoluciones de 24, 25 y 27 de noviembre de 2000
(BOE 9-1-2001)

REPRESENTACION. APODERADO EXTRANJERO: IDENTIFICACION.

Una interpretación teleológica del artículo 38 RRM, relativo a los requisitos formales de los asientos, lleva a entender que no puede darse la misma relevancia a la exigencia de los diferentes requisitos, y así, es lógico exigir que la identidad del apoderado quede perfectamente determinada, para lo cual la clase y número del documento de identidad (en el caso, pasaporte extranjero) ha de tenerse por esencial, mientras que el dato de la vigencia de dicho documento, que puede desaparecer en cualquier momento y que en nada contribuye a lograr la mejor identificación del apoderado, no puede elevarse a la categoría de requisito inexcusable cuyo incumplimiento impida la inscripción.

Resolución de 24 de octubre de 2000
Registro Mercantil I de Valencia

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
(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
(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 deban estar inscritas en el Registro Mercantil.

Resolución de 20 de octubre de 2000
Registro Mercantil I de Valencia
(BOE 13-12-2000)

OBJETO SOCIAL. GESTION DE COBRO COMO ACTIVIDAD ESPECIFICA DE ESTABLECIMIENTOS DE CREDITO.

La mera actividad de «gestión de cobro de efectos de comercio y otras deudas», entendida como limitada a la cobranza de tales efectos y créditos, que no necesariamente implica la cesión de la titularidad de los mismos, ni menos su financiación, no puede entenderse comprendida entre las reservadas a los establecimientos financieros de crédito, máxime si, además, en los estatutos se excluyen, expresamente del objeto social, aquellas actividades para cuyo ejercicio se requiera autorización administrativa o inscripción en un registro público.

No cabe invocar la doctrina de la DGRN de que la delimitación de actividades por su género comprende todas sus especies, salvo expresa exclusión, puesto que la actividad consistente en el cobro de efectos y deudas no puede considerarse género respecto a la subespecie relativa a su financiación si no hay expresa previsión en tal sentido.

Resolución de 8 de noviembre de 2000
Registro Mercantil de Santander
(BOE 13-12-2000)

CUENTAS ANUALES. DEPOSITO. SOCIEDAD EN LIQUIDACION.

El plazo para interponer el recurso es de dos meses a contar desde la fecha de la nota de calificación recurrida (art. 69.1 RRM), independientemente de la fecha en que dicha nota fuera recibida por el interesado.

Acordada la extinción de una sociedad limitada, es precisa la previa inscripción del nombramiento del liquidador para que pueda aceptarse el depósito de las cuentas, acompañadas de certificación expedida por aquél.

Las cuentas anuales han de referirse al ejercicio económico completo, y no habiéndose presentado a inscripción la escritura de disolución y liquidación de la sociedad hasta el 31 de enero de 2000, es evidente que hasta dicha fecha la sociedad seguía existiendo, por lo que las cuentas no son correctas si no comprenden completo el ejercicio económico (1 de enero - 31 de diciembre de 1999).

B) RESOLUCIONES COMENTADAS

Por MARÍA GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA,
RAFAEL RIVAS TORRALBA Y EMILIANO CANO FERNÁNDEZ

HIPOTECA. EN GARANTIA DE OBLIGACIONES HIPOTECARIAS.—LA POSIBLE EMISION DE OBLIGACIONES TRANSMISIBLES POR ENDOSO O AL PORTADOR, SEGUN ARTICULO 154 LH, QUEDA MUY RESTRINGIDA AL SUPUESTO DE EMISION DE TITULOS AISLADOS. (RESOLUCIÓN DE 28 DE ENERO DE 2000. BOE DE 26 DE FEBRERO DE 2000.)

RESOLUCION de 28 de enero de 2000, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso gubernativo interpuesto por doña Josefa María García Barrio, contra la negativa del Registrador de la Propiedad de Sepúlveda, don Francisco Javier Serrano Fernández, a inscribir una escritura de emisión de obligaciones hipotecarias, en virtud de apelación de la recurrente.

En el recurso gubernativo interpuesto por doña Josefa María García Barrio, contra la negativa del Registrador de la Propiedad de Sepúlveda, don Francisco Javier Serrano Fernández, a inscribir una escritura de emisión de obligaciones hipotecarias, en virtud de apelación de la recurrente.

Hechos.—I. El 25 de enero de 1996, mediante escritura otorgada ante el Notario de Madrid, don Francisco Paredero del Bosque Martín, como sustituto por imposibilidad accidental de don Paulino Barrenechea de Castro y para su protocolo, doña Josefa María García Barrio constituye hipoteca sobre una finca rústica de su propiedad en garantía de dos obligaciones al portador que se emiten simultáneamente al otorgamiento, conforme a las cláusulas que se establecen en la escritura.

II. Presentada primera copia de la anterior escritura en el Registro de la Propiedad de Sepúlveda, fue calificada con la siguiente nota: Denegada la inscripción de la hipoteca objeto del precedente documento por el defecto insubsanable de pretender asegurar la relación jurídica derivada de un acto contrario a norma imperativa y, en consecuencia, nulo de pleno derecho (arts. 18 de la Ley Hipotecaria y 6.3 y 1.255 del Código Civil). Se hace constar que la emisión de títulos-valores contenida en la escritura se califica de contraria a Derecho por las siguientes razones: 1.^a La emisión de obligaciones u otros valores negociables por personas físicas se prohíbe terminantemente y con carácter general por la Disposición Adicional tercera de la Ley 2/1995, de 23 de marzo, sobre Sociedades de Responsabilidad Limitada. 2.^a Aunque no existiera tal prohibición, la hipoteca en garantía de las obligaciones emitidas en el documento calificado no sería inscribible en tanto no se acreditara el cumplimiento de los requisitos establecidos en la Ley 49/1988, de 28 de julio, sobre Mercado de Valores; y no podría acogerse a la excepción de tales requisitos para las emisiones inferiores a 100.000.000 de pesetas establecida por el artículo 26.6 del Real Decreto 291/1992, de 27 de marzo, porque no ha tenido lugar la suscripción de los títulos en el propio acto del otorgamiento de la correspondiente escritura pública; y 3.^a E incluso aunque no existiera tal normativa, tampoco la presente hipoteca sería inscribible por garantizar títulos cuya efectiva suscripción y desembolso no se ha justificado (véanse las

Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 5 de noviembre de 1990 y 17 de agosto de 1993 en relación con la denominada hipoteca de propietario). Se hace constar que el defecto fue notificado por telefax al presentante el día 15 de marzo, que la presente nota de calificación se extiende atendiendo su petición formulada el día 25 de los corrientes y que contra la misma puede interponerse recurso gubernativo ante el excelentísimo señor Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León en el plazo de cuatro meses (art. 113 del Reglamento Hipotecario). Sepúlveda, 29 de abril de 1996. El Registrador, Francisco Javier Serrano Fernández.

III. Doña Josefa María García Barrio interpuso recurso gubernativo contra la anterior calificación y alegó: I. En cuanto al primer defecto hay que señalar que la Disposición Adicional tercera de la Ley 2/1995, de 23 de marzo, sobre Sociedades de Responsabilidad Limitada, se refiere a valores negociables, por lo cual no incluye los títulos al portador cuya propiedad se transmite por la mera entrega del título, lo que se avala por: 1.º Artículos 150, 154.1.º y 156.2.º de la Ley Hipotecaria. 2.º La exposición de motivos de la Ley del Mercado de Valores y su artículo 1.º II. En lo que se refiere a la afirmación que se hace en el segundo defecto de que no ha tenido lugar la suscripción de títulos en el propio acto de otorgamiento de la correspondiente escritura pública, se demuestra el error de tal afirmación incluyendo fotocopias legítimadas de los dos ejemplares para la parte suscriptora, donde consta la diligencia de pago de interés anticipado correspondiente a la primera anualidad, acreditando el pago y la entrega al suscriptor, en la misma fecha de emisión (25 de enero de 1996). Por lo tanto, este supuesto sí puede acogerse a la excepción establecida en el artículo 26.6 del Real Decreto 291/1992, de 27 de marzo. III. En el caso presente no son aplicables las resoluciones citadas por el Registrador en el tercer defecto, ya que el título fue puesto en poder del acreedor hipotecario en el momento de la formalización notarial, como lo demuestran las diligencias de pago contenidas al dorso de cada título.

IV. El Registrador de la Propiedad, en defensa de su nota, informó: Que hay que advertir, en primer lugar, que la nota denegatoria que se defiende no se basa en el cumplimiento o no de la normativa registral que regula la inscripción de la hipoteca en sí misma considerada, sino que viene determinada por la nulidad de pleno derecho de la obligación principal que se pretende constituir y asegurar con hipoteca; y por ello son de plena aplicación los primeros preceptos citados en la nota de calificación. Que en virtud de lo anterior hay que considerar: 1. Ley Hipotecaria de 8 de febrero de 1946 y su Reglamento de 14 de febrero de 1947. Que los artículos 150, 154 y 156 de la Ley Hipotecaria y 247 de su Reglamento, se refieren a las hipotecas en garantía de obligaciones transferibles por endoso o títulos al portador para establecer determinadas normas encaminadas a coordinar los principios registrales con las peculiaridades derivadas de la imposibilidad de identificar a los acreedores hipotecarios mediante las circunstancias generalmente aplicables a los titulares de otros derechos reales inmobiliarios. Que tales preceptos no pretenden determinar cuándo la emisión de tales títulos se ajusta a derecho, pues tal materia excede con mucho del objeto de la legislación hipotecaria. La regulación de la misma corresponde en principio del Derecho Civil; así es aplicable subsidiariamente la regulación general de las obligaciones contenida en el Código Civil, pero fundamentalmente se rige por disposiciones de naturaleza mercantil y administrativa: artículos 21.10 del Código de Comercio, 274 y siguientes y 282 del Reglamento del Registro Mercantil; Ley 19/1985, de

16 de julio, Cambiaria y del Cheque; artículo 177.2 del Reglamento de Gestión Urbanística, aprobado por Real Decreto de 25 de agosto de 1978; y muy especialmente por la Ley 24/1988, de 28 de julio, por el Real Decreto 291/1922, de 27 de marzo, y por la Disposición Adicional tercera de la Ley 2/1995, sobre Sociedades de Responsabilidad Limitada. 2. La doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado. Que el citado Centro Directivo se ha mostrado receloso con la hipoteca que se estudia a causa del riesgo de fraude que entraña la inscripción de una hipoteca cuyo verdadero titular no sea otro que el mismo dueño de la finca, y en este sentido se pronuncian las Resoluciones de 5 de noviembre de 1990 y 17 de agosto de 1993. 3. La Ley del Mercado de Valores establece una larga serie de requisitos para la emisión de títulos negociables, requisitos que están encaminados fundamentalmente a la protección de terceros llamados a suscribirlos. Que la recurrente considera que las obligaciones emitidas no se comprenden en el concepto de valores negociables. Que el Real Decreto 291/1922, de 27 de marzo, al desarrollar la referida Ley, al definir el valor negociable en los artículos 2.f) y 3.1, parece que ofrece algún apoyo a la pretensión de la recurrente, pero la misma choca frontalmente con el artículo 2.c), 26, 34 del citado Real Decreto, y a la exigencia del artículo 26.6.º es a la que hace referencia en la nota de calificación, ya que la escritura de emisión de obligaciones ha sido otorgada unilateralmente por la propietaria. 4. Que es más clara la procedencia de la nota denegatoria tras la entrada en vigor de la Disposición Adicional tercera de la Ley 2/1995, de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada. Que las anteriores consideraciones llevan a las siguientes conclusiones: 1.ª Que la Ley Hipotecaria de 1946 y su Reglamento de 1947 no son contrarios a la inscripción de la hipoteca en garantía de obligaciones u otros títulos-valores. 2.ª Que no se pronuncian en cuanto a los requisitos que deben cumplirse en la emisión de tales títulos. 3.ª Que, en consecuencia, sería inscribible la hipoteca en garantía de títulos-valores cuando, cumpliendo los requisitos propios de tal derecho real, tenga por objeto asegurar una obligación legalmente válida. 4.ª Que las hipotecas en garantía de obligaciones, emitidas por particulares, no son en absoluto inscribibles sin acreditar que no se produce un supuesto de hipoteca de propietario o, que la cualidad de acreedor hipotecario ha sido asumida por persona distinta del emitente mediante la efectiva puesta en circulación de los títulos. 5.ª Que las obligaciones hipotecarias, emitidas por particulares, están comprendidas en nuestro Derecho positivo en el concepto de valores negociables. 6.ª Que conforme a la Ley del Mercado de Valores y al Real Decreto que la desarrolla, sí son inscribibles en caso de haberse puesto en circulación si se acredita que se habían cumplido alternativamente los requisitos generales del artículo 2.5 y los especiales del artículo 26.6. 7.ª Que los términos en que está redactada la Disposición Adicional tercera de la Ley 2/1995, reafirma la conclusión quinta. 8.ª Que no se modifica el criterio contrario a la validez de la emisión de obligaciones cuando éstas quedan en poder del emisor o no se acredita mediante comparecencia en la propia escritura del suscriptor que se han puesto efectivamente en circulación. 9.ª Que modificando la legislación anterior se prohíbe terminantemente la emisión de obligaciones por personas físicas, incluso aunque se hayan puesto en circulación, por lo que no es posible la inscripción de la hipoteca que en su caso las garantice ni aun acreditando el cumplimiento de los requisitos del Real Decreto 291/1922; y 10. Que la nota de calificación, objeto de este recurso, es plenamente ajustada a derecho.

V. El Notario autorizante de la escritura informó: I. Que si bien no se reseña en la escritura matriz la suscripción en el mismo acto de los títulos, en virtud de las Resoluciones de 5 de noviembre de 1990 y 17 de agosto de 1993, sí se efectúa la transmisión de forma tácita en el mismo acto, según se expresa por medio de la diligencia de pago, de 25 de enero de 1996, que consta en los ejemplares de la parte suscriptora y que acredita el pago y la entrega al suscriptor en la misma fecha de emisión aquéllas. Que dichos ejemplares, debidamente legitimados, se acompañan a la primera copia de la escritura y, en consecuencia, tienen la consideración de documentos adicionales, complementarios y subsanatorios si fuese preciso. II. Que dado que la emisión es inferior a los 100.000.000 de pesetas, sí puede acogerse a la excepción establecida por el artículo 26.6 del Real Decreto 291/1992, de 27 de marzo. III. Que la prohibición de emitir obligaciones a que se refiere la nota de calificación del Registrador de la Propiedad, por la Disposición Adicional tercera de la Ley 2/1995, de 23 de marzo, sobre Sociedades de Responsabilidad Limitada, en ningún modo es con carácter general, mencionando expresamente valores negociables agrupados en emisiones, no mencionando en ningún momento títulos al portador.

VI. El Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León confirmó la nota del Registrador, fundándose en que no está probado que en el mismo instante del otorgamiento de la escritura salgan las obligaciones al portador de las manos de la emitente que es la misma deudora hipotecante y hayan entrado ya en el torrente circulatorio; en el no cumplimiento del último requisito del artículo 26 del Real Decreto 291/1992, de 27 de marzo; y, por último, en que resulta aplicable al caso, la Disposición Adicional tercera de la Ley 2/1995, de 23 de marzo.

VII. La recurrente apeló el auto presidencial, manteniéndose en sus alegaciones, y añadió: Que la Disposición Adicional séptima de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, hace referencia a empresarios individuales y no a la generalidad de las personas físicas. Que la prohibición contemplada en la Disposición Adicional tercera de la Ley 2/1995, de 23 de marzo, se refiere sólo a valores negociables. Que el texto de dicha Disposición Adicional tercera y el artículo 9 de la vigente Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada pretenden establecer una clara diferencia entre la sociedad anónima y el resto de sociedades colectivas y empresarios, dejando a aquélla como única entidad capaz de recurrir al ahorro colectivo para su financiación directa. Pero, en el caso que se trata, debido a la escasa entidad del capital mutado, hablar de que se recurre al ahorro colectivo es magnificar el préstamo de dinero entre amigos.

Fundamentos de Derecho.—Vistos la Disposición Adicional tercera de la Ley 2/1995, de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada; los artículos 150, 154 y 156 de la Ley Hipotecaria, y 247 de su Reglamento, y las Resoluciones de 5 de noviembre de 1990, 17 de agosto de 1993, 17 septiembre de 1996, 24 de enero de 1997 y 4 de abril de 1999.

1. Mediante la escritura calificada, la dueña de determinada finca constituye hipoteca sobre ésta en garantía de dos obligaciones al portador que se emiten simultáneamente al otorgamiento. El Registrador de la Propiedad deniega la inscripción de dicho título porque «La emisión de obligaciones u otros valores negociables por personas físicas se prohíbe terminantemente y con carácter general por la Disposición Adicional tercera de la Ley 2/1995, de

23 de marzo, sobre Sociedades de Responsabilidad Limitada». Además, se opone a la inscripción por no acreditarse el cumplimiento de los requisitos establecidos en la Ley del Mercado de Valores ni justificarse la efectiva suscripción y desembolso de los títulos.

2. El defecto señalado por el Registrador debe ser confirmado toda vez que el negocio documentado vulnera la prohibición establecida en la Disposición Adicional tercera de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, según la cual, las personas físicas «no podrán emitir ni garantizar la emisión de obligaciones u otros valores negociables agrupados en emisiones», sin que pueda distinguirse a tales efectos, como pretende el recurrente, entre las emisiones dirigidas a captar el ahorro colectivo —a las que se referiría dicha prohibición— y las que se realizan buscando el ahorro de los particulares —que sería el presente supuesto y quedaría al margen de la norma prohibitiva—. En ambos casos se ponen en circulación verdaderas obligaciones, entendidas éstas como partes de un empréstito ofrecido al público, de suerte que habrá una oferta negocial única dirigida a una pluralidad de personas, y de ahí el fraccionamiento en valores homogéneos integrantes de una misma serie cuya suscripción implica para cada obligacionista la ratificación plena del contrato de emisión, pero sin adquirir una posición autónoma, sino que, en armonía con la unidad global de la operación, adquirirán una posición mixta, integrada por facultades crediticias de actuación individual y por la facultad de participar en la actuación colectiva del conjunto de los obligacionistas en defensa de los intereses comunes, con el consiguiente sometimiento a las decisiones comunitarias.

Por ello, y en relación con el artículo 154 de la Ley Hipotecaria, que reconoce la posibilidad de constituir hipoteca para garantizar títulos transmisibles por endoso o al portador, hay que concluir que cuando los emitentes son personas físicas, dicha posibilidad queda reducida a la constitución de hipoteca para garantizar títulos aislados, siempre cuando éstos merezcan la consideración legal de título-valor al portador o transmisible por endoso, dado el criterio de *numerus clausus* establecido por nuestro legislador en esta materia (cfr. Resoluciones de 17 de septiembre de 1996, 24 de enero de 1997 y 28 de abril de 1999).

3. Resuelta dicha cuestión, no es preciso entrar en las otras razones en las que el Registrador fundamenta su negativa a la inscripción del documento calificado.

Esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso y confirmar la nota del Registrador en los términos que resultan de los fundamentos de derecho que anteceden.

Madrid, 28 de enero de 2000.—El Director General, *Luis María Cabello de los Cobos y Mancha*.

Excmo. Sr. Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León.

COMENTARIO

Presentada una escritura de constitución de hipoteca en garantía de dos obligaciones al portador (obligaciones hipotecarias) que se emiten simultáneamente al otorgamiento de ésta, el Registrador de la Propiedad deniega la

inscripción de la hipoteca por pretender asegurar una relación jurídica derivada de un acto (la emisión de las obligaciones hipotecarias) que, por ser contrario a norma imperativa, es nulo de pleno derecho. En concreto, basa su calificación en tres motivos: 1) Desde la entrada en vigor de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, de 23 de marzo de 1995, se prohíbe terminantemente la emisión de obligaciones hipotecarias por particulares. 2) Aunque no estuviera prohibida tal emisión, ésta no sería inscribible, pues no cumple los requisitos exigidos con tal fin por la Ley de Mercado de Valores, de 28 de julio de 1988. 3) Y aunque tampoco existieran esas exigencias legales, no podría inscribirse por no constar la efectiva suscripción y desembolso de los títulos.

La DGRN confirma la nota del Registrador, ya que rechaza la inscripción de la emisión de obligaciones hipotecarias por personas físicas, por prohibirlo expresamente la Disposición Adicional tercera de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, de 23 marzo de 1995. Lo rechaza de pleno por ser un acto que vulnera las disposiciones normativas, sin entrar a resolver ni comentar sobre los otros argumentos del Registrador. De este modo, tal y como afirma la Dirección General, se restringe ampliamente el campo de las hipotecas en garantía de títulos al portador que establece el artículo 154 LH. Pues, si se prohíbe la emisión de obligaciones hipotecarias por particulares, éstos sólo podrán constituir hipoteca en garantía de títulos al portador aislados, siempre y cuando puedan ser calificados de verdaderos títulos-valores al portador, dentro del *numerus clausus* que existe.

Sin embargo, la DGRN no entra a resolver sobre la naturaleza de esas «obligaciones hipotecarias» emitidas por un particular; por eso, considero oportuno, tras la lectura de esta resolución, analizar o desarrollar los dos temas o cuestiones relevantes que, a mi juicio, subyacen en ella:

I. La posibilidad de emisión de obligaciones hipotecarias por personas físicas.

II. La naturaleza de esas «obligaciones hipotecarias».

Así, se podrá concluir en qué ha consistido realmente la emisión realizada por el recurrente, y si realmente existe alguna posibilidad de constituir hipoteca en garantía de títulos al portador por los particulares.

I. LA POSIBILIDAD DE EMISIÓN DE OBLIGACIONES HIPOTECARIAS POR PARTICULARES

I.1. *Situación antes de la entrada en vigor de la Ley 2/1995, de 23 de marzo, sobre Sociedades de Responsabilidad Limitada*

Antes de la actual Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada no existía ningún precepto legal que prohibiera la emisión por particulares de obligaciones hipotecarias, aunque tampoco, todo hay que decirlo, ninguno contemplaba tal posibilidad expresa y claramente. Su admisibilidad era, entonces, producto de una interpretación más o menos literal de las disposiciones normativas existentes.

De este modo, el antiguo Código de Comercio de 1885, en el artículo 20.10 preveía la inscripción de las emisiones de obligaciones y otros títulos hechas por particulares, lo cual podía interpretarse como la admisión de la emisión

por personas físicas de estas obligaciones. Sin embargo, esta Ley realmente estaba pensando en los comerciantes y no en las personas físicas sin más, lo cual se confirmó tras la reforma del Código de 1989, pues limitó dicha emisión a los empresarios en el artículo 22. Hoy, tras la reforma de la Ley de 23 marzo 1995, desaparece toda referencia a los particulares sean comerciantes o no. Luego, no parece que la emisión de obligaciones hipotecarias por particulares encuentre apoyo efectivo en este cuerpo legal.

Por otra parte, tampoco en la anterior LSA de 1951 se encuentran argumentos favorables a su admisión, ya que recogía únicamente la emisión de obligaciones por las sociedades anónimas, y la actual LSA de 1989 repite a la anterior, sin hacer mención alguna a la posibilidad de emisión de obligaciones por personas jurídicas distintas, ni mucho menos por personas físicas.

Para suplir esta laguna legal, la Ley de 24 de diciembre de 1964, sobre emisión de obligaciones por sociedades colectivas, comanditarias o de responsabilidad limitada, por asociaciones u otras personas físicas, admitió expresamente en su artículo 1 la emisión de obligaciones por esos sujetos, siempre y cuando fueran emitidas por sociedades o comerciantes individuales inscritos en el Registro Mercantil. Se admitió a partir de entonces la emisión de obligaciones hipotecarias por otras personas jurídicas distintas de las sociedades anónimas, sin embargo, nada se dijo, tampoco, sobre las personas físicas que no sean comerciantes.

Sin embargo, una interpretación errónea del artículo 247 RH de 1947, en conjunción con el 154 LH actual, puede llevar a la conclusión de que los particulares sí pueden emitir obligaciones hipotecarias. En efecto, el artículo 247 habla claramente de la emisión de títulos transmisibles por endoso o al portador hecha por los particulares o entidades no inscritas en el RM, y facilita su inscripción en el mismo cuando los interesados quisieran incluir los títulos en las cotizaciones oficiales y a ese solo efecto. Asimismo, el artículo 154 LH permite constituir hipotecas en garantía de títulos transmisibles por endoso o al portador, sin distinguir quién puede o no hacerlo. Esta tesis encuentra también apoyo normativo en el artículo 1.255 del Código Civil, que admite la libertad de pactos y la autonomía de la voluntad.

Confirmando la admisión de la emisión de obligaciones hipotecarias por particulares, se encuentra el Auto del Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Valencia de 15 de enero de 1990, refrendado por la Resolución de 5 de noviembre de 1990, que admite expresamente la emisión de estos títulos por particulares, pero exige para su validez que cumplan los requisitos que establece la Ley de Mercado de Valores de 1988, y que se inscriba en el RM (art. 87.7 RRM).

Además parece corroborar esta idea el Real Decreto 291/1992, de 27 de marzo, que en su artículo 26 recoge la emisión y oferta pública de venta de valores garantizados con hipoteca por personas físicas, aunque condicionada a determinados requisitos y en la cuantía señalada.

Basándonos en todos estos datos, debería concluirse que los particulares pueden emitir obligaciones al portador garantizadas con hipoteca. No obstante, considero que es oportuno hacer las siguientes objeciones y puntualizaciones antes de extraer dicha conclusión:

Creo que hay que reinterpretar el artículo 247 RH, en el sentido de que cuando dice que los particulares pueden emitir obligaciones, se está refiriendo a particulares «cualificados», es decir, comerciantes y empresarios, y no a simples personas físicas. Esto se demuestra con la interpretación sistemática

del artículo 247 RH, con el antiguo artículo 87.7 RRM de 1989, que admitía la emisión de obligaciones y otros valores negociables por particulares, refiriéndose, no a personas físicas individuales, sino a los comerciantes, pues el artículo 87.7 RRM se encuadraba en el Título II, Capítulo II, titulado: «De la inscripción de los empresarios individuales», es decir, no admitía la inscripción de emisiones efectuadas por particulares no comerciantes. Además, el artículo 247 RH surgió para suplir la deficiencia de inscripción de las sociedades o comerciantes individuales en el RM, cuando la Ley de 1964 permitió la emisión de obligaciones por estos sujetos, condicionando dicha emisión a que estuvieran inscritos en el RM; por eso, el artículo 247 RH permitió la práctica «a este solo efecto» de «la inscripción del particular o entidad hipotecante en RM», debiendo interpretarse, en consecuencia, que ese «particular» es el comerciante individual al que la Ley 1964 permite emitir obligaciones, siempre que se inscriban en RM.

Por otra parte, y para confirmar esta postura, hay que tener en cuenta, tal y como puntualiza TAPIA HERNÁNDEZ (1), que tras la reforma del Derecho de Sociedades, «el Registro Mercantil ha quedado configurado como un Registro de empresarios, esto es, un Registro abierto a cualquier entidad o persona que realice una actividad calificable como empresarial. En consecuencia, los simples particulares no empresarios no tienen cabida en el nuevo RM». Luego, no podemos considerar que cuando el artículo 247 RH permite la inscripción de particulares en el RM, se esté refiriendo a particulares simples, no comerciantes, sino, tal y como hemos mantenido en líneas anteriores, a los comerciantes o empresarios. Idea que, a su vez, se encuentra, según afirma RODRÍGUEZ RUIZ DE VILLA, en la Disposición Transitoria séptima de la LSRL, que permite la emisión de obligaciones cuando se hayan hecho por empresarios individuales y antes de la entrada en vigor de la misma Ley, lo cual confirma que «la emisión de obligaciones está pensada como medio de financiación de empresas, lo que revela la anomalía de que personas físicas no empresarios ni comerciantes hayan venido recurriendo, con cierta asiduidad, a las citadas emisiones de obligaciones hipotecarias».

Todo esto refleja que, a pesar de no existir una prohibición expresa de emisión de obligaciones por las personas físicas, ya se percibía la «inoportunidad» de las mismas.

I.2. Situación actual tras la LSL de 1995

Con la entrada en vigor de la Ley de 23 de marzo de 1995 sobre Sociedades de Responsabilidad Limitada (LSL), se despejan todas las dudas, ya que esta ley prohíbe de forma terminante y clara emitir o garantizar la emisión de obligaciones u otros valores negociables agrupados en emisiones a las personas físicas, sociedades civiles, colectivas y comanditarias simples (Disposición Adicional tercera), y asimismo, se establece dicha prohibición para las sociedades de responsabilidad limitada (art. 9).

Con posterioridad a esta Ley, y como consecuencia de ella, el nuevo RRM, tras la reforma de 19 de julio de 1996, en su artículo 87, relativo a la inscrip-

(1) TAPIA HERNÁNDEZ, A. J., «Las obligaciones hipotecarias emitidas por particulares», en *RDBB*, 1991, núm. 42, págs. 461 y sigs.

ción de empresarios individuales, ya no incluye la emisión de obligaciones u otros valores negociables agrupados en emisiones.

La conclusión que se extrae de todos los antecedentes legislativos es muy clara: no está permitida la emisión de obligaciones hipotecarias por las personas físicas. Es de agradecer la rotundidad y claridad de la DGRN, que en esta resolución recoge y aplica dicha prohibición, poniendo así fin a las dudas que podían surgir en torno a este tema y evitando, de este modo, los perjuicios que muchas veces ocasionaban las emisiones de obligaciones hipotecarias por particulares, pues podían emitirse en fraude de sus acreedores. Esto ha sido, como pone de relieve parte de la doctrina, el principal motivo para el establecimiento de esta prohibición, pues en efecto, muchas veces se han utilizado estas obligaciones hipotecarias para sustraer la finca hipotecada de la responsabilidad patrimonial universal del deudor, y alterar el sistema de prelación de créditos, a la vez que pueden ocultar la existencia de préstamos usurarios, fraudes inmobiliarios e incluso fiscales (2).

II. NATURALEZA DE ESAS «OBLIGACIONES HIPOTECARIAS»

Corresponde analizar bajo este epígrafe si la emisión que hace el recurrente es de verdaderas obligaciones hipotecarias al portador o no lo son.

La DGRN no entra en este tema, admite, sin más, la calificación o denominación de obligaciones, sin analizar cuál es su verdadera naturaleza, y partiendo de esa calificación se limita a aplicar la prohibición de estas emisiones hechas por particulares, que recoge la LSRL de 1995.

La doctrina (3) es coincidente al señalar los rasgos fundamentales que caracterizan a una obligación al portador, y entre ellos destacan: que exista apelación y captación del ahorro del público; que el emisor utilice intermediarios financieros en la colocación de las emisiones; que exista una pluralidad de destinatarios; que el empréstito sea de cierta cuantía; que la finalidad de la emisión sea empresarial, y ser instrumento de financiación del emisor, lo cual suele presuponer el carácter empresarial del mismo; que exista una pluralidad de valores y que éstos sean negociables; y que sean emitidas en serie, agrupadas en emisiones, siendo éste el rasgo más característico de las obligaciones, tal y como lo confirman los distintos textos legales al emplear el plural al referirse a ellas (art. 282.1 LSA; Disposición Adicional tercera LSRL, art. 310 RRM, etc.).

Asimismo, la DGRN define a las obligaciones como «títulos representativos de parte de empréstito ofrecido al público y requieren, pues, su emisión en serie» (Resolución de 17 de septiembre de 1996 y 24 de enero de 1997). Para

(2) En este sentido, véase lo que dice al respecto TAPIA HERNÁNDEZ, A. J., «Las obligaciones...», *ob. cit.*; RODRÍGUEZ RUIZ DE VILLA, D., «Un paso más en el cerco a las obligaciones hipotecarias al portador», en *RDBB*, 1997, núm. 66, págs. 561-562; MERCADAL VIDAL, F., «Comentario a la Resolución de la DGRN de 17 de septiembre de 1996», en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 43, 1997, págs. 150 y sigs.

(3) Véase en este sentido: TAPIA HERNÁNDEZ, A. J., «Las obligaciones...», *ob. cit.*, pág. 472; RODRÍGUEZ RUIZ DE VILLA, D., «Un paso más en el cerco a las obligaciones hipotecarias al portador», *ob. cit.*, pág. 564; CACHÓN BLANCO, J. E., «Resoluciones de la DGRN de 17 septiembre de 1996 y 24 enero de 1997, sobre obligaciones al portador con garantía hipotecaria emitidas por personas físicas», en revista *La Ley*, vol. 3, 1997, pág. 170; MERCADAL VIDAL, F., «Comentario a la Resolución de la DGRN de 17 de septiembre de 1996», *ob. cit.*, págs. 143-152.

la DGRN son requisitos esenciales, por lo tanto, la idea de empréstito ofrecido al público y su emisión en serie. Es interesante señalar que en la presente Resolución la DGRN puntualiza que no es relevante para hablar de verdadera obligación hipotecaria el que su emisión se dirija a captar el ahorro colectivo o que se dirija a buscar el ahorro de los particulares, pues «en ambos casos se ponen en circulación verdaderas obligaciones, entendidas éstas como partes de un empréstito ofrecido al público, de suerte que habrá una oferta negocial única dirigida a una pluralidad de personas...», siendo, entonces, el ofrecimiento al público, a una pluralidad de sujetos, lo que realmente importa en las obligaciones.

Si estos son los rasgos que definen a las obligaciones al portador, está claro que los títulos que se emiten en la Resolución que se comenta no pueden calificarse de verdaderas obligaciones, pues en ellas falla tanto su emisión en serie como ser partes de un empréstito ofrecido al público. En efecto, al igual que ocurría en la Resolución de 17 de septiembre de 1996 (aunque aquí sólo se emitía una obligación), y en la Resolución de 24 de enero de 1997, «la emisión de dos obligaciones en un acto único aislado y por una persona física no son tales “obligaciones”, pues su escaso número no justifica la emisión en masa característica de éstas».

Además, hay que señalar que parece que en el caso de la Resolución tampoco el emisor parece ser empresario, ni la emisión parece tener una finalidad financiera y empresarial, ni hay apelación ni captación del ahorro del público, ni intervienen en su colocación intermediarios financieros, todo lo cual me lleva a concluir que en este supuesto no estamos ante verdaderas obligaciones hipotecarias al portador.

Ahora bien, si no son obligaciones al portador, deberían quedar fuera de la prohibición de la LRSL, y por lo tanto, su emisión por particulares no contravendría ninguna norma. Esto será cierto si los títulos que se emiten por el recurrente, aunque no sean verdaderas obligaciones al portador, son auténticos títulos-valores de los admitidos en nuestro sistema de *numerus clausus*, regulados por la Ley Cambiaria y del Cheque.

Al igual que en los casos descritos en las Resoluciones de 17 de septiembre de 1996 y 24 de enero de 1997, los títulos emitidos en la escritura no pueden identificarse ni con la letra de cambio, ni con el cheque, guardan parecido con el pagaré, pero tampoco pueden asimilarse a éste, pues no contiene ni el nombre de la persona a quien haya de hacerse el pago, ni tampoco la denominación de pagaré inserta en el título. No se puede calificar a estos títulos como verdaderos títulos-valores.

Si no son verdaderas obligaciones, ni tampoco títulos-valores, el particular tampoco podrá emitirlos y garantizarlos con hipoteca, pues como en los casos de las Resoluciones de 17 de septiembre de 1996 y 24 de enero de 1997, se tratará de simples «elementos probatorios de la relación causal que justifique su emisión (atípica y no clasificada). Y aunque esta relación hay que presumir que obedece a una causa verdadera y lícita, esta abstracción procesal de la causa no es suficiente para que la misma quede garantizada con hipoteca. Como el contrato causal no está determinado en la escritura, se produciría una desconexión total entre la hipoteca y el crédito garantizado, en contra del principio de especialidad y del carácter accesorio de la hipoteca respecto al crédito que garantiza».

Luego, la pretensión de la recurrente de inscribir la escritura de esas «obligaciones hipotecarias» no ha de prosperar, no tanto por estar prohibida la

emisión por particulares de obligaciones hipotecarias, sino porque no puede garantizar con hipoteca unos títulos aislados al portador que no pueden calificarse de verdaderos títulos-valores.

Habría sido conveniente que la DGRN entrara a analizar, una vez más, reiterando la doctrina de las resoluciones citadas, la naturaleza de esas «obligaciones hipotecarias» emitidas, aunque sí hay que reconocer que lo hace de manera indirecta, al decir que «cuando los emitentes son personas físicas dicha posibilidad (la de constituir hipotecas en garantía de títulos transmisibles por endoso o al portador) queda reducida a la constitución de hipoteca para garantizar títulos aislados, siempre cuando éstos merezcan la consideración legal de título-valor al portador». Y a esto se limita el artículo 154 LH, como bien dice la DGRN, y se supera de este modo el escollo que este artículo suponía para negar la posibilidad de que los particulares pudieran emitir y garantizar obligaciones al portador, pues debe interpretarse a la luz de esta doctrina y en conexión con la Disposición Adicional tercera de la LSRL.

M. G. R. A.

HIPOTECA. SOLIDARIDAD DE ACREEDORES.—LA HIPOTECA PUEDE GARANTIZAR TODA CLASE DE OBLIGACIONES. LOS PROBLEMAS QUE SE DERIVAN DE LA SOLIDARIDAD ACTIVA NO IMPIDEN LA INSCRIPCION.
(RESOLUCIÓN DE 15 DE FEBRERO DE 2000. BOE DE 9 DE MARZO DE 2000.)

Hechos.—I. En fecha 24 de mayo de 1996, el Notario de Madrid don José Luis Martínez Gil autorizó una escritura de préstamo con garantía hipotecaria en la que consta: Que «Unión de Crédito para la Financiación Mobiliaria e Inmobiliaria, Sociedad Anónima, Entidad de Financiación» (CREDIFIMO), y «B. N. P. España, Sociedad Anónima», solidariamente, están dispuestos a conceder a don L. R. D. y doña M. Y. L. V. un préstamo de 15.000.000 de pesetas, vinculado a una operación denominada por las partes de crédito diferido; según la cláusula primera, el Banco y CREDIFIMO, conjunta y solidariamente, conceden al cliente, que lo acepta, un préstamo, con carácter solidario, de 15.000.000 de pesetas, cuyo importe recibe en el acto el cliente otorgando el más firme y eficaz recibo en favor del Banco y CREDIFIMO.

II. Presentada copia de dicha escritura en el Registro de la Propiedad número 26 de los de Madrid, fue calificada con la siguiente nota: «Examinada la presente escritura y la hipoteca constituida en garantía de la devolución del capital prestado formalizado en la misma, sus intereses y demás conceptos, se suspende su inscripción porque de su contenido no consta si el capital del préstamo ha sido entregado por las dos sociedades concedentes (el Banco o CREDIFIMO) o sólo por una de ellas, y, en el caso de haberse realizado por ambas, cuál es el importe individualizado del capital entregado por cada sociedad prestamista al prestatario. Es necesario completar el documento, mediante otro en que se haga constar el capital del préstamo que individualmente ha entregado cada sociedad prestamista al prestatario, a fin de inscribir la hipoteca a favor de los prestamistas en proporción al capital entregado por cada uno. Y ello por lo siguiente: 1. El artículo 1.753 del Código Civil que dice: El que recibe en préstamo dinero u otra cosa fungible adquiere su propiedad y está obligado a devolver otro tanto de la misma especie y calidad. De dicho artículo y del carácter real del préstamo resulta: a) La obligación de devolver el capital del presta-

mo procede de la entrega y consiste, necesariamente, en devolver otro tanto de lo entregado al que se lo entregó; b) Es prestamista el que realmente ha entregado y por el capital que realmente entregó al prestatario, y c) No es posible que dos prestamistas entreguen al prestatario el mismo capital, salvo que sea por partes (art. 445 del Código Civil). 2. Por el principio de accesoriedad de la hipoteca, constituida hipoteca en garantía de la devolución del capital de un préstamo, lo único que puede garantizarse al prestamista es la devolución del capital que ha entregado realmente, único importe por el que es acreedor y única cantidad por la que puede constituirse hipoteca a su favor. Así pues, si se constituye una hipoteca única a favor de varios prestamistas, cualquiera que sea su relación, es necesario consignar la parte del capital entregado a cada uno para inscribir la hipoteca a favor de cada uno por el importe de su respectivo capital, único crédito del que es titular. 3. Es regla general y necesaria que la inscripción de cualquier derecho real a favor de varias personas, sea dominio, hipoteca, etc., tiene que consignar la cuota o parte del derecho correspondiente a cada uno. Y ello no sólo para la disposición por cada titular de su parte, sino por orden público, para el ejercicio los derechos de terceros, como el embargo, el caso de quiebra, etc. La inscripción del crédito hipotecario a nombre de dos sociedades prestamistas, de modo indiferenciado, sin consignarse la parte de crédito hipotecario que pertenece a cada una, además de crear una vinculación que impide la enajenación y gravamen del crédito de cada una, dejaría en indefensión a terceros acreedores y embargantes de las sociedades acreedoras, imposibilitándoles el ejercicio de sus acciones sobre su correspondiente cuota. 4. Finalmente, la confesión de recibo del capital por la prestataria y la carta de pago a favor de los prestamistas omitiendo precisar cuál es el importe del capital que recibe de cada prestamista, es incompleta (art. 1.235 del Código Civil), lo que afecta a la autenticidad del título a efectos ejecutivos. Dado el carácter incompleto del título presentado cuyo complemento se solicita, esta calificación no prejuzga la que se produzca en su día, a la vista del contenido concreto de los datos recabados. Quedando suspendida la calificación del título, salvo para recabar los datos indicados, no siendo posible tomar anotación preventiva. Madrid, a 2 de septiembre de 1996. El Registrador». Sigue la firma.

III. El Notario autorizante de la escritura interpuso recurso gubernativo frente a la anterior calificación sobre la base de los siguientes argumentos: Que la nota viene a decir que no cabe solidaridad en la hipoteca porque es un derecho real y no es posible la titularidad solidaria de los mismos, olvidando que la hipoteca es accesoria del crédito garantizado (arts. 1.528 y 1.857 del Código Civil) y que puede constituirse en garantía de todo tipo de obligaciones (1.861 del Código Civil y 142 de la Ley Hipotecaria); que las obligaciones pueden ser solidarias no es discutible (1.137 y siguientes del Código Civil) y ello repercute necesariamente en la hipoteca; que el que los acreedores solidarios sean titulares igualmente solidarios de la hipoteca es indudable y reconocido por el Tribunal Supremo (sentencia de 3 de junio de 1995) y esta Dirección General (Resoluciones de 26 de noviembre de 1990 y 23 de marzo de 1994); que también niega la nota la solidaridad pasiva en los préstamos en base al artículo 1.753 del Código Civil, olvidando que en materia de solidaridad existe un aspecto o relación externa que liga al acreedor con los deudores solidarios, y una relación interna que liga a los deudores entre sí, y olvida que la relación externa es la única que aparece en los contratos y por virtud de la cual cada uno de los deudores por sí solo debe el entero objeto de la obligación pudiendo el acreedor reclamar la totalidad de la deuda de cada uno de los deudores, sin perjuicio de

la responsabilidad que, en la relación interna corresponda según las relaciones subyacentes (art. 1.145 del Código Civil), propiedad en la que el prestatario habrá adquirido el dinero pero sin trascendencia al exterior; y que no es admisible la argucia del último párrafo de la nota pretendiendo sobre la base de ser incompleto el título ampliar *sine die* el plazo de calificación.

IV. La Registradora informó defendiendo su nota en el siguiente sentido: Que en la nota falta toda referencia al problema de la solidaridad, situando el defecto en su lugar: La confesión del recibo del préstamo que es incompleta, pues falta concretar la parte del mismo que es entregada por cada prestamista; que esta falta es independiente de lo que se siga, de que se hayan pactado vínculos de solidaridad o no, pues ello es irrelevante a la hora de examinar si la cláusula de entrega es correcta o no, pues todas las cláusulas del préstamo hipotecario nacen de la entrega y se fundan en ella; que en el crédito hipotecario el título dominical del prestamista es el préstamo y su medida es igual al capital que ha entregado, por lo que es necesaria su consignación en cuanto tal entrega cuantifica la titularidad dominical del crédito hipotecario que el Registro publicará en la inscripción *erga omnes*; que en la protección del tráfico jurídico la determinación de la titularidad es imperativo necesario en cuanto determinará la proporción en que se inscribirá; que esa falta de determinación perjudica la publicidad al no poder acreditar el Registro en qué medida son titulares del derecho inscrito; se remite a continuación a los argumentos aducidos en un informe en defensa de otra nota recurrida en los que, en síntesis, sostiene: Que en el crédito hipotecario rigen los principios de legalidad y determinación y se califica la obligación y así puede operar en el tráfico amparado en los pronunciamientos registrales, a diferencia de aquellas hipotecas en que el título obligacional básico no se califica en profundidad, pues la formación del título está bajo la garantía judicial al tener el acreedor que reclamar el cumplimiento de la obligación y obtener sentencia a su favor; que en nuestro sistema el préstamo es contrato de naturaleza esencialmente real, adquiriendo el prestatario la propiedad del dinero dado en préstamo con la obligación de devolver otro tanto de la misma especie y calidad, por lo que esta obligación deriva de la entrega y se corresponde con ella; que la hipoteca tiene que garantizar una obligación válida y tiene que ser coherente y congruente con ella, de lo que resulta que tiene que inscribirse a favor del prestamista que ha entregado y no de otra persona, es decir, a favor de un patrimonio distinto del que procede el préstamo; que esta misma solución es la que resulta del régimen establecido en el artículo 1.514 del Código Civil para el pacto de retro; que el capital entregado es necesario para definir la titularidad del crédito hipotecario y en consecuencia, de ser varios los prestamistas, cada uno es dueño del crédito por el capital que entregó, de suerte que el capital entregado tendrá la misma titularidad que el capital entregado; que el crédito hipotecario en cuanto derecho real requiere para su inscripción consignar las especificaciones generales que exige la legislación hipotecaria y las particulares de la figura, de suerte que cuando un derecho pertenece a varias personas, rigen las reglas de la comunidad de bienes donde la cuota define el derecho de cada cotitular, de ahí que en su inscripción haya de constar la cuota o parte del derecho correspondiente a cada uno y ello no sólo para la disposición por parte de cada titular de su parte, sino por orden público, para el ejercicio de derechos de terceros como el embargo, el caos de quiebra, etc.; en consecuencia, no es posible la inscripción del crédito hipotecario a favor de dos prestamistas sin consignar la parte de crédito que

corresponde a cada uno, pues, aparte de crear una vinculación que impediría la enajenación o gravamen de su crédito, dejaría en indefensión a los terceros acreedores y embargantes.

V. El Presidente en funciones del Tribunal Superior de Justicia de Madrid resolvió desestimar el recurso y confirmar la nota de calificación, fundándose en que el principio de determinación establecido en los artículos 9 de la Ley Hipotecaria y 51 de su Reglamento con objeto de garantizar la información de terceros exige el reflejo en la escritura y posteriormente en el Registro de la Propiedad, las cuotas o participaciones de cada uno de los acreedores o en su caso deudores de un crédito hipotecario.

VI. El recurrente se alzó frente a la anterior resolución reiterando sus argumentos y considerando que el auto impugnado niega de forma directa la posibilidad de solidaridad en las obligaciones al exigir que en el Registro consten las cuotas de participación de cada uno de los acreedores y deudores.

Fundamentos de Derecho.—Vistos los artículos 1.142, 1.143, 1.740 y 1.753 del Código Civil; 54.1, 117 y 127 del Reglamento Hipotecario, y las Resoluciones de 26 de diciembre de 1946, 23 de marzo de 1994 y 28 de abril de 1999.

1. Al haber opuesto la Registradora un único defecto a la inscripción del título calificado, a él ha de ceñirse la presente Resolución (art. 117 del Reglamento Hipotecario), pero no sin dejar de señalar que la postura de aquella sobre el alcance de su calificación es inadmisibles. El carácter unitario de ésta, que resalta aún más la nueva redacción del artículo 127 del mismo Reglamento, constaba ya con anterioridad, al tiempo de la calificación recurrida, al exigir que en la misma se incluyeran todos los motivos por los cuales procediera la suspensión o denegación del asiento solicitado. Y si bien es cierto que las exigencias del principio de legalidad obligaban y obligan a tomar en consideración defectos no apreciados en una calificación previa, lo que no permiten ni la seguridad jurídica, ni el procedimiento registral con sus plazos y simplicidad de trámites, es someter un título a sucesivas calificaciones parciales, de suerte que apreciado un defecto no se entre en el examen de la posible existencia de otros en tanto aquél no se subsane, pudiendo dar lugar tal proceder a la corrección disciplinaria prevista en dicha norma.

2. La cuestión a resolver se centra en si concedido por dos entidades un préstamo que posteriormente se garantiza con hipoteca, y pactada entre ellas la titularidad solidaria del crédito resultante, es preciso determinar en qué medida o proporción ha entregado cada una de ellas el capital prestado, en cuanto elemento necesario para determinar también la medida o proporción en que la hipoteca ha de inscribirse a su favor.

La titularidad plural de los derechos reales queda sujeta en derecho común, como disciplina básica, al régimen de la comunidad de bienes contenido en los artículos 392 y siguientes del Código Civil, lo que excluye en principio la admisión de titularidades dominicales solidarias tal como ya tuvo ocasión de señalar la Resolución de 26 de diciembre de 1946. Ello se traduce a efectos registrales en la necesidad de precisar en la inscripción a practicar la cuota o porción ideal de cada titular en el derecho con datos matemáticos que permitan conocerla indudablemente (cfr. art. 54.1 del Reglamento Hipotecario).

Ahora bien, la hipoteca, pese a ser un derecho real, presenta en este punto evidentes singularidades. Su propia finalidad de garantía del cumplimiento de una obligación, que puede ser de cualquier clase (cfr. arts. 1.861 del Código Civil y 105 de la Ley Hipotecaria), la convierte en accesoria del crédito que

garantiza, de suerte que su titularidad será la misma que la de dicho crédito. Y si en el ámbito de éstos la pluralidad de elementos personales puede traducirse en varias posibilidades, una de las cuales es la solidaridad, el mismo carácter tendrá la titularidad de la hipoteca que lo garantice y como tal habrá de inscribirse, a favor de los titulares solidarios de ese crédito haciendo constar de forma expresa la existencia de esa solidaridad, en lugar de la determinación de las cuotas correspondientes que sería inexcusable en el caso de mancomunidad (cfr. Resoluciones de 23 de marzo de 1994 y 28 de abril de 1999).

La posibilidad de cesión de ese crédito por cualquiera de los acreedores solidarios y su alcance, al igual que el embargo del derecho de uno de ellos y sus consecuencias, pueden plantear problemas y exigir una especial modalización en su reflejo registral, pero tales problemas que plantea la Registradora como obstáculos esenciales a la inscripción solicitada suponen aventurar futuras calificaciones y, desde luego, lo que no pueden es ser utilizados para exigir una concreción de cuotas en el derecho de los acreedores solidarios que resulta incompatible con la propia esencia de la solidaridad activa, la facultad de cualquiera de los acreedores de exigir y recibir íntegramente la prestación en que la obligación garantizada consiste, o la facultad del deudor de pagar a cualquiera de ellos, salvo que hubiese sido demandado por alguno (art. 1.142 del Código Civil), o el llevar a cabo su novación, confusión, compensación o remisión (art. 1.143 del mismo Código) extinguiéndola en su totalidad, posibilitando la cancelación de la correspondiente inscripción de la hipoteca, aun cuando queden a salvo las acciones que frente a él, y en virtud de las relaciones internas existentes entre los coacreedores, puedan corresponder a los demás.

3. La configuración del crédito garantizado como solidario hace, por último, innecesario el determinar la cantidad del capital prestado que se ha recibido de cada uno de los que resultan acreedores solidarios, cuestión que tan sólo tiene relevancia en la relación interna entre ellos y resulta indiferente para el deudor.

Es cierto que el préstamo, en cuanto contrato real, se perfecciona con la entrega (cfr. art. 1.740 del Código Civil), pero es, a su vez, un contrato unilateral, de suerte que una vez perfeccionado tan sólo surge una obligación, la del deudor de reintegrar el capital prestado y, en su caso, los intereses convenidos. La entrega opera como presupuesto de esa obligación, pero no como elemento necesariamente identificador del acreedor. Al igual que no es descartable que a un contrato de préstamo se anude una estipulación a favor de tercero que convierta a éste en acreedor de la obligación de restituir, en el caso de pactarse la solidaridad activa resulta intrascendente cuál de los acreedores o en qué medida cada uno de ellos ha hecho entrega de la cantidad prestada, pues ello tan sólo afecta a las relaciones internas entre los mismos que no tienen que trascender al contrato de préstamo ni a la inscripción de la hipoteca que lo garantice.

Esta Dirección General ha acordado estimar el recurso revocando el auto apelado.

Madrid, 15 de febrero de 2000.—El Director General, *Luis María Cabello de los Cobos y Mancha*.

Excmo. Sr. Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Madrid.

COMENTARIO

El supuesto de hecho que origina la presente Resolución, préstamo garantizado con hipoteca a favor de dos entidades crediticias, suscita reflexiones diversas que pueden agruparse en torno a dos grandes cuestiones: a saber, la posibilidad de existencia de titularidades solidarias cuando exista una pluralidad de sujetos en los derechos reales, y más en concreto en el derecho real de hipoteca; y en segundo lugar, si se admite la titularidad solidaria en la hipoteca, cómo debe reflejarse ésta en el Registro de la Propiedad, a efectos de cumplir las exigencias derivadas del principio de determinación registral.

Por eso, considero oportuno estructurar este comentario en dos grandes partes, que se corresponden con los dos temas que se plantean, las cuales se analizan a continuación.

I. POSIBILIDAD DE TITULARIDADES SOLIDARIAS EN LOS DERECHOS REALES

I.1. *Ideas generales*

La pluralidad de sujetos en la relación jurídica es una realidad que afecta tanto a los derechos de crédito como a los reales.

Probablemente, en los primeros es donde esta cuestión es más rica, y cuando exista dicha pluralidad de sujetos hay que distinguir, según cómo se relacionen, entre la mancomunidad o solidaridad. Existe mancomunidad cuando los distintos sujetos deban o exijan (según sean deudores o acreedores) cada uno por su parte, sin que sea posible exigirles más. Es como si el crédito o la deuda estuviera dividido en partes o cuotas ideales que corresponden a cada uno de ellos. Sin embargo, hay solidaridad cuando uno de los sujetos debe o exige la totalidad del crédito o deuda, con independencia de las acciones de regreso que luego surjan entre éste y los demás sujetos.

Pues bien, esto que es normal en los derechos de crédito, ¿puede aplicarse también a los derechos reales?

Es obvio que pueden existir derechos reales que pertenezcan a distintos titulares a la vez, es decir, es posible la pluralidad de sujetos en un mismo derecho real. Baste pensar en el derecho de propiedad sobre una cosa que pertenece a distintas personas a la vez, o en el usufructo que corresponde simultáneamente a dos titulares, e incluso cabe esta pluralidad en lado pasivo de la relación jurídico-real, como dice DÍEZ PICAZO, al pensar en varios propietarios de la finca gravada, por ejemplo, con hipoteca. Pero, el régimen que se establece para ellos, en principio, es distinto del de los derechos personales.

En efecto, el Código Civil establece en los artículos 392 y siguientes el régimen de la comunidad de bienes para regular estas situaciones de cotitularidad sobre un derecho real. Y la comunidad de bienes (tipo romana), que allí se establece, se caracteriza por la unidad e indivisibilidad del objeto, pero con una división abstracta o ideal en partes intelectuales (cuotas) respecto de las cuales se reconoce un derecho individual a cada comunero, que por lo tanto puede actuar de manera individual sólo con respecto a su cuota y no a la titularidad; apartándose claramente, en este sentido, de lo que correspondería a una titularidad solidaria en los derechos reales.

La imposibilidad de que existan titulares solidarios en un derecho real proviene del Derecho romano, que se concretaba en el aforismo *dominium aut possessionem in solidum esse non possunt*, es decir, que no cabe el dominio

ni una posesión o disfrute con carácter solidario. Esta postura se ha mantenido tradicionalmente por la mayoría de la doctrina, basándose sobre todo, tal y como recoge BALLARIN, en el hecho de que la solidaridad es una de las formas de resolver problemas de actuación frente a terceros, mientras que esto no es lo importante en el derecho de propiedad o cualquier otro derecho real que implique posesión o disfrute, puesto que no nacen como derechos que se dirijan contra sujetos determinados (como los derechos de crédito), sino que se caracterizan por tener por contenido el *ius utendi y fruendi*.

Esta doctrina se confirmó por la Resolución de 26 de diciembre de 1946, que rechazó una especie de condominio solidario, impidiendo la actuación de uno sólo de los titulares sin el consentimiento del otro, como correspondería en un sistema solidario, basando su decisión en lo inapropiado de esta figura en la tradición hispana más importante. En concreto, esta resolución dice en su considerando cuarto que «el pretendido dominio solidario que parece deducirse de los términos de la adjudicación, constituye una relación jurídica sin posible entronque en nuestro ordenamiento legal que, al admitir la pluralidad de dueños sobre una misma cosa, configura el condominio bajo los moldes romanistas con cuotas ideales, siguiendo los precedentes de aquel derecho que al tratar de la posesión como facultad integrante del dominio estableció el clásico aforismo de que *plures eamdem rem in solidum possidere non possunt*».

En el caso que se analiza, la Registradora de la Propiedad, teniendo en cuenta estas ideas y precedentes tan arraigados en el sistema español, rechaza la inscripción del préstamo garantizado con hipoteca, que conceden conjunta y solidariamente dos sociedades prestamistas, por ser imposible la solidaridad de acreedores hipotecarios. Debe determinarse, entonces, la participación o cuota de cada titular (acreedor hipotecario) en el crédito garantizado; es decir, la cantidad que cada uno de ellos entregó al prestatario, a fin de inscribir la hipoteca a favor de los prestamistas en la proporción al capital entregado por cada uno.

Sin embargo, la doctrina posterior se plantea la idoneidad de la aplicación de estos argumentos a todos los derechos reales, pues pueden existir ciertos derechos reales en los que, por sus características, sí sea posible la titularidad solidaria. Hay que examinar, por tanto, qué es lo que ocurre con el derecho real de hipoteca.

1.2. Cotitularidad solidaria en el derecho real de hipoteca

El derecho real de hipoteca puede establecerse en garantía de todo tipo de obligaciones (art. 142 LH y 1.861 del Código Civil); éstas pueden ser tanto solidarias como mancomunadas (art. 1.137 del Código Civil), luego no hay problema para afirmar que puede existir una hipoteca en garantía de obligaciones solidarias. El carácter accesorio del derecho real de hipoteca respecto a la obligación garantizada hace que la naturaleza de ésta imprima carácter al derecho real, por lo tanto, y a los efectos que se están tratando, todo esto puede traducirse en el carácter solidario del propio derecho real de hipoteca. Es decir, puede existir una hipoteca a favor de varios titulares (acreedores hipotecarios), simultáneamente, en garantía de un mismo crédito, siendo estos solidarios entre sí, lo cual implica que cada uno de ellos puede actuar como si fuera único, y por tanto puede realizar actos de conservación y administración, aseguramiento o cesión del crédito a terceros, pero también

puede realizar o ejercitar la hipoteca que lo garantiza frente al deudor, sin perjuicio de las relaciones internas que surjan entre él y el resto de los acreedores para tratar de compensarles (acciones de regreso).

Así lo confirma parte de la doctrina, que admite la posibilidad de solidaridad en la hipoteca. De este modo, CAMY SÁNCHEZ-CAÑETE (1) admite la existencia de acreedores solidarios en la hipoteca, y, basándose en la accesoriedad de la hipoteca respecto al crédito, rechaza la determinación de cuotas o partes de cada acreedor en el crédito, porque si la obligación es solidaria, la hipoteca también lo es, a pesar de que para la pluralidad de sujetos en los derechos reales, el Código Civil establezca el régimen de la comunidad de bienes. BALLARIN (2) afirma que es perfectamente concebible la hipoteca con sujetos solidarios, como consecuencia de su accesoriedad respecto del crédito, y como una de las excepciones a la regla general que parece rechazar la idea de solidaridad en los derechos reales. Este autor, al hablar de los efectos de la solidaridad en el campo de las relaciones externas (de los acreedores solidarios con el deudor y terceros), asegura que cada acreedor hipotecario solidario puede actuar frente al deudor y terceros como si fuera el único, lo cual le faculta para llevar a cabo, él sólo, los más diversos actos (conservación, aseguramiento y realización de la garantía), tal y como he comentado en líneas precedentes. ROCA SASTRE (3) también parece admitir la posibilidad de titulares solidarios del derecho de hipoteca, si bien considera que lo más normal es que la pluralidad de sujetos en la hipoteca se rija por la mancomunidad, es decir, que se trate de acreedores hipotecarios mancomunados. No obstante, si fueran solidarios, considera que cada acreedor podría exigir toda la prestación, de modo que al reclamarse por cualquiera de ellos el cumplimiento o efectividad de la misma, quedaría extinguido el crédito.

Igualmente, encontramos varias Resoluciones de la DGRN que, aunque sea indirectamente, parecen admitir la posibilidad de sujetos o titulares solidarios en el derecho de hipoteca. Baste ver, a este respecto, las Resoluciones de 23 de marzo de 1994 y 28 de abril de 1999, en las que se establece la alternativa ante un crédito garantizado con hipoteca a favor de una pluralidad de sujetos que, o bien se determinen las cuotas de cada uno de ellos (si el crédito es mancomunado), o bien, si es solidario, que se especifique expresamente dicho carácter. Luego, parece admitir la posibilidad de que los sujetos titulares de la hipoteca sean solidarios, pues de otro modo no daría esta doble opción.

Por último, conviene añadir que la excepción en Derecho Civil que es la solidaridad (art. 1.141 del Código Civil), debería ser la regla en Derecho Hipotecario, en concreto con respecto a la hipoteca, por la problemática que puede encerrar la mancomunidad a la hora de ejercitar o realizar dicha garantía. En efecto, cuando exista un crédito hipotecario a favor de varios acreedores mancomunados, cada uno de ellos sólo puede proceder ejecutivamente y de forma individual contra la finca hipotecada por su parte de crédito. Hay que preguntarse, entonces, en qué posición quedan el resto de los acreedores

(1) CAMY SÁNCHEZ-CAÑETE, B., *Garantías patrimoniales. Estudio especial de la hipoteca*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 1993, págs. 528-532.

(2) BALLARIN, «Titularidades solidarias», en *AAMN* (tomo XIII), 1962, págs. 204 y 221.

(3) ROCA SASTRE, R. M., *Derecho Hipotecario*, IV-1.º, Ed. Bosch, Barcelona, 1968, págs. 560 y sigs.

mancomunados, si por efecto de la acción ejecutiva la finca pasa a manos de una tercera persona. El ordenamiento ha resuelto el problema considerando que los acreedores conservan su crédito que podrán hacer efectivo con posterioridad, pero con preferencia al resto de cargas o créditos sobre dicha finca, a pesar de la ejecución llevada a cabo por el otro acreedor hipotecario (art. 227 RH). Hoy, en la práctica habitual del tráfico es normal que si la hipoteca está constituida a favor de una pluralidad de acreedores mancomunados se establezca una cláusula por la que la totalidad de acreedores se obligan a ejecutar a la vez sus respectivos créditos, evitando de esta manera el perjuicio antes descrito; perjuicio, que por otra parte se evitaría si se tratara de acreedores hipotecarios solidarios. En este sentido, PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS (4) considera que el hecho de que cada acreedor hipotecario pueda ejecutar por su parte de crédito, es un sistema insatisfactorio para el primer co-acreedor y gravoso para el deudor que está sometido a distintas ejecuciones parciales. Por eso, este autor cree, tal y como establece la STS de 10 de marzo de 1947, que no es posible que cada sujeto ejecute independientemente, por su parte, y considera que es preferible que accionen todos a la vez (mano común) o uno sólo en beneficio de todos (solidaridad).

A la vista de estos argumentos doctrinales, jurisprudenciales y de la práctica del tráfico, debo concluir que, excepcionalmente y por sus propias y especiales características, debe admitirse la hipoteca a favor de una pluralidad de sujetos unidos por una relación de solidaridad (acreedores hipotecarios solidarios), y que en este sentido es correcta la doctrina de la DGRN al admitir las singularidades de la hipoteca, y el hecho de que «su propia finalidad de garantía del cumplimiento de una obligación que puede ser de cualquier clase, la convierte en accesoria del crédito que garantiza de suerte que su titularidad será la misma que la de dicho crédito. Y si en el ámbito de éstos, la pluralidad de elementos personales puede traducirse en varias posibilidades, una de las cuales es la solidaridad, el mismo carácter tendrá la titularidad de la hipoteca que lo garantiza».

II. INSCRIPCIÓN REGISTRAL DE LA HIPOTECA A FAVOR DE VARIOS TITULARES SOLIDARIOS

En principio, la cotitularidad de derechos reales (que, por regla general, da lugar a una comunidad o mancomunidad en la que los cotitulares tienen porciones ideales o cuotas sobre el bien o derecho) debe reflejarse en el Registro para cumplir las exigencias del principio de especialidad, expresando siempre de forma numérica o matemática esas cuotas o partes ideales, y a qué titular corresponde cada una de ellas, tal y como exigen los artículos 9.2 LH y 52 y 54 RH.

Esta regla general es la que trata de aplicar la Registradora en su nota de calificación, y por eso rechaza la inscripción solicitada, puesto que no se precisan las cuotas de cada titular en el derecho.

No obstante, y de forma excepcional, admitida la solidaridad de acreedores en el crédito garantizado con hipoteca, no habrá que aplicar la regla anterior para su inscripción en el Registro. No será necesaria la especificación de

(4) PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M., *Derechos reales. Derecho Hipotecario*, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1986.

cuotas o partes ideales en el derecho porque éstas no existen. En efecto, existe una unidad de vínculo entre el deudor y los co-acreedores, y no distintos créditos (o partes de créditos) con cada uno de ellos. No existe una hipoteca por cuotas, sino pura y simplemente una hipoteca en garantía de un solo vínculo del crédito hipotecario. La división por cuotas, tal y como dice BALLARIN (5), sólo opera en un momento posterior (derecho de regreso entre acreedores). Al no existir pluralidad de vínculos que originan distintas cuotas o distintas hipotecas, no hay que determinarlas, y bastará especificar ese único vínculo en su totalidad: montante total de préstamo; pero eso sí, será preciso señalar expresamente el carácter excepcionalmente solidario tanto de la obligación garantizada como de su garantía (art. 1.138 del Código Civil).

La necesidad de hacer constar de forma expresa la solidaridad, en lugar de la determinación de las cuotas correspondientes como correspondería en el caso de mancomunidad, ha sido exigida por la jurisprudencia registral y civil, en las Resoluciones de 23 de marzo de 1994, 28 de abril de 1999 y en la STS de 3 de junio de 1995.

En el caso aquí descrito y analizado se cumple perfectamente esta exigencia, puesto que tanto en el contrato de préstamo, como en la escritura de constitución de hipoteca, se especifica el carácter solidario de ambos acreedores. Se cumplen, por tanto, con los requisitos exigidos para la inscripción de un crédito hipotecario solidario, y no existe, entonces, motivo para la denegación de la inscripción de la escritura presentada, tal y como confirma final y acertadamente la DGRN.

Solo posteriormente y con respecto a las relaciones internas entre ambas entidades crediticias (acreedores solidarios), se precisará determinar la participación de cada una de ellas en el préstamo concedido, con el fin de que sea reintegrada en la cantidad exacta que prestó.

M. G. R. A.

QUIEBRA. ANOTACION PREVENTIVA PARA FIJAR LA FECHA DE RETROACCION. CARGAS ANTERIORES.—LA FECHA DE RETROACCION DE LA QUIEBRA QUE SE FIJA PROVISIONALMENTE EN EL AUTO QUE DECLARA EL ESTADO DE QUIEBRA, DEBE HACERSE CONSTAR EN LA ANOTACION, SI BIEN DEJANDO A SALVO LOS DERECHOS REFLEJADOS EN ASIENTOS ANTERIORES, CUYOS TITULARES NO HAN INTERVENIDO EN EL PROCEDIMIENTO. (RESOLUCIÓN DE 23 DE MARZO DE 2000. BOE DE 15 DE ABRIL DE 2000.)

RESOLUCION de 23 de marzo de 2000, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso gubernativo interpuesto por «Banco Exterior de los Andes y de España, Sociedad Anónima», contra la negativa del Registrador de la Propiedad de Madrid, número 17, don José Antonio Nortes Triviño, a reflejar en una anotación preventiva la fecha provisional de retroacción de sus efectos, en virtud de apelación del recurrente.

En el recurso gubernativo interpuesto por el Procurador de los Tribunales, don José Luis Ferrer Recuero, en nombre y representación de la

(5) BALLARIN, «Titularidades solidarias», *ob. cit.*, pág. 204.

entidad «Banco Exterior de los Andes y de España, Sociedad Anónima», contra la negativa del Registrador de la Propiedad de Madrid, número 17, don José Antonio Nortes Triviño, a reflejar en una anotación preventiva la fecha provisional de retroacción de sus efectos, en virtud de apelación del recurrente.

Hechos.—I. En el Juzgado de Primera Instancia número 2 de Madrid, se sigue expediente de quiebra necesaria de la entidad «La Central Quesera, Sociedad Anónima», a instancia del «Banco Exterior de los Andes y de España, Sociedad Anónima», en el cual recayó auto con fecha de 11 de julio de 1996, en el que se declara, entre otros pronunciamientos, el estado legal de quiebra necesaria de la mencionada entidad y «que con carácter preventivo, y sin perjuicio de que en su momento se fije de forma definitiva, ha de retrotraerse la presente al 29 de noviembre de 1988», expidiéndose el oportuno mandamiento el 19 de julio de 1996, ordenando que se practique la anotación del auto sobre la finca registral 33.522 del Registro de la Propiedad número 17 de Madrid, «así como en cuantas otras fincas aparezcan inscritas a favor de la quebrada, no obstante no haber adquirido el carácter de firme y en evitación de perjuicios a terceros». Sobre la finca registral 33.522 pesan, entre otras cargas, una hipoteca a favor del «Fondo de Garantía Salarial», inscrita el 23 de agosto de 1989 y otra a favor del «Banco Central, Sociedad Anónima», inscrita el 26 de noviembre de 1990.

II. Presentado el anterior mandamiento en el Registro de la Propiedad número 17 de Madrid, fue calificado con la siguiente nota: «Conforme a lo ordenado en el precedente mandamiento se ha anotado la resolución judicial por la que se declara a la sociedad «La Central Quesera, Sociedad Anónima» en estado legal de quiebra necesaria, en los libros siguientes: En Libro número 1 de Incapacitados, al folio 27, anotación letra Al. Y en los siguientes Libros de Inscripciones, en los que aparecen fincas inscritas a nombre de la citada sociedad: Libro 634, a los folios 190, 194, 198, 202, 206 y 210, anotaciones letras N, O, O, O, O, O, respectivamente, de las fincas número 7.954, 7.956, 7.958, 7.972, 7.976 y 7.978. Libro 711, al folio 67, anotación letra R de la finca registral 33.522. En la anotación practicada respecto de esta última finca —la 33.522— no se ha recogido el pronunciamiento judicial sobre retroacción de la quiebra, por afectar dicha retroacción a acreedores hipotecarios que no consta hayan sido citados y oídos (Resolución de la Dirección General de los Registros de 8 de noviembre de 1991). Contra esta denegación parcial puede recurrirse, en el plazo de cuatro meses, ante el excelentísimo señor Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Madrid. Madrid, 6 de agosto de 1996. El Registrador». Firma ilegible.

III. El Procurador de los Tribunales, don José Luis Ferrer Recuero, en representación del «Banco Exterior de los Andes y de España, Sociedad Anónima», interpuso recurso gubernativo contra la anterior nota de calificación y alegó: Que la Resolución de 8 de noviembre de 1991, que cita el Registrador, no es aplicable al presente caso, pues en ella se partía de la anotación de una demanda de modificación de la fecha inicial de retroacción de una quiebra sobre una finca que había sido transmitida a un tercero dentro del período de retroacción que por la demanda se pretendía fijar. Que la finca registral 33.522 continúa inscrita a nombre de la compañía quebrada de modo que no debe haber razón que impida la anotación completa del auto de quiebra, con indicación de la fecha de retroacción (Resolución de 12 de noviembre de 1990

—sic—), anotación que no supone por sí la nulidad de las hipotecas comprendidas en el período de retroacción ex artículo 878 del Código de Comercio, dado que dicha nulidad debe ser objeto de un proceso iniciado por la sindicatura y dirigirlo contra todos los implicados, de modo que si cuando tal demanda se plantea resulta que la finca en cuestión ha sido adjudicada a un tercero en el procedimiento judicial sumario, el procedimiento ha de darse también contra dicho tercero. Pero ahora, en el momento de anotarse el auto de quiebra no puede negarse la mención relativa a su fecha de retroacción, so pretexto de la previa inscripción de dos hipotecas: Ya se defenderán esos acreedores hipotecarios en su momento, cuando se postule la nulidad de las hipotecas. Que la oposición del Registrador a inscribir la fecha de retroacción de la quiebra supone una negación de la razón de ser de las anotaciones preventivas, porque si la anotación de quiebra avisa a terceros de que su título puede ser puesto en tela de juicio a través de un proceso iniciado por la sindicatura de la quiebra, ese efecto quedaría enervado si la mera existencia de cargas anteriores a la fecha de la quiebra impidiese la anotación completa del auto de quiebra, y así la Resolución de 8 de noviembre de 1990 permite la anotación de la declaración de quiebra después de haberse expedido la certificación de cargas para la ejecución de una hipoteca inscrita con anterioridad.

IV. El Registrador de la Propiedad, en defensa de su nota, informó: Que según la Resolución de 8 de noviembre de 1991, los asientos del Registro están bajo la salvaguardia de los Tribunales, de modo que sin el consentimiento de sus titulares o sin la oportuna declaración judicial dictada en juicio entablado contra ellos, no pueden ser rectificadas ni pueden hacerse constar en los folios de las fincas respectivas, circunstancia alguna que ponga en entredicho la eficacia propia de aquello (arts. 1, 38, 40, 42 y 82 de la Ley Hipotecaria), y es por eso por lo que en los folios de las fincas enajenadas (y, por la misma razón, gravadas) por el quebrado durante el período de retroacción, no puede ser anotada la declaración de quiebra (o de su retroacción) dictada en un procedimiento en el que no son citados ni oídos los titulares registrales de aquéllas. Que si bien es cierto que la finca registral 33.522 continúa inscrita a nombre de la entidad quebrada, no puede decirse que no hay razón obstativa para la anotación completa del auto de quiebra, con indicación de la fecha de retroacción. Ello sería así si el quebrado fuera el único titular interesado en la finca, pues ha sido parte en el procedimiento, pero no existen otros acreedores hipotecarios interesados, ya que el mismo derecho tienen a ser oídos. Que no puede ser aceptada, sin más, la alegación de que la anotación de quiebra, con su fecha de retroacción incluida, no supone la nulidad de las hipotecas comprendidas en el período de retroacción ex artículo 878 del Código de Comercio, ya que hay un gran sector doctrinal y muchas resoluciones judiciales que mantienen que esa nulidad es absoluta y de pleno derecho, que no necesita ser declarada judicialmente, al producir sus efectos *ipso iure*. Por tanto, si en el folio de la finca se hiciera constar esa retroacción, sin audiencia de los interesados a quienes puede perjudicar, ello les generaría una grave indefensión.

V. El Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia número 2 de Madrid, informó que era inviable la anotación parcialmente denegada ex artículos 878 del Código de Comercio y 38 y 82 de la Ley Hipotecaria, habida cuenta de la anómala situación creada al ser simultaneada la quiebra con la previa situación de suspensión de pagos de la entidad, ya que con fecha de 28

de agosto de 1989 se anotó con la letra F la demanda interpuesta por el «Banco Central Hispanoamericano, Sociedad Anónima», ante el Juzgado de Primera Instancia número 7 de Madrid, en solicitud de rescisión del convenio de acreedores y declaración de quiebra de la entidad.

VI. El Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Madrid confirmó la nota del Registrador fundándose en las alegaciones contenidas en el informe del Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia número 2 de Madrid.

VII. El recurrente apeló el auto presidencial manteniéndose en sus alegaciones y añadió que hay cierta incongruencia entre lo discutido en el presente recurso y lo resuelto por el dicho auto.

Fundamentos de Derecho.—Vistos los artículos 878 del Código Civil; 1, 40 y 220 de la Ley Hipotecaria, y las Resoluciones de 8 y 14 de noviembre de 1990 y 8 de noviembre de 1991.

1. Se debate en el presente recurso sobre la posibilidad de reflejar en una anotación de quiebra, la fecha provisional de retroacción de sus efectos, habida cuenta que aunque el bien aparece inscrito aún a favor del quebrado, pesan sobre el mismo sendas hipotecas cuyos titulares no han intervenido en el procedimiento del que emana el mandamiento ordenando aquella anotación que quedarían incluidas en el período de retroacción provisionalmente fijado.

2. Es principio básico de nuestro sistema registral que los asientos del Registro de la Propiedad están bajo la salvaguardia de los Tribunales (art. 1 de la Ley Hipotecaria) y que no pueden ser rectificadas sino con la conformidad de sus titulares o por resolución judicial dictada en juicio declarativo entablado entre ellos (art. 40 de la Ley Hipotecaria). En consecuencia y puesto que los titulares de las hipotecas, ahora cuestionadas, no han intervenido en el procedimiento del que dimana el mandamiento calificado, no podría acceder al reflejo registral de una circunstancia —la fecha de retroacción de la quiebra— que conforme al artículo 878 del Código Civil pone en entredicho la validez de sus derechos.

3. Ahora bien, si lo anterior es cierto, no lo es menos que puesto que la finca sigue inscrita a nombre del quebrado, no debería ponerse obstáculo al reflejo en la anotación de quiebra de dicha fecha de retroacción, lo que tendría relevancia a la hora de inscribir los actos realizados por el quebrado, con anterioridad a la declaración de la quiebra y que no hubiera aún accedido al Registro.

4. Se hace, pues, necesario compaginar estas exigencias en principio contrapuestas, y en este sentido, la solución bien puede ser la extensión de la anotación de quiebra con especificación de la fecha provisional de retroacción, pero destacando en la propia anotación que se produce en todo su contenido sin menoscabo de los derechos recayentes sobre la finca en cuestión, inscritos o anotados con anterioridad (confróntese arts. 40 y 220 de la Ley Hipotecaria).

Esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso en los términos de los anteriores considerandos.

Madrid, 23 de marzo de 2000.—El Director General, *Luis María Cabello de los Cobos y Mancha*.

Excmo. Sr. Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Madrid.

COMENTARIO

A) Una vez más, la DGRN ha tenido que pronunciarse sobre un problema relacionado con la retroacción de la quiebra, añadiendo un nuevo fallo al ya numeroso grupo de Resoluciones recaídas sobre esta materia. Pero, a diferencia de la mayoría de las anteriores, que aportan soluciones razonables y bien fundadas, la que es ahora objeto de comentario nos ofrece una argumentación dubitativa, que desemboca en una solución de compromiso y falta, a mi juicio, de suficiente claridad.

Las cuestiones que se plantean pueden reducirse a dos:

1. Concretar el momento y la forma en que ha de tener lugar esa *intervención* de los titulares de derechos inscritos o anotados con anterioridad (en nuestro caso, créditos hipotecarios), que la DGRN considera necesaria para el reflejo registral de la fecha de retroacción.

2. Determinar el significado, los efectos y las consecuencias que conlleva para el futuro la extensión de la anotación de quiebra (con fecha de retroacción), pero *sin menoscabo de los derechos* anteriormente inscritos o anotados.

B) EL REFLEJO REGISTRAL DE LA RETROACCIÓN.

LA INTERVENCIÓN DE LOS TITULARES DE ASIENTOS ANTERIORES

Como punto de partida parece necesario constatar que *la intervención de los acreedores del deudor común no figura entre los requisitos* legalmente previstos para que proceda la declaración de quiebra (1). Y cuando concurren los exigidos por la ley, el Juez habrá de dictar el correspondiente auto declarativo del estado legal de quiebra. Este auto se dicta *sin citación ni audiencia del deudor común, ni de sus acreedores, ni de terceros que pudieran resultar afectados*. El auto es ejecutable con carácter inmediato, no es apelable, aunque puede ser impugnado (a través del incidente de oposición) no sólo por el quebrado, sino por cualquiera de los afectados por la declaración de quiebra y, en particular, por los restantes acreedores del deudor común que se ven obligados a integrarse en el procedimiento concursal. Pero sin que la impugnación lleve consigo la suspensión de la ejecución.

En el auto declarativo de la quiebra se fija la fecha de retroacción con *calidad de por ahora y sin perjuicio de terceros*. La fijación de esa fecha no

(1) Para el supuesto de quiebra necesaria (que es el estudiado por la Resolución que se comenta) enumera RAMÍREZ (*La quiebra*, Bosch, Barcelona, 1998, t. I) los siguientes requisitos:

* Que se solicite por acreedor que haya obtenido «mandamiento de ejecución o apremio» (art. 876.I del Código de Comercio) o «justifique su título de crédito» (art. 876.II del Código de Comercio).

* Que el deudor común sea comerciante (arts. 874 del Código de Comercio y 1.318 LEC), circunstancia que puede ser probada por cualquier medio.

* Que se acredite «en forma suficiente» (art. 1.325 LEC) el «estado de quiebra», es decir, el incumplimiento o sobreseimiento generalizado en el pago corriente de las obligaciones.

* Que se alegue y acredite, aunque sea sumariamente, la concurrencia de acreedores.

tiene carácter definitivo, sino que, por el contrario, se caracteriza por su *variabilidad* y su *impugnabilidad* (2).

a) *Variabilidad*

La variación puede ser acordada:

— De oficio, puesto que si el Juez es competente para fijarla, también lo ha de ser para acordar su modificación, por sí o a propuesta del comisario. Procedería entonces dictar un nuevo auto complementario que fijaría la nueva fecha de retroacción, y quedaría sujeto a las mismas posibilidades de impugnación que el declarativo de la quiebra.

— A instancia de parte. Un sector de la doctrina (3), partidario de un criterio abierto, considera legitimados en este caso a la sindicatura, al quebrado, a sus acreedores y a terceros afectados por la retroacción. GARCÍA-CRUCES entiende, en cambio, que solamente la sindicatura está legitimada para solicitarla, «ya que esa variación se actuará dentro de la sección tercera —retroacción— del procedimiento de quiebra, por lo que cualquier tercero sólo podrá acudir en queja al Juez y al comisario (art. 1.367 LEC)».

En todo caso, la solicitud debe sustanciarse en un procedimiento incidental dentro del juicio de quiebra, con *llamamiento a cuantos tengan un interés contradictorio*, por exigencia del artículo 24 CE (4). Si hubiera sido éste el supuesto que dio lugar a la Resolución comentada, estaría plenamente justificada la exigencia de intervención de los titulares de las hipotecas ya inscritas. Pero no fue así, puesto que se discutía la práctica de la anotación del auto declarativo de la quiebra con fijación provisional de la fecha de retroacción.

(2) Las consideraciones acerca de estos caracteres que se recogen a continuación reflejan en parte la exposición que —con cita de la doctrina más autorizada— hace GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, en *Quiebra y retroacción*, Colección Jurisprudencia Práctica, núm. 88, Tecnos, Madrid, 1995, págs. 23-27.

(3) Cfr. RAMÍREZ, cit., t. II, pág. 1176.

(4) Similar a esta situación (es decir, variación a instancia de parte) sería aquella en que se pretendiera reflejar en el Registro determinada fecha de retroacción cuando con anterioridad no se hubiera hecho constar ninguna (porque no se hubiera anotado la declaración de quiebra o porque el auto anotado no señalara fecha alguna). La Resolución de 24 de enero de 1979 examinó un supuesto en que, sin que hubiera sido anotada la quiebra y figurando inscritas las fincas a favor de personas distintas del quebrado, se pretendía —a través de un mandamiento dimanante del procedimiento concursal— que se extendiera una anotación *con el exclusivo objeto de hacer constar la fecha de retroacción*. La DGRN confirmó la calificación denegatoria porque el tipo de anotación que se pretendía no está legalmente previsto (*numerus clausus*) y porque los terceros (titulares registrales) no han tenido intervención alguna en el proceso del que dimana el mandamiento presentado.

Por otra parte, si el mandamiento que ordena la anotación de la quiebra guardara silencio acerca de la fecha de la retroacción, ¿sería anotable aunque existieran titulares de derechos ya inscritos o anotados? Si la respuesta es afirmativa, la anotación existiría para los titulares anteriores en cuanto publica la declaración de quiebra, aunque implícitamente también está señalando fecha de retroacción, ya que cuando el auto de declaración de quiebra nada dice al respecto, la fecha de retroacción coincide con la del auto (STS de 19 de abril de 1905 y 21 de febrero de 1930).

b) *Impugnabilidad*

Se reconoce legitimación para impugnar la fijación provisional de la fecha de retroacción a todos aquellos que pueden impugnar el auto de declaración de quiebra, es decir, al deudor común, a sus acreedores y a cuantos, no siéndolo, puedan resultar afectados por el período de retroacción fijado.

La impugnación debe ventilarse dentro del procedimiento de quiebra y no en los distintos juicios que sean consecuencia del ejercicio de acciones de retroacción (puesto que la fecha de retroacción debe ser igual para todos). La posibilidad de impugnación subsiste mientras no finalice el examen y reconocimiento de los créditos, o mejor hasta que transcurran treinta días contados desde la Junta de examen y reconocimiento de créditos, ya que a partir de entonces ganan firmeza los acuerdos de dicha Junta (5).

La resolución judicial que recaiga acordará confirmar o modificar la fecha de retroacción provisional, fijándola de manera definitiva, toda vez que no podrá ser nuevamente impugnada (el TS ha declarado reiteradamente —vid. por todas la STS de 15 de noviembre de 1991— que la fijación de la fecha de retroacción no puede ser discutida en cuantos procedimientos se sostengan con la sindicatura como consecuencia del ejercicio de acciones de retroacción).

Por otra parte, si la fecha provisional no es objeto de variación ni de impugnación, con arreglo a lo expuesto, se convertirá en definitiva. Lo que implica que aquélla ha de ser tenida por válida mientras no se impugne.

De todo esto se sigue que:

* Los acreedores no solicitantes de la declaración de quiebra no están llamados a intervenir en la tramitación previa al auto que la declara y fija *provisionalmente* la fecha de retroacción. Si el auto es objeto de anotación y en ésta se refleja la fecha provisional señalada, no parece que los titulares de las hipotecas anteriores sufran indefensión, ni que se conculque la doctrina de la DGRN acerca de la calificación de documentos judiciales, que —en palabras de la Resolución de 13 de febrero de 1992— debe limitarse «al exclusivo fin de que cualquier titular registral no pueda ser afectado si, en el procedimiento objeto de la resolución, *no ha tenido la intervención prevista por la ley en las condiciones mínimas exigidas, según el caso*, para conseguir que el titular registral no sufra, en el mismo Registro, las consecuencias de una indefensión procesal», toda vez que *en nuestro caso la ley no ha previsto la intervención de los acreedores* en la fase previa a la declaración de quiebra.

Es cierto que el hecho de que el auto de declaración de quiebra, con fijación de fecha de retroacción, se dicte sin citación ni audiencia de los posibles afectados ha dado lugar a serias críticas, fundadas en la posible contravención del artículo 24 CE. Pero también lo es que la STS de 22 de marzo de 1985 rechazó esta acusación, afirmando que la inseguridad jurídica que, indudablemente, produce la nulidad *ipso iure* de los actos afectados por la retroacción no puede elevarse al rango de inconstitucional por atentatoria al derecho fundamental de tutela efectiva, en cuanto que, aunque próxima a

(5) Según la STS de 4 de julio de 1989, la revisión de la fecha de retroacción puede ser solicitada mientras no queden ultimadas las diligencias sobre examen y reconocimiento de créditos.

tal inconstitucionalidad, *ni desconoce el derecho a impugnar la fecha de retroacción al objeto de excluirla total o parcialmente*, ni, en principio, supone la pérdida de los derechos económicos derivados de la referida nulidad.

* La fijación provisional de la fecha de retroacción debe ser tenida por válida mientras no sea impugnada y revisada en los términos ya expuestos (6). La impugnación depende de la voluntad de cada uno de los afectados y su pasividad puede dar lugar a que la fecha provisional se convierta en definitiva. Tampoco en este caso se produciría indefensión, sino simple dejación o abandono de las posibilidades de defensa que brinda la ley. No sufre indefensión quien prescinde o se desentiende voluntariamente de los recursos o mecanismos que la ley le proporciona para salvaguardar sus derechos o intereses.

De aquí que no parezca existir justificación o fundamento suficiente para esa intervención de los titulares de derechos anteriormente inscritos o anotados, que la DGRN exige como requisito para anotar la quiebra con expresión de la fecha provisional de retroacción. Parece más adecuada la solución contraria, es decir, la de permitir la anotación del auto declarativo de la quiebra con todos sus pronunciamientos, toda vez que los titulares anteriores (acreedores hipotecarios en nuestro caso) siguen contando con la posibilidad —que la anotación ni elimina ni condiciona— de impugnar la fecha fijada en el auto.

C) CONSECUENCIAS DEL REFLEJO REGISTRAL DE LA RETROACCIÓN

No parece oportuno entrar aquí en la vieja polémica de si la declaración de quiebra afecta a la capacidad del quebrado o implica una prohibición de disponer y, en consecuencia, si su reflejo registral es asimilable a la inscripción o anotación de incapacidad, a la anotación de prohibición de enajenar (7).

Para la Resolución de 24 de enero de 1979, la anotación de quiebra constituye un *subtipo de las anotaciones de incapacidad*. La Resolución de 14 de noviembre de 1990 niega que, como consecuencia de una ejecución hipotecaria, deban ser canceladas las inscripciones relativas a la declaración de quiebra, toda vez que estas inscripciones no son de aquéllas cuya cancelación pueda proceder *como si de gravámenes no preferentes se tratara*, sino que respecto de ellas se exige providencia ejecutoria dictada por el Juez que la mandó hacer.

(6) También se convierte en definitiva la fecha provisional cuando se desestima la demanda de modificación (STS de 22 de marzo de 1985).

(7) No es útil, a mi juicio, insistir en esta discusión, en cuanto no resulta posible deducir conclusiones definitivas de las insuficientes previsiones legales y reglamentarias. Más razonable parece prescindir de calificaciones genéricas y atribuir a los asientos registrales los efectos que se deriven de las normas sustantivas aplicables a cada situación concursal, siempre que no estén en contradicción con los principios y la función propia de la publicidad registral. En definitiva, tales asientos no están publicando simplemente una limitación de la capacidad de obrar o una prohibición de disponer, sino la situación concursal con todas sus consecuencias, que no sólo afectan a las potestades de gestión patrimonial del afectado, sino también a las posibilidades de actuación de sus acreedores, y que —además— interesa sea conocida por cualquier tercero que tenga o pretenda tener relaciones patrimoniales con el quebrado (o el supuesto, en su caso). Y sin olvidar que la publicidad de las situaciones concursales resulta imprescindible al Registrador para el adecuado ejercicio de la función calificadora.

Y, más recientemente, la Resolución de 1 de abril de 2000 matiza algo más: la inscripción (o anotación preventiva) del auto de declaración de quiebra *no lo es de una carga de la finca o derecho*, sino de una situación subjetiva de su titular que afecta a la libre disposición de sus bienes, si bien *en la medida en que en ellas se recoja la declaración de retroacción* de los efectos de la quiebra, *puede*, en cierto modo y para los actos realizados por el quebrado en dicho período, *asimilarse a una anotación de demanda*.

¿Cuáles son las consecuencias que, para las hipotecas inscritas con anterioridad, se derivan de la anotación de quiebra?

Según la DGRN, la inscripción del crédito hipotecario *queda afectada* por la anotación de quiebra posterior (Resolución de 2 de octubre de 1981), que *cuestiona la eficacia y validez de la hipoteca* (Resolución de 8 de noviembre de 1990) y *pone en entredicho la validez* de los derechos de los acreedores hipotecarios (Resolución de 23 de mayo de 2000, objeto de comentario).

Pero la constatación registral de la declaración de quiebra:

* No publica la existencia de una carga sobre las fincas (Resolución de 1 de abril de 2000).

* No conlleva, por sí sola, ninguna limitación de las facultades del acreedor hipotecario en el ámbito registral. No impediría, por ejemplo, el acceso al Registro de la cesión del crédito, la novación, la subrogación o la cancelación por consentimiento de su titular. Ni sería obstáculo para la iniciación o continuación de procesos de ejecución del crédito hipotecario (art. 568 LEC), ni para la inscripción, en su día, del testimonio del auto de adjudicación (Resoluciones de 8 y 14 de noviembre de 1990 y 12 de abril de 1991).

* Tampoco limita ni condiciona las facultades de disposición y administración del rematante o adjudicatario de la finca.

En cambio, la existencia (o la subsistencia, tras la inscripción de la adjudicación judicial) de la anotación de quiebra:

— Impide la aparición de un tercero protegido por la fe pública registral (Resolución de 2 de octubre de 1981).

— Advierte al tercer adquirente de la situación jurídica en que pueden encontrarse los inmuebles y enerva la protección que les dispensaría el artículo 34 LH (Resolución de 20 de enero de 1986).

— Por lo que la titularidad del rematante o adjudicatario (tras la ejecución hipotecaria) quedaría *condicionada* por la situación de quiebra (Resolución de 1 de abril de 2000).

Pero todo ello, sin limitar ni condicionar —como se ha dicho— las facultades de disposición o administración del rematante de la finca en el proceso de ejecución hipotecaria, que no encontraría obstáculo para la inscripción de los actos o contratos de enajenación, gravamen o mera modificación hipotecaria por él otorgados.

Concretando algo más las consecuencias que para el adjudicatario o rematante tendría la subsistencia de la anotación de quiebra tras la ejecución hipotecaria, cabría decir que la advertencia para el tercer adquirente y el condicionamiento de su titularidad se reducen, en definitiva, a la amenaza de cancelación de su inscripción (y las de sus causahabientes) como consecuencia del ejercicio por parte de los síndicos de las acciones de retroacción.

Ahora bien, en ningún caso tal cancelación podría tener lugar sin una sentencia firme (8), que declare la nulidad del negocio causante de la inscripción (de hipoteca) anterior y ordene la cancelación de tal asiento y de los posteriores que de él traigan causa (9). Y es cierto que todo esto puede conseguirse también en el caso de que la anotación de quiebra no se haya extendido o haya sido cancelada, porque ni la ausencia de la anotación de quiebra, ni su cancelación, ni la inscripción de la finca a favor del adjudicatario en el proceso de ejecución serán obstáculo para que los síndicos puedan solicitar —al amparo del art. 878 del Código de Comercio— la declaración de nulidad del negocio que originó el derecho del titular anterior y de la adjudicación judicial subsiguiente (10), toda vez que, no es preciso para ello que previamente conste en el Registro ni la declaración de quiebra ni la fecha de retroacción.

De modo que —aunque la anotación de quiebra sea cancelada— el adjudicatario no quedaría a cubierto de la eventual impugnación por parte de los síndicos (11), que deberían solicitar la anotación de la deman-

(8) Dictada en juicio declarativo ordinario. Pero téngase en cuenta que la STS de 5 de junio de 1999, atribuye al Juez de la quiebra el conocimiento de las acciones de retroacción (art. 1.322 LEC).

No cabe practicar la cancelación en virtud del testimonio de un auto dictado en el expediente de quiebra necesaria: Resolución de 20 de enero de 1986.

(9) Parece condenada al fracaso la acción de nulidad dirigida exclusivamente (al amparo del art. 878 del Código de Comercio) contra el rematante o adjudicatario en el proceso de ejecución hipotecaria, a fin de obtener la cancelación de su inscripción. Y ello porque la adjudicación judicial forzosa no constituye un negocio de disposición derivado de la voluntad del quebrado, sino un acto de autoridad dimanante de la potestad jurisdiccional.

Las Resoluciones de 25 de marzo y 1 de abril de 2000 declaran que las deudas tributarias no se ven afectadas por la retroacción de la quiebra, de modo que la adjudicación derivada del apremio administrativo no debe quedar condicionada por la situación de quiebra del deudor ejecutado, y la anotación de quiebra, extendida después de la del embargo administrativo, debe ser cancelada.

Pienso que lo mismo debe ocurrir con los apremios por deudas a la Seguridad Social. Y también cuando se ejecute una sentencia dictada por un Juzgado de lo Social condenando al pago de salarios protegidos por el artículo 32 ET (vid. para éstos, la Resolución de 13 de noviembre de 1997).

Pero la situación es diferente cuando se trate de ejecuciones hipotecarias, toda vez que si la constitución del derecho de hipoteca es nula, nula será también la enajenación que la hipoteca provoca, y si lo que procede es la rescisión de la hipoteca, el tercero que adquiera después de que la causa de rescisión conste en el Registro sufrirá las consecuencias de la rescisión (Resolución de 8 de noviembre de 1990). Vid. también las Resoluciones de 14 de noviembre de 1990 y 12 de abril de 1991, así como la STS de 18 de noviembre de 1993, relativa a un supuesto en que la demanda de nulidad se fundamentaba en la Ley de Usura.

(10) La STS de 7 de julio de 1998 (encuadrable en la tendencia jurisprudencial más progresista que rechaza la interpretación del art. 878 del Código de Comercio como establecedor de la sanción de nulidad absoluta) declara, no obstante, que el perjuicio a la masa de acreedores no sólo se entiende producido cuando hay un detrimento patrimonial o disminución del haber de la masa del quebrado, sino también cuando se constituye una garantía hipotecaria a favor de un acreedor común, porque con ello se altera la situación del crédito, ahora con mejor graduación, con evidente ruptura del principio *par conditio creditorum*.

(11) En principio, la legitimación activa para el ejercicio de las acciones de retroacción corresponde exclusivamente a los síndicos, previa autorización del comisario,

da (12), a fin de asegurar la eficacia de la sentencia que recaiga en su día, frente a la posibilidad de aparición de adquirentes posteriores que inscriban su derecho.

D) ¿CUÁLES SERÍAN LOS EFECTOS DE LA ANOTACIÓN DE QUIEBRA «MODALIZADA» QUE PROPONE LA RESOLUCIÓN?

El FD cuarto de la Resolución comentada resuelve la cuestión planteada sosteniendo que «la solución bien puede ser la *extensión* de la anotación de quiebra *con especificación de la fecha provisional de retroacción*, pero destacando en la propia anotación que se produce *en todo su contenido sin menoscabo de los derechos* recayentes sobre la finca en cuestión, *inscritos o anotados con anterioridad*».

Desde luego, la frase «sin menoscabo...» (que debe figurar en toda certificación o nota simple informativa) constituye una fuente de dudas para quien pretenda conocer el contenido del Registro. Pero tampoco el Registrador se verá libre de ellas a la hora de calificar los documentos que se presenten con posterioridad, toda vez que nos encontramos con un asiento que produce efectos diferentes en función de los actos o de los titulares registrales de que se trate. La anotación, extendida en los términos que el Centro directivo indica:

a) Tendrá relevancia «a la hora de inscribir los actos realizados por el quebrado con anterioridad a la declaración de la quiebra y que no hubieran aún accedido al Registro», dice la Resolución.

b) También la tendrá para la calificación de cualquier otro acto o negocio otorgado por el quebrado con posterioridad a la declaración de quiebra.

aunque la jurisprudencia la ha reconocido también al depositario, en supuestos excepcionales de urgencia. No se reconoce, en cambio, al quebrado ni a los acreedores con carácter individual, quienes podrán acudir al comisario o elevar su queja al Juez de la quiebra. La legitimación pasiva corresponde al quebrado, a quienes con él contraten y a los subadquirentes, en su caso.

Si se entiende que el artículo 878 del Código de Comercio establece un sistema de nulidad radical y absoluta, las acciones de retroacción serían imprescriptibles. Si se considera que regula una acción de naturaleza rescisoria (sin necesidad de concurrencia de fraude, bastando la existencia de perjuicio para la masa de acreedores, que se presumiría) se aplicaría el plazo general de caducidad de las acciones rescisorias (cuatro años), surgiendo entonces el problema de determinar el día inicial del cómputo del plazo. Parece adecuada la solución que proponen CERDÁ ALBERO y SANCHO GARGALLO (*Curso de Derecho Concursal*, Colex, Madrid, 2000, pág. 155) de entender que el plazo comienza cuando los síndicos aceptan su nombramiento, pues es entonces cuando pueden conocer el acto perjudicial y accionar contra él.

(12) Que no debe encontrar obstáculos. La Resolución de 8 de noviembre de 1991 (para un supuesto de demanda incidental interpuesta por la sindicatura ante el Juzgado de la quiebra, solicitando la alteración de la fecha de retroacción inicialmente fijada), se mostró favorable a la anotación en cuanto la demanda había sido dirigida, no sólo contra el quebrado y los acreedores conocidos, sino también contra el titular registral de la finca sobre la que ha de recaer la anotación, preocupándose de resaltar que estamos ante una anotación encuadrable dentro del ámbito del artículo 42.1.º LH, dirigida —entre otros— contra el titular registral de la finca, por lo que aparecen satisfechas las exigencias del tracto sucesivo y el postulado genérico de protección jurisdiccional de los derechos.

c) Pero no la tendrá —al parecer— frente a los titulares de los derechos inscritos o anotados con anterioridad, puesto que —según la Resolución— la anotación «se produce en todo su contenido sin menoscabo» de tales derechos.

¿Se está queriendo decir que para estos titulares la anotación de quiebra no existe en absoluto o que existe en cuanto publica la declaración de quiebra, pero no en cuanto a la fecha de retroacción?

Aunque la denegación parcial se refería exclusivamente al «pronunciamiento judicial sobre retroacción de la quiebra», da la impresión de que el Centro Directivo va más allá, al permitir la práctica de la anotación, destacando en ella que «se produce en todo su contenido» (es decir, incluyendo la declaración de quiebra) sin menoscabo de aquellos derechos.

Si esto es así, la anotación de quiebra no existiría para los titulares de derechos ya inscritos o anotados. Y, cuando se trate de titulares de inscripciones de hipoteca, la consecuencia sería que la inscripción del auto de adjudicación derivado de la ejecución hipotecaria llevaría consigo (aportando el correspondiente mandamiento) la cancelación de la anotación de quiebra, a diferencia del criterio de no cancelación sostenido por las Resoluciones de 8 y 14 de noviembre de 1990 y 12 de abril de 1991. Si no fuera así, se produciría indirectamente «menoscabo» del derecho del acreedor hipotecario, al repercutir en el rematante un «condicionamiento» que no afecta al crédito ejecutado.

La inscripción a favor del rematante no quedaría, por tanto, «condicionada» por la situación de quiebra (13), aunque esto no impediría —como se ha dicho— el ejercicio por los síndicos de acciones de retroacción, dirigiendo la demanda contra el acreedor hipotecario, el adjudicatario en la ejecución hipotecaria y quienes de éste traigan causa, con la carga de solicitar la anotación de la demanda en previsión de la aparición de terceros no demandados. El resultado final dependería del criterio que, en definitiva, triunfe en el TS acerca de la aplicación del artículo 878 del Código de Comercio (14).

(13) Sólo hasta cierto punto, toda vez que la anotación de quiebra con fecha de retroacción —aunque sea con salvedades o advertencias— figurará en la certificación de cargas obrante en los autos a disposición de los futuros licitadores, de modo que quien se convierta en adjudicatario difícilmente podrá alegar desconocimiento de la situación concursal en el eventual juicio declarativo que promuevan los síndicos ejercitando acciones de retroacción. Cabría asimilar su situación a la de quien conoce por medios extrarregistrales la declaración de quiebra no inscrita.

(14) El problema subyacente es el de la nulidad radical y absoluta de los actos dispositivos realizados por el quebrado durante el período de retroacción, los medios de defensa con que cuenten los terceros en relación con la fijación de la fecha de retroacción y la protección que a aquéllos pudiera brindar, en su caso, el artículo 34 LH.

En la jurisprudencia del TS coexisten dos criterios no coincidentes: La postura tradicional (sentencias de 17 de marzo de 1958, 25 de mayo de 1982, 28 de enero y 22 de marzo de 1985, 17 de marzo y 9 de mayo de 1988, 24 de octubre de 1989, 15 de noviembre de 1991, 13 de marzo de 1993 y 20 de octubre de 1994) viene sosteniendo que la nulidad proclamada por el artículo 878 del Código de Comercio es una nulidad absoluta, intrínseca y radical que se produce sin necesidad de expresa declaración judicial (sólo necesaria en caso de que un tercero se oponga a ella), con independencia de la buena o mala fe de los terceros, que no puede ser subsanada por la inscripción en el Registro de la Propiedad, dada la inoperancia de los artículos 33, 34 y 37 LH, y afecta, en consecuencia, tanto a los adquirentes directos como a los subadquirentes del quebrado. El tercero afectado por la retroacción estará obligado a la restitución íntegra, sin

E) INCIDENCIA DE LA NUEVA LEC EN ESTA MATERIA

Aunque quizá sea prematuro aventurar opiniones acerca de si las previsiones de la nueva LEC deben o pueden conllevar modificaciones sustanciales con relación a la subsistencia o cancelación de las anotaciones de quiebra o de demanda de nulidad promovidas por los síndicos, hay que tener en cuenta como punto de partida que:

poder requerir a su vez la restitución de la prestación que realizó en beneficio del quebrado, sino que deberá insinuarse como acreedor concursal en la masa de la quiebra.

Las fuertes críticas vertidas contra esta interpretación (que choca con las exigencias de protección del tráfico jurídico y conlleva la inaplicación de normas hipotecarias, desamparando al tercero de buena fe, que recibe un tratamiento claramente injusto) han dado lugar a otra orientación más flexible y matizada, representada, entre otras, por las STS de 12 de marzo y 20 de septiembre de 1993, en las que se afirma que «la posible eficacia radical del artículo 878 del Código de Comercio es susceptible de interpretarse como relativa cuando no se da prueba de que los actos de dominio y administración realizados por el quebrado o, en su caso, por medio de personas interpuestas, perjudiquen a la masa de la quiebra»; se rechaza la aplicación automática del criterio de nulidad a las adquisiciones directas del quebrado; y se inclina a favor de corregir el rigor del texto literal del artículo 878 del Código de Comercio cuando los actos de transmisión o administración no afecten o no sean contrarios a los intereses de los acreedores.

No obstante, las vacilaciones continúan. Las STS de 11 de noviembre de 1993, 25 de octubre y 2 de diciembre de 1999, 16 de febrero, 22 de mayo y 12 de junio de 2000, vuelven al criterio tradicional, insistiendo en declarar que la fe pública registral no puede sanar o convalidar un contrato nulo por encontrarse dentro del período de retroacción de la quiebra. La de 22 de mayo de 2000, hace una exposición detallada del problema, declarando que:

— Si se atiende a la jurisprudencia de los diez últimos años, se comprobará el dominio casi absoluto del criterio estricto o rigorista, de nulidad radical, por ministerio de la ley, de todos los actos de disposición del quebrado incluidos en el período de retroacción.

— La interpretación más reflexiva de la STS de 20 de septiembre de 1993 es claramente minoritaria y contradicha por sentencias posteriores.

— Como regla general, se afirma la inoperancia del artículo 34 LH frente al 878 del Código de Comercio.

— La adquisición de quien contrata directamente con el quebrado no está amparada por el artículo 34 LH, sino que queda sometida a lo dispuesto en el artículo 33 LH.

— La aplicación del artículo 34 LH a los subadquirentes acabaría con la eficacia del artículo 878 del Código de Comercio (bastaría que el adquirente directo del quebrado transmitiera rápidamente a tercero de buena fe que inscribiera su derecho).

— La protección que brinda el artículo 34 LH es de muy difícil incidencia en régimen del artículo 878 del Código de Comercio, porque el derecho de quien transmite al tercero no se anula o resuelve por una causa que pudiera constar en el Registro, sino por la sola circunstancia de haber adquirido durante el período de retroacción, de suerte que en rigor no cabría hablar de «inexactitud del Registro».

Pero, además, hace constar la sentencia que las operaciones enjuiciadas habían sido perjudiciales para la masa de acreedores.

Y lo curioso es que otra STS, dictada el 14 de junio de 2000, vuelve a sostener la tesis más moderna y progresista, afirmando que, si bien el artículo 878 del Código de Comercio dispone la nulidad de los actos de dominio y administración del quebrado, «la nulidad no alcanza al acto de disposición que no ha realizado el quebrado, sino el adquirente de éste, es decir, se protege al subadquirente, que es el único verdadero tercero hipotecario, con los demás requisitos del artículo 34 LH al que se le aplica el principio de fe pública registral».

a) En el artículo 568 se recogen, con bastante claridad, dos normas esenciales:

* Como regla, la ejecución debe suspenderse en el estado en que se halle en cuanto le sea notificado al Juez que el ejecutado se encuentra en suspensión de pagos, concurso o quiebra. Procederá la acumulación del proceso de ejecución al universal (art. 98 LEC), de modo que el primero no llegará a la subasta y remate de los bienes embargados, ni se aplicarán las normas sobre inscripción de la adjudicación y cancelación de asientos. Todas ellas quedarán sustituidas por las disposiciones que rigen las actuaciones del juicio universal.

* No ocurrirá lo mismo cuando se trate de ejecuciones que se dirijan exclusivamente contra bienes previamente hipotecados. No procede la acumulación (art. 98.1.2.º II). La situación de quiebra no representa impedimento para iniciar ni para continuar la ejecución hipotecaria (sin perjuicio de remitir el remanente, si lo hubiere, al procedimiento concursal). Téngase en cuenta: por una parte, que con esta previsión la LEC se limita a remover posibles obstáculos a la ejecución, sin hacer referencia alguna a la fecha de constitución de la hipoteca, por lo que no excluye la ejecución de las constituidas durante el período de retroacción; y por otra, que no se hace pronunciamiento alguno acerca de la validez y eficacia de la hipoteca ejecutada (en función de la fecha de su constitución), que es materia ajena a la Ley procesal.

b) Finalizada la ejecución hipotecaria y llegado el momento de inscribir la adjudicación y cancelar los asientos posteriores, el nuevo artículo 131 LH dispone que las anotaciones preventivas de demanda de nulidad de la propia hipoteca quedarán canceladas, mediante el correspondiente mandamiento, siempre que sean posteriores a la nota marginal de expedición de la certificación de cargas. Luego, tales anotaciones han de subsistir cuando sean anteriores a la referida nota marginal.

¿*Quid iuris* en cuanto a las anotaciones de quiebra o las de demanda de nulidad entabladas por los síndicos?

GÓMEZ GALLIGO (15), con relación a las *anotaciones de quiebra*, entiende que «la ejecución hipotecaria debe determinar la cancelación de las anotaciones de quiebra posteriores a la hipoteca, sean anteriores o posteriores a la nota marginal de expedición de certificación de cargas, y estén o no comprendidas las hipotecas dentro del período de retroacción».

Según AVILA NAVARRO (16), la nueva previsión legal parece cambiar la línea comprendida por la Resolución de 8 de noviembre de 1990.

RAMÓN CHORNET (17) critica que la LEC distinga, a los efectos de subsistencia o cancelación, entre anotaciones de demanda de nulidad anteriores o

Ante la persistencia dentro del TS de esta duplicidad de criterios, es de temer que no se alcance una solución definitiva hasta que se publique la tantas veces «anteproyectada» Ley Concursal, si es que llega a ser realidad el nuevo proyecto encargado al Gobierno por la Disposición Final decimonovena de la nueva LEC.

(15) «La normalización del Derecho Hipotecario Procesal», en *RCDI*, núm. 659, mayo-junio de 2000, pág. 1913.

(16) «La certificación de cargas y el mandamiento de cancelación en el procedimiento de ejecución directa sobre los bienes hipotecados», en *RCDI*, núm. 657, enero de 2000, pág. 659.

(17) *La oposición a la ejecución hipotecaria en la nueva LEC*, ponencia presentada en el Curso sobre ejecución, procesos hipotecarios y aspectos registrales de la nueva

posteriores a la certificación de cargas, lo que, a su juicio, no tiene sentido, porque ¿qué ocurriría —se pregunta— si el anotante posterior se preocupa de poner en conocimiento del Juez la interposición de la demanda de nulidad y solicita que la finca salga a subasta con la correspondiente advertencia?

Para esta situación (anotación de demanda posterior a la certificación) debe tenerse en cuenta, además, que el Registrador (con arreglo al nuevo art. 135 LH) debe comunicar al Juez la extensión —después de librada la certificación de cargas— de la anotación de demanda de nulidad de la hipoteca.

DÍAZ FRAILE (18) observa, con razón, que la subsistencia, tras el auto de adjudicación, de las anotaciones de demanda de nulidad de la hipoteca, venía a ser una consecuencia de la doctrina del TC sobre la constitucionalidad del procedimiento judicial sumario, basada fundamentalmente en que el derogado artículo 132 LH permitía la presentación por parte de cualquier interesado de cualquier reclamación, incluso las que versen sobre nulidad de la hipoteca, con plenitud de cognición, controversia y garantías procesales. Y es evidente que no existe «plenitud de garantías procesales» cuando desaparece la medida cautelar que representa la anotación preventiva de demanda, en cuanto la cancelación de la anotación conllevaría la imposibilidad de recuperar la finca si, antes de que se dicte la sentencia, aparece un titular registral que haya adquirido a título oneroso y de buena fe del rematante.

Esta doctrina del TC —añade— se resiente ahora con la nueva previsión legal de cancelación de las demandas de nulidad de la hipoteca que se hayan extendido después de librada la certificación de cargas (nuevo art. 131 LH).

c) A manera de resumen y como primera aproximación al problema, podrán hacerse algunas distinciones:

- * Deben ser canceladas las anotaciones preventivas, sean del auto declarativo de la quiebra, sean de nulidad de la hipoteca en ejercicio de acciones de retroacción, siempre que hayan sido extendidas con posterioridad a la nota marginal de expedición de la certificación de cargas.

- * Deben subsistir las anotaciones de demanda de nulidad de la hipoteca entabladas al amparo del artículo 878 del Código de Comercio, cuando sean anteriores a la referida nota marginal.

- * Es dudoso si deben subsistir o ser canceladas las anotaciones de declaración de quiebra, extendidas con anterioridad a la repetida nota marginal en que se fije una fecha de retroacción anterior a la constitución de la hipoteca ejecutada, toda vez que tales anotaciones ponen en entredicho la eficacia y validez de la hipoteca (Resoluciones de 8 y 14 de noviembre de 1990 y 12 de abril de 1991) y «en la medida en que en ellas se recoja la declaración de retroacción de los efectos de la quiebra a una determinada fecha, puede, en cierto modo y para los actos realizados por el quebrado en dicho período, asimilarse a una anotación de demanda» (Resolución de 1 de abril de 2000).

- * En todo caso, respecto de las anotaciones —de quiebra o de demanda de nulidad— practicadas después de librar la certificación de cargas, de la que

LEC —celebrado en Madrid los días 18 a 20 de octubre último—, pendiente de publicación.

(18) *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por M. Albaladejo, Edersa, Madrid, 2000, t. VII, vol. 7.º, págs. 379-381 y 478-479.

el Juez de la ejecución haya tenido conocimiento (a través de los síndicos o por la comunicación registral), parece lo más adecuado no proceder a su cancelación, si se ha hecho constar su existencia en los anuncios de la subasta o —con mayor razón— si el mandamiento cancelatorio las excluye expresamente.

R. R. T.

ESTADO CIVIL. OMISION RESPECTO DE UN APODERADO.—LA OMISION DE LA EXPRESION DEL ESTADO CIVIL DEL APODERADO NO PUEDE CONSIDERARSE DEFECTO QUE IMPIDA LA INSCRIPCION, POR SER UN DATO IRRELEVANTE Y NO CONDICIONAR LA EFICACIA DEL PODER. (RESOLUCIÓN DE 14 DE JULIO DE 2000. BOE DE 26 DE AGOSTO DE 2000.)

RESOLUCION de 14 de julio de 2000, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso gubernativo interpuesto por el Notario de Valencia, don Rafael Gómez-Ferrer Sapiña, frente a la negativa del Registrador Mercantil, número 1 de la misma capital, don Rodolfo Bada Maño, a inscribir una escritura de poder.

En el recurso gubernativo interpuesto por el Notario de Valencia, don Rafael Gómez-Ferrer Sapiña, frente a la negativa del Registrador Mercantil, número 1 de la misma capital, don Rodolfo Bada Maño, a inscribir una escritura de poder.

Hechos.—I. En escritura que autorizó el Notario de Valencia, don Rafael Gómez-Ferrer Sapiña, el 25 de julio de 1997, la sociedad «Regalos Gady, Sociedad Limitada», representada por su administradora única, doña María del Carmen García Díaz, otorgó poder, con determinadas facultades, a favor de «Doña María del Carmen Gaspar García, mayor de edad, vecina de Valencia (Gorgos, núm. 11, 24-B) con documento nacional de identidad número 29.157.066-N».

II. Presentada copia de dicha escritura en el Registro Mercantil de Valencia, fue calificada con la siguiente nota: «El Registrador Mercantil que suscribe, previo examen y calificación del documento precedente de conformidad con los artículos 18-2 del Código de Comercio y 6 del Reglamento del Registro Mercantil ha resuelto no practicar la inscripción solicitada por haber observado el/los siguiente/s defecto/s que impiden su práctica: Falta la circunstancia relativa al estado civil del apoderado que exige para su inscripción el artículo 38 del Reglamento del Registro Mercantil. Defecto de carácter subsanable. Contra la presente 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 veintiocho de septiembre de mil novecientos noventa y ocho. El Registrador número 1. Fdo.: Rodolfo Bada Maño».

III. El Notario autorizante de la escritura interpuso recurso gubernativo frente a dicha calificación, alegando: que si bien la norma reglamentaria citada en la nota exige cuando se haya de hacer constar la identidad de una

persona física que se consigne, entre otros datos, su estado civil, dicha norma no constituye una ínsula en el Ordenamiento jurídico, sino que debe integrarse en él tras una interpretación teológica conforme al artículo 3.1 del Código Civil; que el estado civil de un apoderado no es circunstancia que lo identifique, ya que su mención fue suprimida de los documentos nacionales de identidad, únicos que acreditan la identidad de la persona, por lo que la exigencia del Reglamento del Registro Mercantil tan sólo estaría justificada en el caso de un acto para el que el estado civil afectase al interesado, su cónyuge de estar casado o a terceros, pero en todo caso no porque sea un dato de identificación, pues nada hay más cambiante en la sociedad actual que el estado civil; que el poderdante puede desconocer el estado civil del apoderado y el impedir en tal caso su acceso al Registro contradice gran número de normas del ordenamiento jurídico, pues: supone un límite a la capacidad de obrar, en este caso de una persona jurídica reconocida en el artículo 38 del Código Civil, sin que tal límite esté establecido en una norma de igual rango; supone una violación del derecho a la intimidad personal que puede conculcar lo establecido en la Ley Orgánica 1/1982, revelando a terceros un dato que sin ser trascendente puede interesar mantener reservado; y que hasta qué punto se manifiesta su irrelevancia lo pone de manifiesto el hecho de que una persona puede haber cambiado de estado civil incluso en el intervalo que va desde el otorgamiento de la escritura a la expedición de su copia; finalizaba solicitando que de mantenerse la calificación se elevase el expediente a este Centro.

IV. El Registrador decidió mantener su calificación y elevar el expediente a esta Dirección General, fundándose en los siguientes argumentos: que la interpretación finalista del artículo 38 del Reglamento del Registro Mercantil, que propugna el recurrente, choca con la dificultad de captar la mente del legislador en un supuesto como éste en que hay una expresión clara y directa; que dicha norma tiene por finalidad indicar al Registrador la forma en que deben identificarse en los asientos los sujetos inscribibles, por lo que excluir datos o circunstancias concretas crearía inseguridad en su aplicación al distinguir allí donde la ley no lo hace; que aunque es evidente que no todas las personas que intervienen o son afectadas por un acto inscribible deben ser consideradas de igual forma respecto a su individualización registral, como puso de manifiesto la Resolución de 20 de abril de 1998, esta solución no puede estar fundamentada en otro criterio que la trascendencia societaria del sujeto que interviene o es afectado, y la identidad de un apoderado con facultades generales tiene una importancia real o práctica semejante a la de los representantes orgánicos; que el apoderado, persona física, es uno de los elementos personales de la relación jurídica que subyace bajo la declaración de voluntad unilateral que constituye el poder mercantil, cuya identidad es relevante; que no son admisibles los razonamientos sobre limitación de capacidad del poderdante, ni la falta de constancia del estado civil en el documento nacional de identidad, pues en tal caso sobraría, por ociosa, la norma reglamentaria; finalmente, que frente al argumento de la posible vulneración del derecho a la intimidad personal, no compete al Registrador apreciar la vigencia de una norma reglamentaria o su contradicción con otra de rango superior, amén de que la necesidad en el tráfico mercantil de revelar ciertos datos personales como la profesión o la nacionalidad se da en otros casos, sin que tampoco quepa admitir el argumento sobre la variabilidad del estado civil, pues la calificación registral se ha de referir al momento del otorgamiento del título a inscribir.

Fundamentos de Derecho.—Vistos el artículo 98 del Reglamento del Registro Mercantil, y la Resolución de 20 de abril de 1998.

1. Se plantea en el presente recurso si el estado civil de un apoderado general de una sociedad mercantil es un dato necesario a efectos de la inscripción de la escritura de poder en el Registro Mercantil.

El artículo 38 del Reglamento de dicho Registro, con una evidente finalidad de economía normativa, regula en términos generales las circunstancias relativas a la identidad de las personas que han de constar en las inscripciones registrales, y entre ellas, tratándose de personas físicas, enumera «el estado civil». La interpretación de dicha norma, que como la de todas ha de hacerse en función de su espíritu y finalidad (art. 3.1 del Código Civil), no puede conducir a extender tal exigencia a casos innecesarios. El estado civil, aunado en el caso de personas casadas al régimen económico matrimonial, puede ser en ocasiones relevante, bien para calificar, por ejemplo, el poder de disposición sobre los bienes aportados a una sociedad, o publicar frente a terceros aquel régimen respecto de quien pueda resultar responsable patrimonialmente como empresario individual (confróntense a este respecto las mayores exigencias que contempla el art. 87.6.º del mismo Reglamento), o del socio colectivo de una sociedad personalista. Frente a ello, son muchos los supuestos, como el presente de un apoderado general, en que dicho dato es irrelevante, pues no contribuye a una mejor identificación de las personas, habida cuenta de la mutabilidad del estado civil, y su constancia, que puede resultar de la simple manifestación del interesado (cfr. art. 363 del Reglamento de la Ley del Registro Civil) puede faltar sin que tenga que ser necesariamente suplida en el supuesto de negocios unilaterales, como el apoderamiento, por un tercero como el poderdante que puede desconocer o conocer equivocadamente tal circunstancia, sin que ello pueda condicionar la eficacia del poder.

Esta Dirección General ha acordado estimar el recurso revocando la decisión apelada.

Madrid, 14 de julio de 2000.—La Directora, *Ana López-Monís Gallego*.

Sr. Registrador Mercantil de Valencia, número 1.

COMENTARIO

Plantea la citada Resolución un problema de gran trascendencia en orden a los requisitos de identificación de las personas que intervienen en documentos sujetos a inscripción en el Registro Mercantil; y no por lo que en sí tiene de importante cualquier dato relativo a tal identificación, sino por la inseguridad que transmite en orden a la aplicación de las normas del Reglamento del Registro Mercantil en la calificación.

El supuesto de hecho es muy sencillo. Se presenta a inscripción una escritura de poder general y en los datos de identificación del apoderado se omite la circunstancia relativa a su estado civil. El Registrador suspende la inscripción por no constar tal circunstancia exigida por el artículo 38 del Reglamento. Efectivamente el indicado precepto dispone que: «*Cuando haya de hacerse constar en la inscripción de identidad de una persona física, se consignarán los siguientes datos:*

- 1.º El nombre y apellidos.
- 2.º *El estado civil...*»

La norma es clara y contundente. En el Registro ha de hacerse constar la identidad del apoderado y como dato impuesto por tal disposición ha de consignarse el estado civil. El Registrador simplemente se limita a aplicar la norma reglamentaria cumpliendo lo dispuesto en el artículo 58-2 del mismo Reglamento cuando dice: «*Del mismo modo apreciará la omisión o la expresión sin claridad suficiente de cualquiera de las circunstancias que necesariamente deba contener la inscripción...*» Pues bien, si según el artículo 38 el estado civil es circunstancia a contener la inscripción y esta circunstancia se omite, el Registrador tiene que atenerse a lo que dispone el Reglamento en su artículo 62-3, es decir, extender nota fechada y firmada expresando el defecto, su naturaleza subsanable o insubsanable y la disposición en que se funda, preceptos que aparecen perfectamente observados en la nota de calificación. La cuestión es tan clara que jamás podría uno imaginar la existencia de un recurso para tal cuestión, pero sin embargo el recurso se plantea y la Resolución estima el recurso y revoca la decisión del Registrador.

La primera consideración que nos viene a la mente es la aplicación del artículo 2 del Código Civil en su apartado 2, cuando nos dice: «*Las leyes sólo se derogan por otras posteriores*»; y es claro que cuando el precepto habla de leyes no lo hace en sentido estricto, sino en el de cualquier norma jurídica, y hasta el momento presente ninguna norma posterior ha derogado el artículo 38 del Reglamento. Tal norma no es un precepto creado por el vigente Reglamento, pues el mismo artículo del Reglamento de 29-12-1989 ya tenía idéntico contenido, sin que hasta la fecha haya creado ningún problema, planteándose ahora su necesidad. Volveremos después sobre este punto, dada la importancia que puede tener en relación a otras cuestiones, ya que ahora lo procedente es examinar las razones que se aducen para esta derogación parcial, ya que no es para todo tipo de personas, sino exclusivamente para los apoderados, ya que la aplicación de la Resolución no puede tener un carácter extensivo.

El Notario, dice la Resolución, en la interposición alega que tal norma no puede interpretarse como una ínsula en el ordenamiento jurídico, sino que debe integrarse en él tras una interpretación teológica (sic), conforme al artículo 3-1 del Código Civil, y la Dirección, recogiendo tal postura, nos dice: «*La interpretación de dicha norma, que como la de todas ha de hacerse en función de su espíritu y finalidad (art. 3.1 del Código Civil), no puede conducir a extender tal exigencia a casos innecesarios*». A nuestro modesto juicio, quizá disminuido por la edad, se sufre un desenfoque total de la cuestión. Aquí no nos encontramos con un problema de interpretación. La norma es de una claridad meridiana y no es posible interpretarla de otra manera que en la de que tal circunstancia ha de constar en la inscripción. Recordemos el aforismo de que «*in claris non fit interpretatio*» y no cabe aquí distinguir entre la voluntad del legislador y la que resulta de las palabras empleadas, pues ambas son coincidentes. La voluntad del legislador es que conste el estado civil y esto es precisamente lo que hacen las palabras empleadas, luego no estamos ante ninguna cuestión referente a la interpretación de tal norma, sino ante una derogación parcial de la misma como consecuencia de una Resolución.

Se alega igualmente que tal mención ha desaparecido de los DNI (argumento que no recoge la Resolución), lo cual carece en absoluto de trascenden-

cia a los efectos registrales, pues no necesariamente han de coincidir unas y otras circunstancias, pues si se considera que las del DNI son las que realmente identifican a la persona, tal como dice el Notario, habría que exigir el lugar y fecha de nacimiento y el nombre de los padres, que igualmente constan en aquél (y como dato anecdótico debo señalar que tengo tres hijos y sus nombres y apellidos son idénticos a los de los tres hijos de mi hermano, con lo que el nombre de los padres se convierte en requisito fundamental para distinguirlos, así como la fecha de nacimiento).

Se sigue manifestando que el estado civil de la persona puede haber cambiado, incluso en el tiempo que media entre el otorgamiento de la escritura y la expedición de la copia, por lo que tal mención resulta carente de utilidad. Tampoco el argumento es válido para motivar una derogación indirecta del precepto. En la misma situación de posible cambio se encuentra el domicilio y tanta trascendencia tiene el uno como el otro. En la práctica he visto escrituras en las que el acuerdo de nombramiento expresa un domicilio y en el otorgamiento de la escritura, realizada unos días después, aparece otro porque el otorgante lo ha cambiado y a lo largo de mi dilatada actividad profesional no he visto jamás que una vez inscrito un nombramiento o un poder se haya presentado documento alguno que pretendiese la inscripción de la modificación del estado civil o del domicilio de un administrador o apoderado.

También se dice que tal dato puede suponer una violación del derecho a la intimidad que puede conculcar lo establecido en la Ley Orgánica 1/1982, mas como bien dice el Registrador en su decisión, no compete al mismo la apreciación de la vigencia de una norma reglamentaria o su contradicción con otra de rango superior, a lo que añadiríamos nosotros que si tal violación se produce, no sólo debería afectar a los apoderados, sino a cualquier otra persona, como administradores, socios a quienes se restituyen aportaciones, supuestos de reducción de capital, adjudicación en la liquidación de la sociedad, etc.; y la propia resolución reconoce que tal dato es necesario y relevante en aquellos supuestos que cita (aportaciones, responsabilidad patrimonial como empresario o socio colectivo de sociedad personalista, etc.), con lo que la propia Resolución desvirtúa tal argumento.

La única razón que alega la Resolución es que en el caso del poder el dato es irrelevante, habida cuenta de la mutabilidad de tal estado y de que el desconocimiento de tal circunstancia no condiciona la eficacia del poder. Pobres argumentos, a nuestro modesto juicio, pues también los apoderados pueden incidir en responsabilidades patrimoniales en su actuación y que la mutabilidad, como hemos dicho anteriormente, también afecta a otros datos como el domicilio. Pero que al legislador no le ha parecido irrelevante tal dato, lo demuestra el que en la redacción del actual Reglamento se ha suprimido un dato que exigía el anterior, como era la fecha de nacimiento, que sólo se conserva para los menores y si hubiese considerado que el estado civil era irrelevante lo hubiese suprimido, tal como ha hecho con el anterior citado.

Mas, como anteriormente apuntábamos, la cuestión que se plantea ahora a los Registradores Mercantiles es la de dilucidar cuáles de las circunstancias del artículo 38 son las que deben exigir en los documentos que se presentan a inscripción, pues si desaparece el estado civil, ¿por qué no también el domicilio, o el NIF?, y si esto sólo es aplicable a los poderes o también a los nombramientos y demás actos a que hacíamos antes referencia. Los criterios pueden ser tantos como Notarios y Registradores, lo cual no conduce a ninguna solución práctica, sino al contrario. Si el Reglamento está mal, lo correc-

to es que se modifique el Reglamento. Lo que no nos parece correcto es que se haga por la vía de una Resolución con los problemas que conlleva, pues el artículo 2 del Código Civil sigue ahí vivo y coleando.

Claro que se nos dirá que no es la primera vez que esto ocurre, lo cual no significa que el procedimiento sea acertado. Recordamos aquí la Resolución de 15-9-92.

En la nota de calificación de tal escritura se señalaba como segundo defecto el siguiente: «No contener los Estatutos la forma de deliberar de la Junta, exigida por el artículo 174-9 del Reglamento del Registro Mercantil». Efectivamente, el citado precepto del Reglamento, vigente en tal momento, establecía que «En la inscripción primera de las sociedades de responsabilidad limitada deberán constar necesariamente... el modo de deliberar de la Junta». No vamos a reproducir ahora los argumentos de la Registradora ante una expresión tan categórica como la de que tal circunstancia ha de constar necesariamente en la inscripción, pues ello está al alcance de cualquiera, pero sí traemos a colación tal Resolución porque, entre otras de parecido contenido, ésta ha cobrado una relevancia actual como vamos a ver. La Resolución revocó el defecto alegando que su exigencia conduciría bien al establecimiento de previsiones inútiles por falta de efectivo contenido o bien a la formulación de regulaciones rígidas o demasiado casuísticas que en definitiva acabarían entorpeciendo más que facilitando el desenvolvimiento mismo de esas reuniones.

Pues bien, la cuestión adquiere ahora una relevancia actual, porque frente a esta doctrina se alza la posición del propio legislador que la desautoriza y no sólo para las Juntas, sino también para las sesiones del Consejo de Administración de las S.L. Así los artículos 126-1 y 186-6 del Reglamento exigen la expresión de la forma de deliberar la Junta para las S.A. y S.L., respectivamente, y el artículo 185-5 igualmente lo exige para las sesiones del Consejo en las S.L. Esto quiere decir que el legislador no ha considerado acertada la doctrina de la Resolución, por lo que no sólo ha mantenido la norma en el actual Reglamento, sino que además la ha ampliado a otro supuesto. Frente a ello cabe preguntarse ahora si planteado nuevo recurso ante tal cuestión prevalecería la doctrina de la Resolución o la norma reglamentaria.

Cierto que el argumento de la Resolución no era de gran consistencia. Es evidente que en la mayoría de los casos las Juntas se desenvuelven sin grandes problemas, con lo que tal previsión no tiene gran transcendencia, pero no hay que olvidar que en otros muchos las discrepancias entre los socios resultan patentes y para estos supuestos tal previsión es francamente beneficiosa. La simple expresión de que sólo se admiten dos intervenciones (o las que se fijen) en defensa y en contra de determinados acuerdos, puede eliminar discusiones interminables, diciendo el Presidente cuándo se han acabado las previstas intervenciones para pasar a la votación de los acuerdos.

Como final, sólo podemos decir que el procedimiento de suprimir exigencias formales establecidas por la norma, por la vía de los recursos, parece prudente cuando la norma es dudosa en su interpretación, mas cuando la norma es clara el procedimiento es inadecuado, ya que lo indicado es la modificación de la norma en la que resulte perjudicial al tráfico, sin que el Registrador pueda hacer otra cosa que aplicarla en los términos que resulten de la misma.

E. C. F.

III. Sentencias del Tribunal Supremo

1. DERECHO CIVIL

B) OBLIGACIONES Y CONTRATOS

Por ISABEL DE LA IGLESIA MONJE e ISABEL MORATILLA GALÁN

LA PRUEBA DE CONFESION NO ES PREEMINENTE NI ABSOLUTA, DEBE ESTUDIARSE CON TODO EL MATERIAL PROBATORIO. (SENTENCIA DE 17 DE FEBRERO DE 2000.)

La sentencia expresamente recoge y analiza la prueba, pero en el conjunto de las demás aportadas y trascendentales que le permitieron alcanzar la conclusión decisoria de que se trataba de deuda plenamente saldada. La entrega del cheque por cuatro millones de pesetas a la compradora de referencia no se niega, pero se lleva a cabo interpretación de ese abono, que se alega fue para satisfacer la letra por igual importe, evitando su devolución, con lo que la recurrente conservaría su crédito, en aras de su prestigio, respecto a lo cual la sentencia sienta que no ha acreditado que la entrega del efecto lo fuera con el fin que se sostiene, ni que guardase relación con el contrato de compraventa, ni con la cambial a la que se pretende relacionar, pues ninguna prueba convincente se practicó al respecto, sin perjuicio de que se presenta como una anotación en cierto sentido sorprendente y no habitual en la práctica mercantil y sin dejar de lado las posibles relaciones y conveniencias internas que pudieran existir entre vendedor y compradora.

La confesión judicial no es prueba preeminente ni absoluta con efectos de eliminar las demás pruebas, por lo que su valoración ha de llevarse a cabo dentro del conjunto del material probatorio que incorpora el pleito, que permiten desvirtuar el resultado de dicha prueba.

EXISTENCIA DE CONTRATO DE FIANZA. (SENTENCIA DE 23 DE MARZO DE 2000.)

Los codemandados y recurrentes ponen las propiedades ante INASA como garantía del buen fin de las operaciones que se llevan a cabo entre ambas entidades, comprometiéndose a no gravar, vender o enajenarlas, en tanto exista saldo a favor de INASA. Es claro que de ese modo se constituye un contrato de garantía asumido por los codemandados hoy recurrentes, pues, desde lue-

go, cualquiera que sea el contexto de la misma equivocidad de su contenido, en caso alguno puede tratarse, como sostiene el recurso, de una especie de garantía real con aportación de bienes inmuebles, lo cual es sinónimo de que al recaer sobre tales bienes, dicha garantía real debía observar la forma solemne de la constitución propia de una hipoteca, para lo que se precisa escritura pública e inscripción en el Registro, por lo que se trata de un contrato de fianza con independencia de que la misma se concrete respecto a la afectación de esa referencia a los dos bienes concretos, sin perjuicio de que pueda darse una especialidad dentro de la responsabilidad universal del artículo 1.911 del Código Civil, en el sentido de que se procediera a esa afectación universal, antes, se tendría que dirigir la correspondiente acción con respecto a dichos bienes, y siempre dentro del marco exclusivo de una relación interpartes.

EL ACCESO A LA LISTA DE SOCIOS QUE COMPONEN EL CENSO ELECTORAL DE UNA SOCIEDAD PRIVADA NO ATENTA CONTRA EL DERECHO CONSTITUCIONAL DE LA INTIMIDAD PERSONAL. (SENTENCIA DE 23 DE MARZO DE 2000.)

La pretensión casacional alegada por la parte recurrente trata de lograr la validez del acuerdo social de la asamblea general de socios por la que se nombraba Presidente, pues si se negó la relación de los socios y sus domicilios respectivos al candidato opuesto no elegido, fue con base al principio constitucional de la intimidad.

Pues bien, hacer entrar en juego como pretende la parte recurrente, el artículo 18 CE que proclama la intimidad personal como derecho fundamental, no deja de ser un enfoque parcial y sesgado de la cuestión planteada, y por ello de ser controvertido fácilmente.

Efectivamente, llevada tal pretensión a los límites que se alegan, indicaría, como más tarde se explicitará, la negación de la realidad social que debe presidir toda actividad hermenéutica de la norma, ya que supondría negar, por otra parte, el derecho a la igualdad de todo candidato a un cargo —en este caso la Presidencia de una asociación privada—. Pues como se dice en la sentencia recurrida, con tal negativa de exhibición se impidió al candidato no elegido, la posibilidad de dirigirse a todos los socios —presuntos votantes— exponiendo sus ideas, programa y trayectoria social futura, sobre todo, como ya se indicaba con anterioridad, cuando el Presidente elegido tenía acceso a tales datos, ya que se presentaba a la reelección y por razón de ello tenía posibilidad de utilizar la referida lista de socios.

Pero en todo caso hay que tener en cuenta, como norma general interpretativa, lo dispuesto en el artículo 41-5 de la Ley Electoral y el artículo 2-3.a) de la Ley de regulación informática de ficheros de 29 de octubre de 1992, que permiten a todo candidato el obtener la lista del censo electoral, por razones obvias, de constituir objeto de propaganda electoral, por ello, cuanto más, es lógico que en el caso actual cualquiera de los candidatos a la referida Presidencia tuviera acceso a la lista de socios con tal fin. En conclusión, que la negativa a tal concesión predetermina, como se hace en la sentencia recurrida, a declarar la nulidad del nombramiento cuestionado, sobre todo cuando para ello se centraba en el apoyo de lo plasmado en el artículo 18 de los Estatutos de dicha sociedad que permite que todo socio tenga acceso a los libros, documentos y papeles del ente social en cuestión.

LA GARANTIA DE DEFENSA CRIMINAL SUSCRITA EN LA POLIZA DEL SEGURO DE AUTOMOVILES ES DIFERENTE DEL CONTRATO AUTONOMO E INDEPENDIENTE DEL SEGURO DE DEFENSA JURIDICA.

En la póliza del seguro de automóviles no está comprendido el contrato de seguro de defensa jurídica, pues hay que tener presente que para que así ocurra, de acuerdo con el artículo 76.c), deberá ser objeto de un contrato independiente, y aunque en el párrafo siguiente del mismo artículo prevé la posibilidad de incluirse en capítulo aparte en una póliza única, es preciso que en este supuesto se especifique el contenido de la defensa jurídica garantizada, y la prima que le corresponde, supuestos que no se recogen en la póliza suscrita, pues en el espacio de las garantías comprendidas se señalan como comprendidas en la póliza, la responsabilidad civil, obligatoria, la responsabilidad civil ilimitada, y la defensa y fianza criminales, excluyendo todas las demás garantías, sin ningún otro particular, de lo que se deduce, sin ningún género de duda, que en orden a la defensa criminal, la compañía aseguradora asume la defensa de su asegurado, siempre que se realice bajo la dirección letrada de los abogados de la misma, y respecto a la responsabilidad civil, el régimen es el establecido en el artículo 74 de la Ley de contrato de seguro, que establece que el asegurador asume la dirección jurídica frente a la reclamación del perjudicado y serán de su cuenta los gastos de defensa que se ocasionen. Salvo en el supuesto en que el que reclame esté asegurado en la misma compañía, o exista algún otro posible conflicto de intereses, en cuyo caso el asegurado podrá optar entre el mantenimiento de la dirección jurídica del asegurador o confiar su propia defensa a otra persona, en cuyo último supuesto quedará obligado el asegurador a abonar los gastos de la dirección jurídica hasta el límite pactado en la póliza.

SE INCURRE EN MORA CUANDO LA DETERMINACION DE LA CUANTIA DEPENDE DE UNA SIMPLE OPERACION ARITMETICA. (SENTENCIA DE 4 DE ABRIL DE 2000.)

Es cantidad ilíquida no sólo cuando se pide una cantidad determinada, sino cuando pueda fijarse por una operación matemática sin necesidad de otro género de prueba, pues bien, esa condición puede concurrir para la determinación del importe de unas zonas verdes, partiéndose de los datos ciertos de entender que la zona de 3,50 metros de ancho a lo largo de la calle número 1, implica una superficie de 586 m², dado que el valor atribuido al metro cuadrado, atribuido por las partes, es de 6.000 pesetas. La cantidad podría entenderse como líquida, sin embargo, la sentencia recurrida entendió que debía revocar ese extremo de la sentencia del juzgado porque en su fundamento quinto se decía que no era posible incrementar esa cantidad con el interés legal, con lo que tal cantidad nunca fue líquida, lo que conlleva no pueda aceptarse la imposición de los intereses de demora para el deudor y, sin embargo, continúa la sentencia de apelación que en el fallo se recoge «más el interés legal devengado por dicha cantidad desde el año 1984, hasta la fecha», dándose pues una incongruencia entre lo razonado en el fundamento de derecho y el contenido del fallo, por lo que revisa en ese punto la sentencia: argumentación que sería válida para el recurso de casación, pero no para el recurso de apelación en el que el Juzgado *ad quem* está en la misma situación

que el Juzgado, y por consiguiente con independencia de la fundamentación contradictoria que la sentencia impugna, debe determinar si efectivamente se ha incurrido en mora, por ser líquida la cantidad debida, extremo de la liquidez que entendemos cumplido en este supuesto, porque la cantidad debida se puede determinar por una simple operación aritmética, en cuanto ha habido acuerdo entre las partes de que el precio por metro cuadrado es de 6.000 pesetas.

LA POSIBILIDAD DE CAMBIAR EN CASACION EL SUPUESTO FACTICO FIJADO EN LA INSTANCIA TIENE CARACTER EXCEPCIONAL. (SENTENCIA DE 26 DE ABRIL DE 2000.)

El objeto del proceso versa sobre la eficacia de una póliza de seguro sobre la vida que fue concertada el 23 de febrero de 1993 por un capital de doce millones a favor de sus hijos menores. Ocurrido el fallecimiento del asegurado, sus hijos beneficiarios, representados por sus abuelos, reclaman el importe del seguro, a lo que se opone la compañía aseguradora alegando que la causa de la muerte fue la de suicidio, producida dentro del primer año de vigencia de la póliza. Se ha probado que la causa de la muerte fue la herida que se produjo el causante clavándose un cuchillo en la zona inguinal izquierda que afectó a la femoral, hecho producido seguidamente a una situación de gravísima violencia en la que el mencionado privó de la vida a su esposa.

La sentencia de la Audiencia, lo mismo que la del Juzgado, con unos u otros argumentos, pero con una misma base fáctica, no consideran acreditada la existencia del suicidio, y tal hecho debe permanecer incólume en casación, sin que ni siquiera pueda ser examinado, pues no se ha planteado motivo alguno que permita hacerlo, ni ninguno de los preceptos que se alegan como infringidos contiene regla probatoria. Es notoria jurisprudencia de esta Sala que la posibilidad de cambiar en casación el supuesto fáctico concreto, fijado en la instancia, tiene carácter excepcional, requiriendo el planteamiento de error en la valoración de la prueba, ora por conculcación de una norma legal de prueba idónea al efecto, o bien por tratarse de una situación de error patente, arbitrariedad o irracionalidad, por implicar, con arreglo a la doctrina constitucional, una forma de denegación de la tutela judicial efectiva.

IMPROCEDENCIA DE LA EXCEPCION DE LITISCONSORCIO PASIVO NECESARIO. (SENTENCIA DE 9 DE MARZO DE 2000.)

El cumplimiento de los contratos sólo obliga a sus intervinientes o a sus directos causahabientes, ex artículo 1.257 del Código Civil, por lo que si se insta o su cumplimiento o su ineficacia, la acción habrá de dirigirse, en exclusiva, a la parte que haya incurrido en el hecho base de la pretensión de la contraparte, y ello, con independencia de las posteriores acciones de repetición/reclamación cuando ha existido, como en autos, otras transmisiones del objeto contractual en la que no haya participado la perjudicada por el incumplimiento.

RESOLUCION DE CONTRATO DE COMPRAVENTA EX ARTICULO 1.504 DEL CODIGO CIVIL CON REINTEGRO DE LAS CANTIDADES PERCIBIDAS POR EL VENDEDOR A TENOR DE LO PACTADO. (SENTENCIA DE 17 DE FEBRERO DE 2000.)

El vendedor sólo deberá retener como concepto de cláusula penal la cantidad de un millón de pesetas, pues así se ha pactado por las partes en la cláusula 6.ª del contrato de compraventa. La cantidad restante será devuelta y entregada a la parte compradora el mismo día en que se declare resuelta la compraventa, cantidad que se determinará en ejecución de sentencia. El efecto fundamental de la resolución es extinguir las obligaciones recíprocas, de forma que éstas desaparecen y dejan de producir los efectos que le son propios; además tiene eficacia retroactiva que intenta colocar a las partes en que se encontraban si el contrato no se hubiese celebrado, de manera que se ha de proceder al reintegro a cada contratante de las cosas y valor de las prestaciones que aportaron por razón del contrato.

I. I. M.

COMPRAVENTA. REQUISITO DE IDENTIDAD DEL CUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACION. ARTICULO 1.166 DEL CODIGO CIVIL. NO PUEDE OBLIGAR EL VENDEDOR A QUE EL COMPRADOR RECIBA UN TERRENO MAYOR QUE EL COMPRADO. (SENTENCIA DE 22 DE MARZO DE 1999.)

El Juzgado de Primera Instancia número 5 de Palma de Mallorca, en sentencia de 8 de enero de 1993, estima la demanda. La Audiencia Provincial de Palma de Mallorca (Sección 3.ª) en sentencia de 7 de septiembre de 1994 desestima el recurso de apelación interpuesto.

Triunfa el recurso de casación.

Hechos.—Se celebra contrato de compraventa en documento privado (en fecha 12 de septiembre de 1988) de una finca consistente en un terreno con una vivienda tipo chalet por precio de veinticuatro millones de pesetas, de los que se pagarán catorce a la firma del contrato y restan pendientes de pago, diez; en el contrato se establece la siguiente cláusula: «La escritura pública a favor de los compradores se otorgará una vez que sea concedida la terminación de obras por parte del Ayuntamiento, siendo suyos todos los gastos que ocasione dicha transmisión, tales como notaría, plusvalía, IVA y demás impuestos que la afecten».

Doctrina de la Sentencia.—La sentencia de instancia declara la imposibilidad de obtener la certificación de final de obra de la vivienda, objeto del contrato, cuya cláusula ha sido transcrita como hemos visto; también aparece narrado que la demandada no obtuvo el certificado final de obra, sino que hubo un expediente administrativo sancionador, pues la obra ejecutada no se ajustaba a la licencia original y para obtenerlo la demandada vendedora ofrece a los demandantes compradores una parcela colindante, afecta, como predio sirviente, a un derecho real de servidumbre. Los compradores, demandantes, no aceptan que se les entregue un terreno mayor del que había sido objeto de la compraventa. Y es que la imposibilidad de cumplir aquella condición,

consistente en la obtención del certificado de final de obras, no es un dato fáctico como erróneamente declara la sentencia de instancia, se trata de una imposibilidad, no fáctica, sino jurídica, y es una apreciación jurídica que deriva de datos fácticos y éstos, como declara la Audiencia Provincial, son los expuestos: la vendedora pretende cumplir la condición cambiando la cosa objeto de compraventa, en vez del terreno vendido, otro mayor gravado con servidumbre de paso. Se estima infringido el artículo 1.166 del Código Civil, norma incluida dentro de la sección que regula el cumplimiento de la obligación y que se refiere al requisito objetivo de identidad: el deudor debe entregar la cosa debida y no puede obligar a su acreedor a que reciba otra diferente, aún cuando fuere de igual o mayor valor que la debida, de ahí que en nuestro caso la vendedora demandada no pueda obligar a los demandantes compradores de un terreno, un chalet, a que reciban un terreno distinto, aún cuando sea mayor que el que fue objeto del contrato de compraventa.

LA CLAUSULA PENAL NO PUEDE APLICARSE SI SE ALTERAN LOS SUPUESTOS EN BASE A LOS CUALES FUE CONVENIDA. LAS BASES PARA LA LIQUIDACION DE DAÑOS Y PERJUICIOS NO CABE FIJARLAS EN FASE DE EJECUCION DE SENTENCIA. (SENTENCIA DE 30 DE MARZO DE 1999.)

El Juzgado de Primera Instancia número 7 de Castellón de la Plana, en sentencia de 3 de julio de 1992, estima la demanda. La Audiencia Provincial de Castellón de la Plana (Sección 1.ª) en sentencia de 24 de septiembre de 1994, desestima los recursos de apelación interpuestos.

No triunfa el recurso de casación.

Hechos.—Don Jesús Lausín Gil y doña María Isabel Esteller Gascó demandan por los trámites del juicio declarativo de menor cuantía a don José María Rollo Guinot, don Vicente Tirado Fortuño, don Miguel Gómez Garcés y don José Moreno Alvarez, éste en nombre y representación de «Construcciones Benimar C.B.», sobre reparación, reconstrucción e indemnizaciones en relación con el «Hotel Roma», sito en la playa de Pinar del Grao en Castellón.

Doctrina de la Sentencia.—La sentencia impugnada no contiene declaración alguna sobre la pretensión formulada respecto a la condena por los perjuicios causados por las condiciones del edificio y por la suspensión de la actividad principal, dejando su determinación para ejecución de sentencia. Además, el fallo infringe, por incongruencia omisiva, el derecho a la tutela judicial efectiva, al no fundamentar ni resolver sobre las pruebas declaradas pertinentes en grado de apelación y después practicadas, y también el fallo vulnera, por omisión, el artículo 120.3 de la Constitución Española por falta de motivación en lo referente a la valoración de la prueba declarada pertinente y practicada en segunda instancia, que se desestima porque, de un lado, la congruencia de las sentencias, que como requisito de las mismas establece el artículo 359 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se mide por la adecuación entre la parte dispositiva de la resolución judicial y los términos en que los litigantes formulan sus pretensiones, de tal forma que no puede la decisión otorgar más de lo pedido en la demanda, ni menos de lo admitido por parte del demandado, ni otorgar otra cosa diferente y no pretendida, y en el supuesto del debate existe correlación o armonía entre las pretensiones oportunamente deducidas en el pleito y

la parte dispositiva de la resolución; y de otro lado, para entender cumplido el presupuesto de la motivación, no se exige una extensión mínima en el razonamiento ni una argumentación exhaustiva y pormenorizada de todos los aspectos y perspectivas que las partes puedan tener de la cuestión que se decide, sino que basta que la lectura de la resolución permita comprender las reflexiones tenidas en cuenta por el Juzgador para llegar al resultado o solución contenida en la parte dispositiva. Además, es doctrina jurisprudencial constante la de que la pena pactada no puede aplicarse cuando se han alterado los supuestos en base a los cuales fue convenida, así la decisión de la Audiencia deja claro que al confundirse las obras del proyecto originario con la de ampliación se provocó la imposibilidad de la determinación del momento en que concluyeron realmente aquéllas, por lo que no puede aceptarse que la entidad «Construcciones Benimar C.B.», incurriera en mora. También se inaplica el artículo 1.591 del Código Civil, pues la sentencia de instancia no contempla la condena al arquitecto redactor del proyecto y director de las obras por vicios del proyecto y de dirección derivadas del incumplimiento de la normativa de hoteles y espectáculos públicos, se examinan conjuntamente por su unidad de planteamiento y se desestiman porque en numerosas sentencias el recurso de casación tiene un ámbito limitado que veda realizar al Tribunal Supremo una nueva y completa valoración del pleito y no tiene en cuenta que, éste posee en principio soberanía para dicha estimación, salvo que ésta resulte ilógica, opuesta a las máximas de la experiencia o a las reglas de la sana crítica, que no sucede en nuestro caso, pues lo contrario transformaría el recurso de casación en una tercera instancia.

NULIDAD DE ESCRITURA. (SENTENCIA DE 31 DE MARZO DE 1999.)

El Juzgado de Primera Instancia número 33 de los de Barcelona, en sentencia de 31 de julio de 1993, estima parcialmente la demanda. La Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 14.^a), en sentencia de 14 de julio de 1994, estima el recurso de apelación.

No prospera el recurso de casación.

Antecedentes de hecho.—Doña María Ventos convive maritalmente con el demandado don Mario Herrera Iribas, separado de un anterior matrimonio desde el mes de junio de 1981, de cuya unión nació un hijo el 3 de noviembre de 1983. Divorciado don Mario, se casa con doña María el 7 de agosto de 1984. Desde el principio de su relación fijaron su residencia en un piso arrendado por doña María, del que pasó posteriormente a ser titular del inquilinato, don Mario. El 28 de abril de 1983, se otorgaron recíprocamente amplios poderes, pero surgidas posteriormente desavenencias, doña María, en escritura de 26 de enero de 1990, revocó los otorgados al esposo. El día 28 de julio de 1983, don Mario, en documento privado compra, a don José María Villalonga Gusta, la finca litigiosa, el precio de dicha venta fue de treinta y cinco millones de pesetas pagaderas en cuanto a dieciocho millones en el acto y los diecisiete millones restantes sin intereses antes del 15 de octubre de 1983. El día 27 de octubre de 1983 y ante Notario, el señor Villaescusa Sanz, y con el número de protocolo 2.692, don José María Villalonga Gusta otorga escritura pública de venta de la misma finca, figurando como compradora doña María, por precio de veintiocho millones y acto seguido, ante el mismo Notario y con el número de protocolo 2.693, doña María, por el mismo precio, otorga escri-

tura de venta de la misma finca en la que figura como comprador don Mario. El día 26 de octubre de 1983, es decir, un día antes de la escritura número 2.692, con intervención de Agente de Cambio y Bolsa, se documenta un préstamo de veinticinco millones de pesetas en el que figuran como prestamistas don Luis y don Vittorio Lepori Renault y como prestataria doña María Ventos, a devolver en el plazo máximo de doce años con interés anual del 8 por 100, que ha sido impugnado por simulación. En escritura pública de 27 de septiembre de 1990, los prestamistas declaran haber recibido de don Mario Herrera Iribas, con anterioridad al 1 de diciembre de 1989, el importe del préstamo, se dan por pagados y firman carta de pago cancelándolo. Producida la crisis del matrimonio, cuyo régimen matrimonial era el legal de Cataluña, se separan convencionalmente y firman el pacto el 4 de enero de 1990, en él se atribuye al esposo y a sus hijos el uso del domicilio familiar. El 2 de abril de 1990, don Mario Herrera vende la finca litigiosa a la Sociedad Anónima «Chufó, Promociones Artísticas». Esta escritura con las anteriores dieron lugar a repetidas presentaciones al Registro y retiradas y caducadas las anotaciones sin que el 8 de febrero de 1992 haya sido inscrita la venta en el Registro. La cuestión debatida en el pleito es decidir sobre la titularidad dominical del inmueble.

Doctrina de la Sentencia.—La Audiencia de Barcelona declara hechos probados que el señor Herrera adquirió mediante documento privado de fecha 28 de julio, por precio de treinta y cinco millones de pesetas, la finca de autos de don José María Villalonga Gusta, y que el mismo día 27 de octubre de 1983, la compraventa fue escriturada, primero haciendo figurar como compradora a la señora Ventos y, seguidamente, a favor de don Mario Herrera, siendo la vendedora su esposa en esta segunda escritura. Se inscribió el dominio a favor del adquirente señor Herrera en el Registro de la Propiedad número 8 de Barcelona, con fecha 23 de noviembre de 1990. Tras un análisis minucioso se obtuvo la conclusión de que el verdadero propietario de la finca era don Mario Herrera. Destaca la inaplicación de la norma contenida en el artículo 1.225 en relación con el párrafo primero del artículo 1.218 y el número primero del artículo 4, todos ellos del Código Civil. No se desvirtúan porque cualquiera que sea la realidad del libramiento de cheques contra cuenta corriente, en la que tenía poder de disposición doña María y quien fuera la persona que se lo entregó al vendedor para pago de la compraventa hecha en documento privado a nombre del señor Herrera, admitir tal realidad no comporta virtualidad porque no se destruye el hecho probado de la titularidad dominical, a cuya conclusión llegó la Audiencia tras valorar pruebas, documentos y circunstancias, tales como: *a)* que la situación de divorcio de don Mario Herrera, cualquiera que sea la valoración ética de su intención de camuflar una cierta capacidad económica, hace que sus obligaciones de contribuir a las cargas familiares pueden explicar —la complejidad negocial—; *b)* el hecho de que en el convenio, sin reticencia ni protesta de derecho, cede doña María el uso del domicilio conyugal; *c)* el hecho de que doña María otorgue escritura de venta de la totalidad de la finca, también sin reserva alguna, y por último, *d)* el hecho de que con anterioridad inscribieron los esposos un piso en común y proindiviso de ambos.

Paralelamente a esto decir que, es cierto que los negocios fiduciarios exigen en ocasiones acudir a pruebas de presunciones, y cierto es también que en esa clase de pruebas se da por sentado el hecho base, es decir, es posible

combatir por la vía de la infracción de ley la conclusión cuando ésta no es acorde con aquél por carecer del enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano. De forma tal que, tales reglas sólo se contrarían si las conclusiones son ilógicas y absurdas, y de tales vicios no adolece la sentencia de la Audiencia de Barcelona que tratamos, pues no reconoce que la señora pagara la mitad de la finca, como tampoco que todo ese complejo sistema de contratos encadenados tuvieran por objeto que la finca fuera común e indivisa, debiendo añadir que es conocida la jurisprudencia de esta Sala, según la cual es posible incluso deducir de un hecho base conclusiones contrarias sin que ninguna de ellas pueda tildarse de ilógica.

Además, se considera hecho base la inexistencia del préstamo de los señores Lepori y que el pago del préstamo por el señor Herrera no lleva a la conclusión de que la titularidad dominical sea compartida ni destruye la presunción de legitimidad de título, en virtud del cual el señor Herrera registró a su nombre toda finca sin protesta alguna, y tampoco desvirtúa la teoría de la Audiencia de que el negocio fiduciario se limitó a crear transitoriamente una apariencia de que la finca pasaba a ser sucesivamente de los cónyuges, por las calificaciones antes de especiales razones. Si el dinero era de la esposa, lo absurdo, ilógico y carente de sentido es construir una base documental que contradiga tal realidad a través de la simulación de un préstamo.

RELACIONES CONTABLES ENTRE UNA COOPERATIVA AGRICOLA Y SUS ASOCIADOS. NO SE DEBEN INTERESES SI NO EXISTE UN CONVENIO QUE RECONOZCA EL DEVENGO DE LOS MISMOS. (SENTENCIA DE 14 DE ABRIL DE 1999.)

El Juzgado de Primera Instancia número 2 de los de Cazorla (Jaén), en sentencia de 4 de octubre de 1993, estima parcialmente la demanda. La Audiencia Provincial de Jaén, en sentencia de 27 de septiembre de 1994, desestima el recurso de apelación interpuesto.

No prospera el recurso de casación.

Objeto de la litis.—La controversia básica entre las partes viene motivada por la discrepancia en la aceptación o no de la partida de los intereses compensatorios como un componente de la deuda del cooperativista. La Cooperativa postula la exigencia de los mismos para compensar los intereses que, a su vez, tiene que abonar a las entidades crediticias que por sus préstamos, la permiten financiar a los socios, concediéndoles los anticipos que precisen para su desenvolvimiento agrario. Y en apoyo de sus tesis arguye la existencia de un contrato de cuenta corriente entre la sociedad y sus miembros.

Doctrina de la Sentencia.—En realidad y a la vista del argumento esbozado, hemos de decir que la relación inter partes no reúne las características de la cuenta corriente que se concierta normalmente entre los comerciantes, que mantienen entre sí negocios continuados y que se conceden crédito recíproco. Pero ni el cooperativista es comerciante, ni practica negociaciones con la sociedad, y desde luego él nunca concede ningún crédito a la Cooperativa sino que, por el contrario, está recibiendo continuamente financiación de la Cooperativa en forma de sucesivos anticipos, se limita a remitir fondos, de vez en cuando, para ir enjugando y disminuyendo su pasivo. Y es que por el contrato

de cuenta corriente, cada uno de los contratantes lleva una contabilidad relacionada con la del otro y cada uno va sentando en las cuentas las remesas mutuas que se hacen como partidas de cargo y abono, pero no se acredita que se pactase este contrato entre los interesados. En realidad, la fluencia monetaria desde la empresa cooperativa hasta sus asociados se materializaba por medio de anticipos a favor de éstos; en estos adelantos el socio no devuelve dinero directamente sino que entrega su cosecha para que la Cooperativa la venda y con las cantidades percibidas se opera la compensación de la deuda.

Visto esto, decir que, según el artículo 1.214 del Código Civil incumbe la prueba de las obligaciones al que reclama su cumplimiento. Por tanto, la Cooperativa tiene que probar que existía la obligación de pagar intereses; tales intereses no se devengan si no hay un convenio en que se pacten expresamente. Además, el Derecho español es categórico a este respecto, así tratándose de préstamos civiles, el artículo 1.755 dispone: «No se deberán intereses sino cuando expresamente se hubiese pactado», y el artículo 314 del Código de Comercio, referente a los préstamos mercantiles, dispone: «Los préstamos no devengarán interés si no se ha pactado por escrito».

La doctrina estima la existencia de una obligación natural de retribuir el dinero percibido, porque éste es un bien fructífero capaz de generar réditos, así el artículo 1.756 del Código Civil dispone que «el prestatario que ha pagado intereses sin estar estipulados, no puede reclamarlos ni imputarlos al capital». Y además es de justicia resaltar el abuso y mala fe del cooperativista que se ha beneficiado de unas sumas sin gravamen alguno, que se ha demorado años en el reintegro de las cantidades anticipadas y que, con su actitud, ha perjudicado a la Cooperativa y los restantes cooperativistas, pues por los anticipos que a él se le facilitaron sin carga, su prestamista tuvo que satisfacer en varios ejercicios muy elevados intereses.

CONTRATO DE ARQUITECTO. RECLAMACION DE HONORARIOS POR EL COLEGIO. RESOLUCION UNILATERAL DEL CONTRATO POR EL DUEÑO DE LA OBRA. (SENTENCIA DE 26 DE ABRIL DE 1999.)

El Juzgado de Primera Instancia número 3 de los de Toledo, en sentencia de 29 de diciembre de 1993, estima íntegramente la demanda. La Audiencia Provincial de Toledo (Sección 1.ª), en sentencia de 7 de octubre de 1994, desestima el recurso de apelación interpuesto.

El recurso de casación no prospera.

Base fáctica.—La recurrente no firma ni suscribe la Hoja de Encargo correspondiente al arquitecto contratado que facilitaría la legitimación del Colegio para promover la relación de honorarios que postula en la demanda. Pero en el caso de autos no se trata de ausencia o inexistencia de relación contractual alguna entre la mercantil recurrente y el arquitecto.

Doctrina de la Sentencia.—Es doctrina jurisprudencial consolidada aquélla que declara que no afecta a la validez del contrato la no observancia de las complementarias formalidades escritas de orden administrativo, al garantizar ciertas existencias sólo de trascendencia colegial, pues ha de atenderse al principio espiritualista que disciplina la contratación civil, por lo que las relaciones contractuales resultan eficaces y vinculantes cualquiera que sea la

forma en que se hayan celebrado y siempre que concurren los requisitos esenciales para su validez, así los artículos 1.258 y 1.278 del Código Civil, y es de aplicación al denominado «Contrato de arquitecto» en virtud del cual el profesional contratado asume la elaboración del proyecto edificativo convenido, cuyo incumplimiento por decisión unilateral de una de las partes no puede dejar a la otra sin posibilidad de reclamar sus derechos a la contraprestación económica pactada. En realidad, la circunstancia de no haberse presentado en el momento oportuno en el Colegio la oportuna Hoja de Encargo, no impide que éste pueda reclamar los honorarios que considera justificados y resultan debitados al profesional integrado en el Colegio correspondiente.

Además, el retraso que se produjo fue un retraso impuesto, que no justifica la resolución unilateral del contrato que se practicó por la recurrente, la que bien pudo renunciar a llevar a cabo el complejo urbanístico que se proyectaba en las que no cabe implicar al arquitecto, y es que la proyección jurídica del retraso o la relación contractual que liga a las partes sólo resulta eficaz cuando se da por causas únicamente atribuibles a una de ellas, es decir, que la responsable, de forma libre, voluntaria y sin justificación aceptable alguna, adopta posición reticente a ejecutar el trabajo al que se comprometió, lo que en el caso que nos ocupa no ha acontecido, no procediendo, consecuentemente, calificar la conducta del arquitecto como de morosa o culposa y que necesita ser debidamente probada.

Por último decir que del iter de la sentencia se desgaja que también es doctrina consolidada de la Sala la que dice que no procede la casación cuando se mantiene el fallo de la sentencia recurrida con base a argumentos jurídicos distintos.

CONTRATO DE ARRENDAMIENTO DE OBRA. (SENTENCIA DE 28 DE ABRIL DE 1999.)

El Juzgado de Primera Instancia número 12 de los de Málaga, en sentencia de 11 de diciembre de 1993, desestima íntegramente la demanda. La Audiencia Provincial de Málaga (Sección 4.^a), en sentencia de 29 de septiembre de 1994, desestima el recurso de apelación.

El recurso de casación no ha lugar.

Hechos.—La sentencia impugnada se basa en hechos probados como el encargo de los proyectos, su realización con conocimiento de la situación urbanística, su retirada del Colegio de Arquitectos y su pago parcial, incluso, en vía ejecutiva.

Doctrina de la Sentencia.—En base al artículo 1.253 del Código Civil, para que las presunciones no establecidas en la ley sean apreciables como medios de prueba, es necesario que entre hecho demostrado y aquél que se trata de deducir haya un enlace preciso y directo.

También se cita como infringido el artículo 359 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que se refiere a la claridad y precisión de las sentencias, a la congruencia y a la obligación de resolver todos los puntos litigiosos, infracción que es inviable totalmente, pues es incierto que la Audiencia considere probado que el promotor —la sociedad constructora recurrente— conocía la inviolabilidad del proyecto.

Así, la Sala entiende que persigue la resolución de un contrato al amparo del artículo 1.124 del Código Civil, como obligación recíproca que es el de arrendamiento de obra, pero para ello es preciso que el demandado haya incumplido lo que le incumbe, y en nuestra litis no sólo lo ha cumplido, sino que se ha cumplido por entero, así se desprende de los hechos probados y de la propia demanda que reconoce haber retirado el proyecto del Colegio de Arquitectos. Y además pretende resolver una obligación cumplida y agotada por el obligado a realizar la obra para evitar el pago del precio que reste de satisfacer, y esto exigiría demostrar que el encargo estaba logrado con vicio del consentimiento, y esto sería causa de nulidad o sujeto a la condición de obtener licencia municipal que no se dio en nuestro supuesto. El encargo fue encomendado conociendo la sociedad constructora que no existía plan parcial de urbanismo y arrastrando el riesgo de que no se confeccionara. Ni se deduce del contrato que la buena fe, el uso o la ley subordinen sin pacto el pago del precio a la consecución que exige que se apruebe el plan parcial. De todo ello se deduce que, existente el contrato y realizado el encargo, no cabe hablar de enriquecimiento injusto, al que sólo se puede acudir cuando falte la relación jurídico-contractual, porque justa es la remuneración del trabajo.

COMPRAVENTA DE APARTAMENTOS. DEFECTO DE CABIDA. PRESCRIPCION DE LA ACCION (RECONVENCION). (SENTENCIA DE 30 DE ABRIL DE 1999.)

El Juzgado de Primera Instancia número 4 de los de Benidorm, en sentencia de 3 de mayo de 1992, estima parcialmente la demanda. La Audiencia Provincial de Alicante (Sección 5.^a), en sentencia de 18 de marzo de 1994, desestima el recurso de apelación.

No prospera el recurso de casación.

Objeto de la litis.—Trata de que las viviendas que los tres recurrentes compraron a la mercantil demandada fueron entregadas: el 20 de febrero de 1990 a la actora Inge-Elke Ditsch, el 22 de marzo de 1990 al señor Ditsch, y el 11 de abril de 1990 a don Andrés Muñoz Ruiz, por lo que atendiendo a la fecha de presentación de la demanda, había pasado el plazo de seis meses que establece el artículo 1.902 en relación al 1.469 del Código Civil.

Doctrina de la Sentencia.—En base al artículo 542 de la Ley de Enjuiciamiento Civil se autoriza a introducir en el escrito de contestación a la demanda la propia del demandado (RECONVENCION) y tal demanda reconvenzional excede de la que se entiende por estricta oposición procesal y supera el planteamiento de una cuestión que contiene acciones sustantivas y pretensiones consecuentes que permiten petitionar la condena del actor del pleito. Por parte de la doctrina se ha atribuido naturaleza autónoma a esta clase de demandas y resulta permisiva respecto a sus formalidades, ya que incluso cabe la reconvencción implícita que no precisa alegarse por separado ni sujetarse a formulismos, bastando que el suplico del escrito de contestación contenga bien expresada cualquier petición que exceda de la pura y simple desestimación de la demanda, su procedencia resulta en nuestro caso al atender a la forma en que se planteó y contener de forma precisa peticiones de condena de los demandados por razón de las relaciones contractuales concertadas entre los litigantes.

La cita en esta litis de preceptos heterogéneos infringidos contradice la doctrina consolidada de la Sala en cuanto declara que no es correcta la interposición del recurso sin formular por separado las infracciones que se alegan.

En vista de los hechos transcritos, el ataque casacional se proyecta a que el plazo que debe de aplicarse es el previsto en el artículo 1.964, de quince años, y tal plazo no procede, pues las ventas del pleito se refieren a concretas viviendas a las que se le atribuye una extensión superficial (cabida) precisada y por el precio total que se especifica, lo que hace encajables dichas relaciones contractuales en el artículo 1.471 —venta hecha por precio alzado— y no en el aplicado 1.469, al referirse este precepto a las compraventas cuyo precio se fija por unidad de medida o número, pues la circunstancia de expresarse la cabida no desvirtúa la calificación de la compraventa como hecho o precio alzado y esto resulta indiferente a efectos de lo que se decide, ya que el plazo de prescripción que el artículo 1.472 establece rige para los tres artículos precedentes y dicho plazo es el que ha de tenerse en cuenta, habiendo sido aplicado en la forma correcta legal por los juzgadores de instancia, pues su justificación se encuentra en la necesidad de dar seguridad a las transacciones y su procedencia opera desde el momento de entrega del bien. Los recurrentes no ejercitan la resolución de sus contratos y la situación de incumplimiento por menor cabida y rebaja proporcional del precio está afecta a la prescripción del artículo 1.472.

Se produjo, eso es, algún retraso, pero el mismo resultó muy breve, y ello en relación a la fecha pactada de entrega, lo que no tiene intensidad suficiente para decretar situación de incumplimiento definidor de la frustración del contrato o expresiva de una voluntad obstativa de la vendedora, habiendo de decir, a este respecto, que no todo retraso representa automáticamente incumplimiento contractual, pues la Sala tiene declarado que la cuestión de cumplimiento o incumplimiento de índole fáctica y, en cuanto tal, sujeta a la apreciación de los juzgadores, pero sin olvidar que el simple y breve retraso ha de relacionarse con una voluntad inequívocamente rebelde e incumplidora decisiva.

**RESOLUCION DE CONTRATO DE EJECUCION DE OBRAS. EFECTOS RES-
TITUTORIO E INDEMNIZATORIO. (SENTENCIA DE 3 DE MAYO DE 1999.)**

El Juzgado de Primera Instancia número 3 de los de Huesca, en sentencia de 7 de diciembre de 1993, desestima la demanda. La Audiencia Provincial de Huesca, en sentencia de 7 de octubre de 1994, estima parcialmente el recurso de apelación.

Prospera el recurso de casación.

El objeto litigioso versa sobre las vicisitudes del cumplimiento del contrato de ejecución de obras que vinculaba a las partes. Los demandados y reconvinentes impugnan la sentencia, pues no obstante haberse accedido a la pretensión resolutoria del referido contrato ejercitado por ellos en reconvención se estima parcialmente la demanda reclamando parte del precio.

Doctrina de la Sentencia.—La ruptura del vínculo obligacional y sinalagmático por resolución conlleva el reintegro a cada uno de los interesados en las cosas o valor de las prestaciones que realizaron por razón del contrato, con

independencia del resarcimiento del daño. En el caso, la sentencia recurrida reconoce que la actora, dados los defectos existentes en la construcción litigiosa, incumplió la prestación que le competía. Además, la sentencia impugnada acepta y da por reproducido en lo sustancial tanto los antecedentes de hecho como los fundamentos de derecho de la sentencia de primera instancia previa la confrontación con aquéllos de la sentencia recurrida que se opongan a los previamente aceptados, y debe tenerse por probado que los demandados pagan a la actora en riguroso cumplimiento de sus obligaciones, cantidad que fue superior al valor económico que debe satisfacerse por la defectuosa obra realizada como equivalente a la restitución de las prestaciones. Se trata de fijar la depreciación en el valor de la obra realizada y pagado como si reuniera las calidades requeridas en función de establecer la suma que la actora debe restituir a los demandados-reconvinientes restándola del precio ya recibido por la obra ejecutada, que queda por su naturaleza incorporada al patrimonio de los demandados y ese efecto restitutorio de los daños y perjuicios en nuestra litis se limita a los originados por la demora o retraso en la ejecución de las obras.

INCONGRUENCIA. NO SE ESTIMA. CREDITOS PRIVILEGIADOS EN SUSPENSION DE PAGOS. NO SE ESTIMA. (SENTENCIA DE 3 DE MAYO DE 1999.)

El Juzgado de Primera Instancia número 1 de Estella, en sentencia de 18 de noviembre de 1993, desestima íntegramente la demanda. La Audiencia Provincial de Navarra (Sección 2.^a), en sentencia de 27 de junio de 1994, desestima el recurso de apelación.

No prospera el recurso de casación.

Doctrina de la Sentencia.—La congruencia de la sentencia como requisito esencial de la misma que establece el artículo 359 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se mide por el ajuste o adecuación de la parte dispositiva y los términos en que las partes han formulado sus pretensiones y peticiones, no concediéndoles más de lo pedido en demanda, ni menos de lo admitido por el demandado, ni otorgando cosa distinta de lo pretendido, incurriendo, si el desvío es por su naturaleza modificador de los temas del debate, en la infracción del principio de contradicción, al lesionarse el esencial derecho de defensa por faltar concreto debate sobre los excesos, minoramientos o desviaciones. No se dan en este caso los elementos que configuran la incongruencia procesal que se pretende, pues existe reiteradísima doctrina casacional que establece que una sentencia que desestima todos los pedimentos de la demanda al absolver de los mismos a la parte demandada no puede ser estimada como incongruente. Y es que el que la sentencia no se pronuncie sobre la excepción de falta de legitimación pasiva necesaria alegada por la parte demandada no debe tenerse en cuenta porque, como mantiene la doctrina jurisprudencial, no cabe objetar de incongruente el fallo de la sentencia por el hecho de no referirse a todas las excepciones opuestas cuando del mismo se infiere el fracaso de la pretensión del actor.

En el núcleo de la cuestión hay que afirmar que la parte recurrente lo que pretende es sustituir el *factum* de la sentencia recurrida y que se diga que tiene el carácter de acreedor privilegiado con derecho a abstención a la Suspensión de Pagos de la que ésta contienda trae causa, lo que casacionalmente

deviene en imposible, pues la sentencia recurrida llega al siguiente dato: que sobre las pólizas de crédito que son las que necesitan una posterior actividad complementaria de fijación de su alcance en las que se basa la parte recurrente su intención de obtener un privilegio crediticio recayeron certificaciones de liquidación, es decir, adquirieron autenticidad indubitada.

I. M. G.

C) ARRENDAMIENTOS

Por CATALINO RAMÍREZ RAMÍREZ

Arrendamientos rústicos

ACCESO A LA PROPIEDAD.—PROCEDE ESTE DERECHO POR TENER EL ARRENDATARIO LA CUALIDAD DE PROFESIONAL DE LA AGRICULTURA Y EL ARRENDAMIENTO LA CONDICION DE HISTORICO. EN CUANTO AL PRECIO SE APLICA EL ARTICULO 43 LEF, YA QUE LAS MODIFICACIONES INTRODUCIDAS POR LA LEY DE VALORACION DEL SUELO DE 1999 SOLO SON APLICABLES A LA EXPROPIACION FORZOSA Y NO A LA MATERIA ARRENDATICIA. (SENTENCIA DE 31 DE OCTUBRE DE 1996.)

El Juzgado de Azpeitia estimó la demanda y la Audiencia estimó parcialmente la apelación, elevando la cantidad a abonar al propietario.

No procede la casación. Se estimó el derecho de acceso a la propiedad por existir un contrato de arrendamiento, siendo el actor profesional de la agricultura y haber reconocido el arrendador, por su conducta, con actos, como el cobro de rentas, la condición de sucesor del anterior arrendatario al actual. El contrato está sujeto a la Ley especial, siendo anterior a la Ley de 1935, ya que data de 1922, fijándose el precio conforme al artículo 43 de la Ley de Expropiación Forzosa y los dictámenes periciales correspondientes. En la apelación se confirmó todo lo anterior, salvo lo relativo al precio que, teniendo en cuenta un certificado de la Cámara Agraria Provincial, que indica la actualización de los precios mínimos de los terrenos, se modifica, fijando el de 7.000.000 de pesetas en lugar de 4.611.600, señaladas anteriormente. Es aplicable la doctrina sentada por la sentencia de 31 de mayo de 1996, que dice que frente al criterio fijado en su artículo 39, procede el reajuste al valor real del artículo 43 LEF, sin que sea posible que este modelo fuese sustituido por los artículos 66 y siguientes de la Ley de 25 de julio de 1990, sobre Valoración del Suelo, en cuya Disposición Derogatoria se derogan los preceptos sobre valor del suelo, contenidos en la legislación expropiatoria, ya que esta doctrina es aplicable a todo lo referente a la expropiación y es obvio que el arrendamiento rústico y el acceso a la propiedad, por consiguiente, no encaja en esa figura excepcional, por lo que ha de mantenerse el sistema precedente. No es necesaria la notificación del carácter de arrendatario al propietario, ya que fue designado en testamento por su padre, ya que aquélla sólo es precisa cuando haya varias personas con derecho a acceder al arrendatario y se elige uno de ellos. Aunque el contrato es de 1922, no se descarta que con anterior-

ridad al mismo no existiese también la relación arrendaticia entre los causantes del actor y del demandado y, si se pactó por cinco años, la realidad es que nunca las partes hicieron uso de la cláusula 7.^a, es decir, el aviso con un año de antelación del propósito de no continuar en el arriendo, lo que demuestra que el plazo de duración por prórrogas sucesivas fue de tal intensidad, que no existe conciencia exacta de cuál fue el propósito de temporalidad, al prorrogar el plazo inicial pactado, lo cual equivale al supuesto de hecho contemplado en aquella disposición.

RESOLUCION DE CONTRATO Y ACCESO A LA PROPIEDAD.—NO SE ADMITE LA RESOLUCION, YA QUE LA FINCA NO TIENE UN VALOR SUPERIOR AL DOBLE DEL PRECIO QUE CORRESPONDE EN LA COMARCA A LAS DE SU CALIDAD O CULTIVO. SI PROCEDE EL ACCESO A LA PROPIEDAD DEL HIJO PORQUE LA SUBROGACION DEL MISMO SE HIZO CONFORME AL ARTICULO 73 DE LA LEY DE ARRENDAMIENTOS RUSTICOS. (SENTENCIA DE 11 DE NOVIEMBRE DE 1996.)

El Juzgado número 2 de Betanzos desestimó la demanda acumulada —acceso y resolución—, y la Audiencia de La Coruña confirmó la anterior, en cuanto a resolución del contrato, y revocó en cuanto al acceso a la propiedad, admitiéndolo por parte del arrendatario.

No procede la casación. No se da la resolución, ya que la finca no tiene un valor en venta superior al doble del precio que corresponde en la comarca o zona a las de su misma calidad o cultivo, según el informe pericial, que es bien explícito y ajustado a la norma, y resultaría contrario a su sentido y finalidad efectuar la comparación de precios con terrenos lejanos hasta no se sabe dónde. Por otra parte, la situación de pensionista de la Seguridad Social no priva de la condición de profesional de la agricultura, cualidad que es diferente de la de cultivador personal, ya que se puede llevar la explotación, por sí o con ayuda de familiares convivientes y se demuestra que los arrendatarios recibían sólo la ayuda de su hijo para el cultivo de la finca. La subrogación a favor del hijo se hizo, ajustándose a lo dispuesto por el artículo 73 LAR, con lo que no se trata de la cesión ilegal que autoriza la resolución del contrato asistiendo al hijo el derecho de acceder a la propiedad, conforme a la Disposición Transitoria 3.^a de la Ley Especial y concordantes. El arrendamiento es histórico, ya que se remonta, al menos en su origen, al año 1927, es decir, anterior a la Ley de 1935, y en el mismo sentido, las leyes gallegas de 10 de diciembre de 1986 y de 12 de febrero de 1987 y 16 de abril de 1993, que prorrogan estos contratos hasta el año 2005.

DESAHUCIO.—LA CAUSA DE PEDIR FUE EL DESAHUCIO POR PRECARIO, MIENTRAS LA SENTENCIA RECURRIDA SE BASA EN LA EXTINCION DEL ARRENDAMIENTO, LO QUE PRODUCE INDEFENSION AL DEMANDADO. (SENTENCIA DE 30 DE NOVIEMBRE DE 1996.)

El Juzgado número 12 de Zaragoza desestimó la demanda, pero la Audiencia revocó la anterior.

Triunfa la casación. Los demandantes estimaban que el demandado era precarista. Tanto el Juzgado como la Audiencia estiman la existencia del

contrato de arrendamiento, pero la Audiencia entiende que no es de aplicación el número 1-1.^a del artículo 7 LAR, ya que la finca tiene la catalogación urbanística de «suelo urbanizable no programado» sino el número 1-3 del mismo artículo, pues la finca de autos fue valorada, desde el punto de vista agrícola, en 6.725.037 y en la escritura de compra aportada por los actores, figura un precio de 40.000.000, por lo que se condena al demandado a desalojar la finca propiedad de los demandantes, previo abono de las correspondientes indemnizaciones legales. La causa de pedir, formulada por la parte demandante, fue exclusivamente la ausencia de una relación arrendaticia o de cualquier otro tipo, lo que jurídicamente se entiende como situación de precario, siendo esta la única causa alegada por el actor y, además de compaginarse mal, la alegación de inexistencia del contrato con la extinción del mismo, para poder tener en cuenta esa extinción se precisará un requisito previo: preaviso con seis meses de antelación y dos subsiguientes: indemnización por parte del arrendador y compromiso del mismo de empezar a edificar en un año, impuestas por el artículo 83 LAR. Nada de esto fue previsto, razonado ni implicado por la parte actora, y la Sala no puede compartir la opinión de la sentencia recurrida de que la amplitud con que está formulado el suplico de la demanda, autoriza la aplicación de esta causa de pedir: extinción del arrendamiento. La Sala de apelación cambió la causa de pedir, sustituyendo las cuestiones objeto de debate por otras no planteadas y produciendo con ello la indefensión del demandado, a quien se le ha privado de argüir y probar si se daban las causas legalmente establecidas de extinción contractual, tenida en cuenta exclusivamente por el tribunal *a quo*. Procede la anulación de la sentencia anterior y se confirma la del Juzgado.

RESOLUCION DE ARRENDAMIENTO.—EL HIJO HA SUSTITUIDO POR COMPLETO A LA MADRE, FIGURANDO COMO TITULAR DE LA EXPLOTACION AGRICOLA Y NO COMO COLABORADOR DE ELLA, POR LO QUE PROCEDE LA RESOLUCION Y NO EL DERECHO DE ACCESO A LA PROPIEDAD. (SENTENCIA DE 12 DE DICIEMBRE DE 1996.)

El Juzgado número 1 de Amurrio estimó la demanda, pero la Audiencia Provincial revocó la anterior, declarando el derecho de la arrendataria a acceder forzosamente a la propiedad de la finca arrendada.

Tiene éxito la casación. Se acumularon dos procedimientos: la resolución del contrato y el acceso a la propiedad, centrándose la cuestión litigiosa en la interpretación y aplicación del contenido de los artículos 15 y 16 LAR, constituyendo el nudo gordiano de la cuestión la determinación de la consideración como cultivadora personal de la arrendataria. En realidad, la explotación de la finca es llevada actualmente por el hijo de la arrendataria, que no convive con su madre, y a nombre de aquél figura en los registros oficiales el ganado que pasta en la finca y no consta que desde el fallecimiento de su esposo la arrendataria haya ejercido actividad agrícola concreta, teniendo reconocida la cualidad de cooperador familiar únicamente su marido. Si la jurisprudencia de esta sala dice que no se pierde la condición de cultivador personal aunque se utilicen uno o dos asalariados, en caso de enfermedad u otra causa justa que impida continuar el cultivo personal, ello no autoriza a que el que cultiva la finca sustituya al arrendatario anciano o incapacitado, y lleve directa e independientemente la explotación de la finca, porque la acción

de sustituir, según el Diccionario de la Lengua, es poner una persona en lugar de otra, y esa acción de cambio no es la que autoriza el precepto legal. El legislador parte de un cultivador personal que no pueda seguir llevando la explotación como venía haciéndolo, pero ese no es el supuesto del litigio, ya que, desde la muerte de su marido, la arrendataria no ha figurado como titular de la explotación, agrícola o ganadera, y desde entonces el hijo ha sustituido a su madre en la titularidad de la explotación. En este sentido se ha manifestado la jurisprudencia de esta Sala en sentencias de 6 y 20 de febrero de 1992, 18 de diciembre de 1993 y 28 de abril de 1994. Por tanto procede la resolución contractual, siendo improcedente el acceso a la propiedad solicitado por la arrendataria.

Arrendamientos urbanos

RESOLUCION DE ARRENDAMIENTO DE LOCAL.—LOS SUPUESTOS DE FUSION DE SOCIEDADES DETERMINAN LA RESOLUCION DEL ARRENDAMIENTO, ANTES DE LA REFORMA DE LA LEY DE 25 DE JULIO DE 1989, QUE NO TIENE EFECTOS RETROACTIVOS. (SENTENCIA DE 31 DE OCTUBRE DE 1996.)

El Juzgado número 6 de Barcelona desestimó la demanda, pero la Audiencia Provincial revocó la anterior.

No procede la casación. Del articulado de la Ley 33/1984, de 2 de agosto, sobre Ordenación de los Seguros Privados, al reconocer a las entidades aseguradoras la facultad de fusionarse entre ellas, no se deduce que se quisiera derogar o modificar, en todo o en parte, el artículo 114-5 LAU. De aquí que se produce la fusión por absorción de «Occidente, Compañía Española de Seguros» por la Sociedad «Catalana Compañía de Seguros y Reaseguros» en noviembre de 1988, adoptando la denominación «Catalana Occidente, S.A. de Seguros» y con pérdida de la personalidad jurídica de «Occidente Compañía Española de Seguros», pretendiendo la recurrente que tal fusión ha de incluirse en el artículo 31.4 LAU, según el cual no se reputa causado el traspaso cuando las sociedades cambian de forma por ministerio de la Ley, pero el cambio de forma o transformación es distinta de la fusión, de aquí que no sea factible extender el claro tenor literal del artículo 31.4 a hechos distintos del que el precepto describe, y además este cambio de forma no se hace por ministerio de la ley, sino de forma voluntaria, y la interpretación sociológica no autoriza para modificar la Ley, sino sólo para suavizarla (sentencia de 7 de enero de 1991). Es doctrina constante de esta Sala (sentencia de 13 de mayo de 1992, 8 de febrero, 17 de marzo y 8 de octubre de 1993 y de 14 de marzo de 1995) que los casos de fusión de sociedades producen efectos resolutorios de los contratos de arrendamientos urbanos, concertados por las entidades que se integran en la nueva, aunque la Ley 19/1989, de 25 de julio, de Reforma de la legislación mercantil y adaptación a las normas de la Comunidad Europea, dio nueva redacción al número 4 del artículo 31 LAU, estableciendo en su artículo 19 que no se reputa causado el traspaso en los casos de fusión, pero la nueva norma no tiene efectos retroactivos y no puede aplicarse al litigio que se suscitó antes de la Ley. La fusión en cuestión se hizo en 16 de noviembre de 1988 y se inscribió en 10 de enero de 1989, iniciándose el litigio antes del 1 de enero de 1990, fecha de entrada en vigor de esta Ley.

SUBARRIENDO.—EL REQUISITO DE LA AUTORIZACION EXPRESA PARA SUBARRENDAR PUEDE SER SUSTITUIDO POR OTROS MEDIOS DE PRUEBA. EN CAMBIO SI SE ESTIMA QUE EL ARRENDATARIO FUE UNA PERSONA INTERMEDIA PARA BURLAR LA PRORROGA FORZOSA DEL ARTICULO 57 LAU. (SENTENCIA DE 14 DE NOVIEMBRE DE 1996.)

El Juzgado número 2 de Córdoba estimó la demanda, pero la Audiencia Provincial revocó la anterior.

Triunfa en parte la casación. El requisito de la autorización expresa para subarrendar es *ad probationem*, pudiendo ser sustituida por otros medios de prueba y nunca un requisito *ad solemnitatem*, necesario para la eficacia del contrato, y así se infiere del sistema espiritualista imperante en nuestra legislación a partir del Ordenamiento de Alcalá, estableciéndose la libertad de forma como principio general. Así, las sentencias de 27 de septiembre de 1991 y 25 de octubre de 1993 sientan la doctrina de que la autorización escrita no tiene valor constitutivo o de *conditio iuris*. En este caso el análisis probatorio lleva a la conclusión de la existencia de un consentimiento, aunque no revista la forma de escritura otorgada por el recurrente, y se desprenden de una correspondencia continuada con la sociedad subarrendataria las revisiones de renta hechas y la percepción normal de dichas rentas. En cambio, sí se estima el segundo motivo de casación, en el que se entiende que el arrendatario fue una persona intermedia para concertar el contrato sobre el local de negocio, a fin de burlar el principio de prórroga *ope legis* del artículo 57 LAU, del que no puede beneficiarse el subarrendatario, incurriendo la sentencia recurrida en contradicción al hablar de subarriendo por una parte, y por otra, afirmar la nula intervención contractual del arrendatario y asignar dicha calidad contractual al subarrendatario. En el presente supuesto no existe fraude de ley, ya que no hay terceros afectados por un contrato simulado, sino que el referido contrato sólo afecta a las partes contratantes. Si se hubiera querido plasmar un arrendamiento con el subarrendatario hubieran sobrado el arrendamiento y el consentimiento del arrendador, dado el espacio tan corto de tiempo que media entre dichas escrituras, teniendo en cuenta que el subarrendatario se atribuye el carácter de arrendatario en una carta dirigida al propietario.

RESOLUCION DEL ARRENDAMIENTO DE LOCAL.—EXISTE SUBARRIENDO EN UNA DE LAS PLANTAS ARRENDADAS QUE ES DONDE SE HAN INTRODUCIDO LAS MAQUINAS, QUE SUPONIA LA CESION A TERCEROS DE DICHA PLANTA CONTRA LA PROHIBICION DE SUBARRENDAR, EXISTENTE EN EL CONTRATO. (SENTENCIA DE 25 DE NOVIEMBRE DE 1996.)

El Juzgado número 6 de Madrid estimó la demanda y la Audiencia Provincial revocó parcialmente la anterior, estimando que procedía la resolución, respecto a una de las plantas arrendadas y no respecto a la otra ni respecto al sótano.

No se admite la casación. Existía la prohibición de subarrendar y el propio subarrendatario reconoció que ocupaba parte del local arrendado y ejercía su actividad con autonomía. No puede aplicarse al caso la jurisprudencia que dice que la introducción de máquinas tragaperras no desvirtúa el arrendamiento del local, ya que se ha probado la entrada de un extraño al local y ha

sido calificada la ocupación de subarriendo, como ya se ha visto antes, por lo que se está ante un caso contemplado por el artículo 114.2 y la relación entre arrendatario y subarrendatario es locaticia, como lo demuestran los hechos de ambas, entre ellos el planteamiento de un juicio declarativo por el primero, con motivo del subarriendo en el que se planteaba el régimen legal aplicable. La Sala resuelve sólo el contrato de arrendamiento cuyo objeto es la planta primera, porque ha llegado a la convicción de que sólo en ella se produjo el subarriendo, y no puede alterarse su decisión, so pretexto de una conducta procesal mantenida en otro juicio entre las partes, cuyo final se desconoce y de la que no cabe obtener la existencia de una declaración de voluntad, tendente a crear o modificar una situación jurídica. Por tanto, no puede extenderse la resolución de los dos contratos de arrendamiento existentes, sino sólo el del local en que se introdujeron las máquinas referidas.

SUBARRIENDO.—LA FIJACION DEL DESTINO DEL LOCAL ARRENDADO: «CONSULTAS MEDICAS» NO AUTORIZABA PARA SUBARRENDAR DICHO LOCAL A DISTINTOS PROFESIONALES QUE NO TENIAN NINGUN VINCULO DE COLABORACION CON EL ARRENDATARIO, SINO QUE EJERCIAN INDEPENDIENTEMENTE SU PROFESION. (SENTENCIA DE 27 DE NOVIEMBRE DE 1996.)

El Juzgado número 6 de Madrid desestimó la demanda y la Audiencia confirmó la anterior.

Triunfa la casación. Existía una cláusula en el arrendamiento en la que decía: «Se autoriza expresamente por la parte arrendadora al arrendatario a poder usar el local arrendado para otros fines derivados de la profesión médica, tales como consultas y demás actividades conexas con dicha profesión». Las sentencias de instancia interpretaron esta cláusula como un permiso para subarrendar, pero este permiso ha de ser expreso y la utilización del piso para consultas no es más que la fijación del destino a que se dedicaría el piso. Las «consultas» podría establecerlas el propio arrendatario con colaboradores, pero no se ha dado ninguna autorización para que otros médicos la utilicen para sus consultas, sin que hayan demostrado que tuvieran con el arrendatario ninguna relación de subordinación o de colaboración profesional, sino que ejercen su carrera con autonomía en el local arrendado. No es lógico que una sociedad mercantil celebrase un contrato que permitiera que veintitún médicos utilicen el local, y se pasen consultas de doce sociedades, sin que exista más que un arrendatario que satisfaga una renta exigua para la categoría del local arrendado.

RESOLUCION DEL ARRENDAMIENTO DE LOCAL.—LA OCUPACION DE PARTE DEL LOCAL ARRENDADO POR UNA GRAN SUPERFICIE, CUANDO LA ACTIVIDAD DE LOS QUE OCUPAN DICHA PARTE ES AUTONOMA E INDEPENDIENTE, SUPONE SUBARRIENDO QUE NECESITA AUTORIZACION EXPRESA DEL ARRENDADOR. (SENTENCIA DE 28 DE NOVIEMBRE DE 1996.)

El Juzgado número 2 de Santander estimó la demanda y la Audiencia Provincial confirmó la anterior.

No se admite la casación. La sentencia recurrida sienta como hechos probados que las entidades demandadas tienen su actividad comercial en el local litigioso con trabajadores propios e inscritos en la Seguridad Social, no habiéndose probado que tengan relación societaria con la arrendataria, llegando a la resolución contractual, bien por causa de subarriendo, bien por cesión del local incontestada. El recurrente atribuye a estas personas extrañas la condición de colaboradores en el negocio global, que explota el arrendatario, pero sin que aporte la clase de prestaciones económicas, concurriendo como cuotas participativas en los beneficios de las explotaciones comerciales incorporadas. Por el contrario, estas personas tenían autonomía en relación a sus clientes y afrontaban los riesgos, llevando a cabo el despacho al público, ocupando sus respectivos espacios, con lo que se lleva a la conclusión de haberse probado la cesión por parte del local a unos terceros sin autorización de la propiedad. La necesidad de atender la demanda amplia de la clientela en las grandes áreas comerciales, exige el respeto a las relaciones contractuales vigentes, que no pueden resultar conculcadas y menos presentarse lesivos para la parte arrendadora, pues la libertad de pacto no autoriza a disponer de sus derechos por sí sola a una de las partes, por no permitirlo el artículo 1.256 del Código Civil. No desvirtúa el hecho de que la cesión sea sólo parcial ni la mayor o menor extensión de la superficie ocupada, el que se produzca una situación clandestina de introducción de terceros, como subarriendo o cesión, y esto no queda diluido por el hecho de que los intereses comerciales de los terceros coincidan con el objeto social de la empresa arrendataria, ni que ésta continúe en el resto del local desarrollando sus propias actividades comerciales. Tampoco ha probado la recurrente darse situación de arrendamiento o aparcería industrial con concurrencia participativa en cuota de beneficios (sentencia de 28 de abril de 1995) para justificar la presencia de sociedades terceras en el local del contrato y destruir la presunción legal de subarriendo o cesión incontestada. La autorización genérica para subarrendar del artículo 1.550 del Código Civil se refiere a los contratos sometidos a la legislación común pero no cuando se trate de relaciones sujetas a la LAU.

RETRACTO.—NO ES PRECISA LA NOTIFICACION DE LOS ARTICULOS 47 Y 48 LAU, SI LA ARRENDATARIA TUVO CONOCIMIENTO DE LA TRANSMISION, DADA SU CONDICION DE REPRESENTANTE LEGAL DE LA DEMANDANTE Y DE LA DEMANDADA. DESDE EL MOMENTO DE SU CONOCIMIENTO SE COMPUTA EL PLAZO PARA LA CADUCIDAD DEL RETRACTO. (SENTENCIA DE 30 DE NOVIEMBRE DE 1996.)

El Juzgado de Villena estimó la demanda, pero la Audiencia revocó la anterior.

No se estima la casación. La demanda tenía por objeto el requerimiento hecho por la demandada a la demandante para que notificara las condiciones esenciales en que se efectuó la transmisión a su favor de las fincas arrendadas, según el contrato de 1 de abril de 1967, mediante entrega de la copia de la escritura en que se formalizó dicha transmisión. Consta acreditado en autos que la actora retrayente tenía conocimiento de la transmisión efectuada en un procedimiento del artículo 131 LH, mediante el auto de adjudicación, como consecuencia de haber intervenido en dicho procedimiento en calidad de parte demandada la entidad representada por la persona que, igualmente, ostentaba

tal cargo en nombre de la mercantil demandante apelada. Y todo ello implica notificación fehaciente, ya que el representante legal de una sociedad tiene la obligación de comunicar a su mandante todas las notificaciones que se hubieran practicado, pues la de los artículos 47 y 48 LAU es una medida precautoria para garantizar el derecho del arrendatario, pero según reiterada jurisprudencia cuando la conducta observada revele no sólo el conocimiento de la relación jurídica creada por la transmisión a terceros, sino además el asentimiento a dicha transmisión, no se hace imprescindible la notificación (sentencia de 11 de febrero de 1972) implicando una verdadera notificación desde el momento en que el representante legal de la demandante conocía a través de otro procedimiento la transmisión. Desde el momento en que se tenía perfecto conocimiento de la adjudicación hasta el día de la toma de posesión, transcurrió un período de tiempo en el que, de modo tácito, se dio por notificada, y en consecuencia no puede pedir ahora que se le notifique la venta y, en todo caso, el derecho de retracto habría caducado conforme al artículo 48 LAU. Siendo el conocimiento de las condiciones de la transmisión una cuestión de hecho, hay que atenerse a la apreciación del tribunal *a quo*, como tiene declarado esta Sala. Es también doctrina del Tribunal Supremo que el momento en que tuvo conocimiento el arrendatario de las condiciones del contrato es el que fija el plazo de caducidad para el retracto, cuyo plazo había transcurrido con exceso en este supuesto.

RETRACTO.—NO PROCEDE ESTE DERECHO PORQUE SE TRATABA DE UNA COMPRAVENTA SIMULADA, ES DECIR, DE UNA TRANSMISION FIDUCIARIA PARA PROPORCIONAR AL ACREEDOR UNA GARANTIA DE SU CREDITO. (SENTENCIA DE 3 DE DICIEMBRE DE 1996.)

El Juzgado número 4 de Leganés desestimó la demanda y la Audiencia confirmó.

No se admite la casación. Las alegaciones de que lo vendido no coincide con lo arrendado, no puede admitirse, en realidad aunque en la descripción de la finca no figure, ya existía la nave arrendada, y el hecho de que no se declare la obra nueva hasta 1989 —cuatro años después de la venta— no significa nada contra la realidad de los hechos. Según el artículo 358 del Código Civil, el propietario de la parcela era dueño de la nave construida por él. La tardía separación entre vuelo y suelo, en modo alguno puede perjudicar a terceros. Realmente este argumento no tiene tampoco gran importancia, porque la sentencia recurrida dice que no había un verdadero contrato de compraventa si no un negocio jurídico fiduciario, por el que se transmite la propiedad de la finca en garantía de determinadas operaciones crediticias y constituye una compraventa simulada, proporcionando al comprador una seguridad como acreedor. Dado que no existe ningún negocio jurídico oneroso, que habilite para ejercitar el retracto, como lo demuestra que en el contrato de arrendamiento se concede al arrendatario una opción de compra por 5.040.000 pesetas y en la escritura de venta se vende por 400.000, lo que indica es que no era éste el precio real de la finca, lo que debió llamar la atención del retrayente hacia la naturaleza de la operación que reflejaba la escritura.

RESOLUCION DE ARRENDAMIENTO.—PARA EJERCITAR SU DERECHO EL ARRENDADOR, EN CASO DE TRASPASO, NECESITA CONOCER NO SOLO LA CUANTIA SINO TAMBIEN LOS PLAZOS Y FORMAS DE PAGO DEL PRECIO DEL TRASPASO. (SENTENCIA DE 10 DE DICIEMBRE DE 1996.)

El Juzgado número 6 de Palma desestimó la demanda y la Audiencia, acumulando este juicio a otro entre las mismas partes, rechazó la apelación en uno y la admitió en otro.

No se admite la casación. Se plantearon dos demandas de resolución de contrato, por no uso o cierre del local más de seis meses y por traspaso ilegal. La Audiencia confirmó en cuanto a la acción por cierre, pero revocó en cuanto al traspaso ilegal. El artículo 32 LAU establece los requisitos para la existencia de traspaso, diciendo que la falta de cualquiera de ellos facultará al arrendador a no reconocer el traspaso y así lo ratifica la sentencia de 18 de enero de 1966, pues por la simple renuncia a los derechos de tanteo y retracto no se vacía el artículo 32 ni exime de cumplir los que quedan subsistentes, siguiendo así una constante doctrina jurisprudencial. Funda la sentencia recurrida su pronunciamiento estimatorio de la demanda en que la notificación no cumple el requisito previsto en el número 4 de dicho artículo, es decir, la forma de pago pues, como dice la sentencia de 30 de junio de 1962, la forma y plazos de pago son circunstancias esenciales para la decisión del arrendador, no bastando con que conozca la cuantía del precio del traspaso si no también la forma de pago y los aplazamientos pactados entre cedente y cesionario. De aquí que, al no haberse notificado el aplazamiento sin interés alguno del precio del traspaso, no se ajusta al artículo 32.4 y faculta a la actora a desconocer el traspaso y resolver el contrato, ya que la notificación carece de eficacia legal y es como si no se hubiera hecho.

RESOLUCION DE ARRENDAMIENTO.—DEL CONJUNTO DE LAS PRUEBAS PRACTICADAS SE DEDUCE QUE LAS OBRAS REALIZADAS EN EL LOCAL LO HAN SIDO POR EL ARRENDATARIO Y NO EXISTIAN ANTES DE SU ENTRADA EN EL LOCAL, NO EXISTIENDO EL CONSENTIMIENTO DEL ARRENDADOR PARA LAS MISMAS. (SENTENCIA DE 10 DE DICIEMBRE DE 1996.)

El Juzgado número 12 de Barcelona estimó la demanda y confirmó la Audiencia.

No se admite la casación. La pretensión, resolutoria del arrendamiento, se basa en la realización de obras in consentidas, siendo estas obras la supresión de una cocina para convertirla en cuarto de baño y la división de la única nave del local en varias habitaciones que se destinan a dormitorios, convirtiendo el café-bar en un «mueble». La demandada niega que haya sido ella la que ha realizado las obras, y dice que ni en el contrato que se pretende resolver ni en el anterior se describe la estructura del local, por lo que cabe sostener la posibilidad de que el local ya tuviese la configuración a que alude el actor al celebrarse el contrato. Pero esto se contradice con múltiples indicios que van, desde la ausencia de tales estancias en los informes previos del perito, hasta actitudes de clara disconformidad con el giro imprimido al negocio, pasando por la ausencia de móvil de lucro, ya que había evidencia de ello al arrendar por una renta no excesiva, y la opinión del perito que demuestra la elimina-

ción de tales dependencias, quedando la huella del arrancamiento de tabiques, obras que, indudablemente, afectan a la configuración del local y a su seguridad. En las diligencias para mejor proveer, se llegó a la conclusión de que en el local existían dos habitaciones con camas, así como duchas. En cuanto al informe del «Servicio de Espectáculos de la Generalitat de Catalunya», alegada por el recurrente, no sirve para evitar el dictamen al que nos referimos antes, aparte de que no tiene el carácter de prueba documental sino de un mero informe de un organismo oficial.

RESOLUCION DE ARRENDAMIENTO.—LA FUSION POR ABSORCION DE UNA SOCIEDAD MERCANTIL NO SIGNIFICA LA EXTINCION DE LA PERSONALIDAD JURIDICA DE LA ABSORBIDA, NO DANDOSE LA SITUACION DE TRASPASO O CESION INCONSENTIDA DEL LOCAL. (SENTENCIA DE 12 DE DICIEMBRE DE 1996.)

El Juzgado número 10 de Málaga desestimó la demanda y la Audiencia Provincial confirmó.

No se admite la casación. No cabe hablar de fusión, absorción ni de transmisión, sino de mero cambio de denominación. Según el recurrente, como el Banco Luso-Español compró el 99,9 por 100 del capital de la arrendataria «Chase Manhattan Bank», se trata de una cesión inconsentida que incurre en la causa 5.ª del artículo 114 LAU, y no sólo de cambio de denominación, constituyendo un fraude de ley y un abuso de derecho, pero la cuestión a dilucidar es si hay o no introducción de un tercero. Pero es evidente que la compra de la mayoría de acciones de la arrendataria no implica la desaparición de la personalidad jurídica de la sociedad vendedora, lo cual cabe asimilarlo a una fusión de sociedades por absorción, sin que signifique la extinción de la sociedad absorbida, cuan de manera acertada puntualizó el tribunal *a quo*, siendo lo cierto que no concurrió situación de traspaso o cesión del local que llevase consigo la introducción de un tercero en el uso o disfrute del mismo a los efectos del artículo 29 LAU, ni existe fraude de ley ni abuso de derecho, merecedores de sanción. Hay que tener en cuenta que la Ley 19/1989, de Reforma de la Legislación Mercantil, modificó el artículo 31.4 y estableció que no se reputará causado el traspaso en los casos de transformación, fusión y escisión de las sociedades mercantiles, teniendo el arrendador derecho a elevar la renta como si el traspaso se hubiera producido.

RESOLUCION DE ARRENDAMIENTO.—LAS OBRAS REALIZADAS NO SON LAS PRIMERAMENTE AUTORIZADAS EN EL CONTRATO, SIN QUE QUEPA ADMITIR EL ALARGAMIENTO DE LAS MISMAS POR EXIGENCIAS ADMINISTRATIVAS PARA ENTENDERLAS COMPRENDIDAS EN AQUELLA AUTORIZACION. (SENTENCIA DE 13 DE DICIEMBRE DE 1996.)

El Juzgado número 10 de Zaragoza desestimó la demanda, pero la Audiencia Provincial revocó.

No se da la casación. El recurrente-arrendatario realizó obras que no eran las primeramente autorizadas, sino que lo fueron en base a un proyecto técnico, distinto al que rigió las obras, primeramente permitidas y después de un período de tiempo de más de tres años a contar de la terminación de las obras

primeras hasta la iniciación de las obras no consentidas, dato este a tener en cuenta, pues una serie sucesiva de obras podrían convertir en ilusorias las bases de la circunstancia resolutoria de arrendamiento de local plasmado en el mencionado artículo 114.7.^a LAU. La pretendida justificación de un alargamiento en el tiempo de las obras realizadas en el local de negocio por unas exigencias de las Ordenanzas Municipales de Incendios y de Protección del Medio Ambiente, exigidas por la autoridad municipal y que alega el recurrente no puede ser tenida en cuenta, y así lo dice la sentencia de 17 de febrero de 1992, cuando afirma que el artículo 110 LAU obliga al arrendatario a requerir al propietario a la realización de tales obras administrativamente impuestas, antes de llevarlas a cabo el propio arrendatario, requerimiento no demostrado en la presente cuestión.

DESAHUCIO.—EL ARRENDAMIENTO DE LOCAL DESTINADO A OFICINA BANCARIA TIENE LA CONDICION DE ARRENDAMIENTO DE LOCAL Y NO DE OFICINA PROPIAMENTE DICHA, ACCESORIA DEL TRAFICO BANCARIO. (SENTENCIA DE 21 DE DICIEMBRE DE 1996.)

El Juzgado número 1 de Azpeitia estimó la demanda y la Audiencia confirmó la anterior.

Triunfa la casación. Declararon extinguido el contrato por causa de necesidad, tanto el Juzgado como la Audiencia. La sentencia de 4 de mayo de 1966 dice que para distinguir el arrendamiento de local de negocio, según el artículo 1 LAU, del de oficinas, cuando el arrendatario se valga de él para ejercer actividades de comercio, de industria, o de enseñanza con fin lucrativo a que se refiere el artículo 5, es decir, que cuando el local represente lo esencial en el ejercicio de la industria, se estará ante un arrendamiento de local, mientras que, por el contrario, cuando el local sea meramente parte secundaria o accesoria del negocio, o centro de operaciones que radican en otro lugar distinto, se estará ante un arrendamiento de local de oficinas propiamente dicho, lo que confirma la sentencia de 22 de marzo de 1994. Es indiscutible que las actividades realizadas por el Banco Hispano-Americano son las propias de una entidad de crédito, por lo que ha de considerarse el contrato como de local de negocio y no de oficina, cual hacen los juzgadores de instancia, con infracción de los preceptos legales citados y la doctrina jurisprudencial expuesta, ya que la actividad no puede calificarse de accesoria o secundaria del giro o tráfico bancario sino que constituye la actividad propia de la demandada. No habiéndose determinado la indemnización que, conforme al artículo 70.4 LAU, habría de percibir la entidad demandada como arrendataria de un local de negocio, y no ser posible el desalojo del local sin la previa percepción de la indemnización fijada, ya sea de común acuerdo o en la forma señalada por la sentencia de 28 de febrero de 1987, esto es, por los Tribunales, al ser imposible la constitución de la Junta de Estimación prevista por la LAU, realizándose una acumulación de acciones: una para la resolución contractual y otra para determinar, teniendo por prorrogado el contrato hasta que no se verifique el pago de la indemnización.

C. R. R.

F) RESPONSABILIDAD CIVIL

Por JOSÉ MARÍA CORRAL GIJÓN, PATRICIA LÓPEZ PELÁEZ,
JUANA RUIZ JIMÉNEZ, TERESA SAN SEGUNDO MANUEL
y LOURDES TEJEDOR MUÑOZ
(Departamento de Derecho Civil de la UNED.
Director: Profesor LASARTE)

*RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL.—INTENTO DE SUICIDIO.
INEXISTENCIA DE RUPTURA DEL NEXO CAUSAL. CONCURRENCIA DE
CULPAS. (SENTENCIA DE 14 DE FEBRERO DE 2000.)*

Ponente: Excmo. Señor don Román García Valera.

Una niña de doce años de edad, que se hallaba en el aula número 1, ubicada en el séptimo piso del edificio ocupado por el colegio donde se impartían clases de plástica, y ocupaba un lugar junto a una de las tres ventanas allí existentes —situadas a 68 centímetros del suelo y cuyos cierres carecían de mecanismos de seguridad, como asimismo de redes o mallas de protección, y a las que cabía acceder fácilmente desde encima del banco o del pupitre que se encontraban a una distancia del quicio o marco de aquéllas de 24 y 13,5 centímetros, respectivamente, que había abierto previamente, se subió a su pupitre y de ahí al alféizar de la ventana, y tras un impulso, se arrojó al vacío, y al caer sobre una terraza, a nivel del piso primero, resultó con lesiones gravísimas.

El padre interpone demanda pidiendo veinte millones de indemnización al colegio, a la profesora y a la compañía de seguros. El Juzgado de Primera Instancia estima parcialmente la demanda en cuanto al colegio y la aseguradora, concediendo sólo diez millones de pesetas y absolviendo a la profesora. La sentencia es confirmada por la Audiencia Provincial.

El Tribunal Supremo desestima el recurso de casación interpuesto por la compañía de seguros.

Aun desde la óptica de que la caída de la menor no se produjo por hallarse ésta en movimiento junto a una ventana abierta, sino que fue un acto voluntario y consciente de la misma, no hay duda de que dicha acción pudo evitarse si el colegio hubiera adoptado las medidas de precaución posibles y socialmente adecuadas, en consonancia con las normas de seguridad.

En verdad, en el suceso objeto del debate, no medió culpa exclusiva de la niña que determinara la ruptura del nexo causal, sino una conjunción de causas, ambas relevantes para la efectividad del hecho, sin que ninguna de ellas esté provista de eficacia suficiente para anular a la otra, por lo que esta Sala acepta el razonamiento de instancia con mención a que no puede exigirse a los menores el mismo grado de madurez en su actuar que a una persona adulta, de donde resulta que no excluye por completo la responsabilidad del colegio, ni estima como única causa eficiente del evento la conducta de la niña, pues si las ventanas estuvieran dotadas de los debidos mecanismos de protección, el suceso hubiese podido ser evitado, por lo que la apreciación de concurrencia de culpas, en igual grado y con igual virtualidad, sirve para moderar la responsabilidad civil de los demandados (SSTS de 20 de julio de 1992, 28 de diciembre de 1993 y 2 de marzo de 1994).

SUICIDIO. NO RESPONDE EL CENTRO SANITARIO ENCARGADO DE LA VIGILANCIA VISUAL DEL ENFERMO POR INEXISTENCIA DEL NEXO CAUSAL. (SENTENCIA DE 17 DE FEBRERO DE 2000.)

Ponente: Excmo. Señor don Luis Martínez Calcerrada y Gómez.

La madre de un enfermo mental que se ha suicidado, interpone demanda contra el Servicio Vasco de Salud y la compañía aseguradora, pidiendo indemnización como consecuencia del suicidio, estando ingresado en un establecimiento de la demandada por haberse arrojado a la ría tras haberse escapado del establecimiento.

Estimada parcialmente la demanda por el Juzgado de Primera Instancia, la sentencia es revocada por la Audiencia Provincial y se recurre en casación alegándose al efecto que la responsabilidad del establecimiento psiquiátrico por acción de omisión culposa es evidente, por cuanto que, en el caso de autos, se dio literalmente la falta de vigilancia médica o del personal auxiliar por el incumplimiento genérico de vigilancia al enfermo y el olvido concreto de la orden de vigilancia visual sobre el mismo, mientras bajaba y estaba en terapia ocupacional, y que existe una evidente relación de causa/efecto entre la falta de vigilancia y el suicidio, y que la realidad del daño se halla circunscrita a la indemnización otorgada por el Juzgado de Instancia al dictar sentencia.

Se desestima la casación, confirmándose la sentencia de la Audiencia que absuelve de la demanda, declarándose al efecto que debe ratificarse la tesis de la Sala *a quo*, ya que, habida cuenta la transcrita mecánica del suceso en la que sobresale que del Centro Psiquiátrico en donde estaba ingresado el fallecido recibiendo terapia ocupacional, se escapa del mismo, tal y como lo había realizado dos veces, y en vez de dirigirse a su casa, como lo había realizado con anterioridad, se tira a la ría y se ahoga, de lo que se deriva que no se puede, dentro de la labor asistencial de todo Centro, como dice el motivo, sostener que se ha cometido por éste un «incumplimiento genérico de vigilancia del enfermo», porque entonces esa vigilancia —en este caso la llamada vigilancia visual— habría de rebasar los extremos de un normal entendimiento, según la lógica de los hechos, pues la tesis del motivo equivaldría, sin más, que en el supuesto de los enfermos mentales y sin perjuicio de que como el de autos hubiera ejecutado conductas anteriores alusivas o semejantes a la posterior causante del fatal resultado, el establecimiento hospitalario albergante debía imponer a toda costa y permanentemente al interesado, personal y exhaustiva vigilancia, casi determinante de la privación total y absoluta de libertad del paciente.

Y en el fundamento jurídico tercero de la sentencia se declara: Finalmente, la Sala no tiene sino que subrayar que el seguimiento de la postura del motivo y del recurso abocaría en una peligrosa adopción del condenable apotegma del *causa causae* que, rechazado secularmente en el Derecho punitivo, también en nuestro Derecho sustantivo, en el campo de la responsabilidad, ha de marginarse, no sólo porque cercena la savia informadora de su esencia voluntarista compulsadora de la dinámica humana de su causa originaria, sino porque una causalidad así apreciada, en exclusiva, por su efecto final o daño, difícilmente evitaría que si en un verosímil proceso posterior a ese origen, el interesado hubiera incurrido en un acervo de ilícitos, con producción de daños, lesiones o hasta muertes, acaecibles, tal vez, en la hipótesis juzgada de sujetos tan alterados en su normalidad psíquica, o con un desequilibrio total de impulso suicida inevitable, también habría de atribuirse o imputarse una

responsabilidad a quien como, la parte recurrida, actuó dentro de esos parámetros de normalidad en su deber de vigilancia, y sin la más remota incidencia en ese mecanismo desorbitado de una causalidad mal entendida, y por supuesto, no eficiente.

LEGITIMACION ACTIVA: LA TIENE EL USUARIO DE LA VIVIENDA DAÑADA. FALTA DE ACREDITACION DEL NEXO CAUSAL. (SENTENCIA DE 24 DE FEBRERO DE 2000.)

Ponente: Excmo. Señor don Román García Varela.

La cuestión litigiosa se centra en la determinación de si las filtraciones existentes en la cueva de la vivienda de la demandante proceden o no de un pozo negro construido por los demandados.

El Juzgado rechazó la demanda y su sentencia fue revocada por la Audiencia.

Los demandados recurren en casación alegando falta de legitimación de la demandante, que no es propietaria sino sólo usuaria de la vivienda, y además por no haberse probado que sea precisamente el pozo de los recurrentes el origen del daño.

El primer motivo no se admite, declarándose al efecto que la actora actúa en el proceso como dueña y poseedora de la cueva donde reside y, pese a que la justificación de su derecho de dominio es endeble, no hay duda de que su condición de usuaria está debidamente acreditada en las actuaciones y no ha sido desmentida de adverso, y habida cuenta de que la facultad para ejercitar la acción instada no sólo dimana de la calidad de propietaria de la finca, sino que también está facultada para su utilización quién es usuaria y sufre las consecuencias perjudiciales, es obvio que la demandante se encuentra legitimada para la defensa de sus derechos que dice lesionados, cuales son los de la salud y de la vivienda (arts. 43.1 y 47 de la Constitución Española).

En cambio, se da lugar a la casación porque se considera que el perito no individualiza el pozo causante de las filtraciones, sino que generaliza que estas anomalías provienen de los situados en la zona que menciona, sin que la demandante solicitara aclaraciones sobre esta cuestión en el acto de ratificación del informe y, ante tal inconcreción, no puede sentarse, como hace la resolución recurrida, que el causante del daño sea precisamente el construido por los demandados, de manera que, aunque en principio el Juzgador de instancia posee soberanía para la valoración probatoria, ello tiene la excepción de que aquélla resulte ilógica, opuesta a las máximas de experiencia o a las reglas de la sana crítica, que son supuestos de exclusión concurrentes en este caso.

NO RESPONSABILIDAD DE LA ENTIDAD BANCARIA. EX ARTICULO 1.902 DEL CODIGO CIVIL, POR LA CAIDA Y MUERTE DEL CAUSANTE AL BAJAR LAS ESCALERAS DE ACCESO A SUS OFICINAS. (SENTENCIA DE 16 DE MARZO DE 2000).

Ponente: Excmo. Señor don Luis Martínez Calcerrada Gómez.

La sentencia del Juzgado de Primera Instancia número 2 de Alcalá la Real, de 23 de enero de 1995, desestima la demanda interpuesta por los dos actores

frente al Banco demandado, en donde reclamaban la suma de 5.000.000 de pesetas para cada uno por daños morales, a consecuencia del fallecimiento de su padre cuando salía de dicha entidad y a causa de la caída por la falta de barandilla en el acceso a la citada entidad, y apelada ésta por los citados actores se desestima, asimismo, la apelación, confirmando la de la primera instancia por sentencia de la Audiencia Provincial de Jaén.

El Tribunal Supremo desestima el recurso de casación interpuesto: No es posible admitir que se den los presupuestos para que se entienda aplicable lo dispuesto en el artículo 1.902 del Código Civil, y no tanto porque inexistiera por completo la negligencia por parte del Banco demandado, elemento indispensable para acreditar la responsabilidad aquiliana a que se contrae el mencionado artículo 1.902, sino, sobre todo, porque, incluso, se carece del elemento de causalidad preciso para determinar que el efecto dañoso —esto es, la muerte— del padre de las causantes fue debido, cabalmente, a una conducta por acción u omisión por parte de la entidad demandada, ya que ese nexo de causalidad requiere, se compruebe sin duda, o se constate que en el fenómeno de la dinámica social esa muerte se produjo por el hecho de la caída, y que ésta lo fue no por el empleo libre de las facultades deambulatorias del afectado, sino por la existencia de un *facere* por acción u omisión reproducible e imputable a la entidad, ya que es evidente que en el hecho de la caída, en caso alguno puede entenderse intervención positiva u omisiva negligente por parte de la entidad bancaria demandada, y para lo que bastaría subrayar lo que, sin que se cuestione en el caso de autos, resplandece, o sea, que ese acceso a esas escaleras sin barandilla nunca había producido en ocasiones anteriores un efecto dañoso o análogo, por lo cual es preciso, pues, afirmar que la singularidad de dicha caída ha de atribuirse, justamente, a la dinámica de las facultades psico/físicas más o menos limitadas del propio fallecido, verosímil aserto al reflexionar, habida cuenta su edad —setenta y nueve años—, por todo ello, y sin que quepa admitir que por mucho que se atenúe el elemento culpabilístico de la responsabilidad aquiliana, no cabe claudicar en la supresión por completo de tal presupuesto voluntarista determinante de la culpa o negligencia, porque, en otro supuesto, estaríamos dentro del marco de una auténtica responsabilidad objetiva.

EXISTENCIA DE DOS CONDUCTAS CULPOSAS COMPARTIDAS CUYO RESULTADO SE TRADUCE EN UNA COMPENSACION DE LAS CONSECUENCIAS PECUNIARIAS. (SENTENCIA DE 27 DE ABRIL DE 2000.)

Ponente: Excmo. Señor don Román García Varela.

Son antecedentes necesarios para la resolución de este recurso de casación los siguientes:

1.º El 19 de junio de 1993, don Hemant Patel, en compañía de su familia, acudió al centro comercial «HIPERCOR», sito en Gijón, a fin de realizar unas compras y, para ello, antes de acceder del garaje a la planta superior mediante un andén móvil o aparato de elevación mecánica, tomó un carro de la compra y sentó en el mismo a su hijo Hiren, de ocho años de edad y de 1,50 metros de estatura.

2.º Sentado en el carro, el niño Hiren iba con la cabeza sobre sus manos y apoyado en el pasamanos del elevador, y miraba por encima de la barandilla el suelo de otra plataforma mecánica ubicada más abajo.

3.º Al cruzarse en un punto determinado la barandilla del elevador mecánico con la estructura de cemento donde se asienta otro elevador que, formando ángulo, enlaza con la planta superior, al niño Hiren le quedó atrapado el cuello con la cabeza para abajo, mientras que su cuerpo era transportado hacia arriba, y por la presión sufrida, aquélla salió despedida del hueco, de lo que resultó con la amputación del pabellón auricular izquierdo.

4.º Por las medidas características de los citados carros de la compra, el espacio reservado al efecto sólo es apto para bebés o niños de corta edad que, por su peso y altura, puedan ir sentados correctamente en el interior del mismo.

5.º Al subirlo a la plataforma, el carro queda inmovilizado por asentarse sus ruedas sobre la superficie estriada de aquélla, de manera que sólo con un notable esfuerzo se consigue moverlo.

6.º En la fecha del suceso, «HIPERCOR» no cumplía la medida de seguridad relativa a las cintas transportadoras de personas a que se refiere la Norma Europea EN-115, adoptada el 31 de mayo de 1983 por el Comité Europeo de Normalización (CEN), concretamente por no haber colocado, por encima de la balastrada, deflectores verticales de, al menos, 0,3 metros de altura, que no presenten ningún borde agudo cortante, la cual únicamente no es necesaria si la distancia entre el eje del pasamanos y un obstáculo es igual o superior a 0,50 metros, lo que no se producía en el caso de autos en que, como ha informado el perito judicial en diligencia para mejor proveer, es de 0,08 metros.

7.º Don Hemant Patel demandó por los trámites del juicio declarativo de menor cuantía a la empresa «HIPERCOR, S.A. («CENTRO COMERCIAL COSTA VERDE»)» y a la entidad «LA UNION Y EL FENIX ESPAÑOL, COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS, S.A.», e interesó las peticiones que se detallan en el antecedente de hecho primero de esta sentencia.

El Juzgado acogió la demanda y su sentencia fue parcialmente revocada en grado de apelación por la de la Audiencia en el sentido de condenar solidariamente a los codemandados a abonar al actor la cantidad que se determine en ejecución de sentencia en un porcentaje del 40%.

El Tribunal Supremo confirma la sentencia de la Audiencia en atención a la concurrencia de ambas conductas culposas.

Desde la óptica apuntada en el párrafo precedente, concretada por el Juzgador de instancia la conducta culposa de la entidad «HIPERCOR» en términos que esta Sala acepta, nos ocupamos de la actuación de don Hemant Patel, que arranca del propio hecho de consentir el desplazamiento de su hijo, con la edad y estatura antes referida, en un carro de la compra, lo que era impropio a las características del medio utilizado, y sigue con su inhibición ante la postura mantenida por el niño, que se reseña en el punto tercero del fundamento de derecho primero de esta sentencia, todo lo cual constituye sin duda una manifestación de descuido al consentir el traslado indicado y no impedir la irregular posición del menor, con lo que, habida cuenta de la inconsciencia propia de éste, participó, en nexo causal, a la efectividad del accidente, ya que, como sienta la STS de 11 de marzo de 1994, es causa suficiente para producir el resultado aquélla que, aun en concurrencia con otras, prepare, condicione o complete la acción de la causa última.

Además, cabe en este caso señalar la incidencia de la denominada teoría del riesgo no sólo en «HIPERCOR», sino también a don Hemant Patel, toda vez que la STS de 30 de junio de 1985 tiene declarado que la transgresión del deber de vigilancia que a los padres incumbe sobre los hijos *in potestate* con presunción de culpa en quien la ostenta y la inserción de ese matiz objetivo en dicha responsabilidad, que pasa a obedecer a criterios de riesgo en no menor proporción que los subjetivos de culpabilidad, sin que sea permitido oponer la falta de imputabilidad en el autor material del hecho, pues la responsabilidad dimana de la culpa propia del guardador por omisión del deber de vigilancia, cuya doctrina es de aplicación al supuesto de autos.

Por lo explicado, resulta la existencia de dos conductas culposas comparadas, cuyo resultado se traduce en una compensación de las consecuencias pecuniarias, tal como ha realizado el Tribunal de apelación.

CULPA EXTRA CONTRACTUAL.—SE APRECIA LA FALTA DE RELACION DE DEPENDENCIA DE LAS PERSONAS QUE OCASIONARON EL DAÑO Y EL DUEÑO DE LA OBRA. CONCURREN LA ACTUACION IMPRUDENTE DEL DEMANDADO EN LA PRODUCCION DEL RESULTADO DAÑOSO, CON LA ACTUACION IMPRUDENTE DE LA PROPIA VICTIMA, LO QUE PRODUCE UNA COMPENSACION PARCIAL DE LA INDEMNIZACION SOLICITADA EN LA DEMANDA. LA OMISION, POR EL EMPRESARIO, DE LAS NORMAS DE SEGURIDAD EN EL TRABAJO QUE PRODUCEN UN EVENTO DAÑOSO, NO PUEDEN GENERAR UNA RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL EXIGIBLE EN EL AMBITO DE LA JURISDICCION CIVIL AUNQUE CONCURRAN CON OTRAS ACTUACIONES DE PERSONAS AJENAS A LA RELACION LABORAL. (SENTENCIA DE 31 DE MARZO DE 2000.)

Ponente: Excmo. Señor don Alfonso Villagómez Rodil.

El Juzgado de Primera Instancia estima la demanda de una indemnización de dieciocho millones de pesetas por la muerte de un operario en la realización de una obra. La Audiencia rebaja la indemnización porque entiende que en la producción del hecho dañoso también tuvo parte la negligencia de la propia víctima.

Se recurre en casación esta sentencia que condena a los demandados señor C., encargado del montaje de una nave en construcción, y señor G., dueño del camión-grúa encargado de realizar las labores de elevar las piezas metálicas para cubrir la nave a pagar siete millones de pesetas por fallecimiento del hijo del demandante, el cual murió al ser alcanzado por una cercha que estaba siendo elevada por la grúa del camión del señor G., cuando trabajaba a las órdenes del señor C. para la cubrición de la nave.

El hecho ocasionante del daño se atribuye, además de a la imprudencia del trabajador, tanto a la actividad del dueño en el manejo imprudente de la grúa, como a la omisión del empresario bajo cuya dependencia trabajaba el obrero accidentado, al permitir que el mismo estuviere muy próximo al izado de los materiales de construcción en lugar peligroso, que de producirse un deslizamiento o una caída del material le alcanzase, por lo que siendo obligación del empresario mantener en el lugar de trabajo las condiciones necesarias de seguridad, no lo hizo, permitiendo la estancia del obrero durante la maniobra

de izado de la cercha en lugar inadecuado; omisión esta, sin embargo, que no puede fundamentar una responsabilidad por culpa extracontractual comprendida dentro del ámbito de la jurisdicción civil, sino que lo que produciría, en su caso, sería una responsabilidad de orden laboral.

RUINA DE EDIFICIOS POR VICIOS DEL SUELO. FALLA EN EL TERRENO. RESPONSABILIDAD DEL CONSTRUCTOR-PROMOTOR. (SENTENCIA DE 21 DE MARZO DE 2000.)

Ponente: Excmo. Señor don Alfonso Villagómez Rodil.

Voto particular: Magistrado señor Martínez-Calcerrada.

Se demanda en primera instancia a los intervinientes en la construcción de edificios que resultan afectados por una falla en el terreno y se estima la demanda, excepto a la sociedad promotora a la que se absuelve, siendo confirmada la sentencia por la Audiencia.

Contra esta absolución se recurre en casación.

Los hechos probados que el Tribunal de Instancia establece, son los siguientes: *a)* Que las patologías que afectan a las construcciones son constitutivas de indiscutible ruina funcional por haber sufrido importante asentamiento diferencial, ocasionado por la aparición y extensión de una falla o ruptura del terreno, la que comprende no sólo a las edificaciones del pleito sino a otras ajenas y próximas a lo largo de 600 metros, las que presentaban irregularidades con fecha anterior a la elaboración del proyecto por la existencia de dicha falla precedente; *b)* El solar corresponde a terreno aluvial de formación reciente y con importantes variaciones en el nivel freático; *c)* La cimentación resulta conforme a las viviendas y cargas que se transmitían, por lo que se trata más bien de fallos del terreno, y *d)* No se concretó de forma clara y precisa la causa o concausas de la ruina, si bien resulta relacionada con la falla que resultó extendida al terreno donde se levantaron las viviendas en litigio, y que se había detectado en los terrenos próximos.

La cuestión a decidir en casación se concreta a si resultan aplicables las responsabilidades del artículo 1.591 a la constructora demandada, que el Tribunal de Instancia absolvió. Ha de partirse necesariamente de que la constructora, que asumió funciones de promotora y fue la que vendió las casas a los actores del pleito, no probó, ni siquiera lo intentó, que antes de llevar a cabo el encargo del proyecto y sobre todo con anterioridad a comenzar el proceso constructivo de las viviendas, se hubiera preocupado de promover y obtener informes, estudios y asesoramientos geotécnicos acabados y suficientes de organismos o entidades especializadas sobre las condiciones del suelo para acometer las edificaciones en la forma segura y firme.

La omisión de previsiones puede presentar diversos grados que las hacen más o menos disculpables según las circunstancias concurrentes, pero cuando ocurre, como en el caso que nos ocupa, que las que se dan se presentan intensas y decisivas, con proyección hacia consecuencias futuras negativas, susceptibles de previsión, entonces la negligencia no se puede dejar de lado y dar por bueno todo lo llevado a cabo con una actuación que ha de reputarse censurable y opera en el ámbito jurídico como generadora de responsabilidades.

La demandada no resulta así liberada de las responsabilidades constructivas que el artículo 1.591 le impone, integrada en responsabilidad decenal, por

su mal hacer constructivo, al haberse aventurado a ejecutar las edificaciones sin cerciorarse debidamente de que las mismas resultaban lo más estables posibles en su asentamiento en el suelo, dada la existencia detectada de la falla y las condiciones adversas que presentaba el terreno, lo que ya exigía por sí el necesario estudio detallado del mismo, a efectos de prever y, en su caso, adoptar e imponer al proyectista de la obra las medidas necesarias para lograr una edificación segura en cuanto a las posibles proyecciones de las deficiencias en los terrenos de las inmediaciones, estudios que no dice la sentencia se hubiera demostrado resultasen plenamente ineficaces para evitar la ruina, sino que sólo podían ser indicios de tal conclusión, y de esta manera no se cierra por completo que una investigación seria y profunda de la patología del terreno pudiera alcanzar otras conclusiones, las que, al tenerlas en cuenta la constructora, las hubieran transmitido a los técnicos que planearon y llevaron a cabo la construcción e, incluso, como última solución, no acometerla.

VOTO PARTICULAR DEL MAGISTRADO SEÑOR MARTINEZ-CALCERRADA

Dice así en su fundamento tercero:

TERCERO: En la sentencia de la mayoría se acoge el Motivo Primero del Recurso y se condena a la Contratista-Promotora porque (con independencia de que se aluda a que no cabe especular sobre la responsabilidad del arquitecto absuelto en la recurrida, por no haberse dirigido el recurso contra el mismo), su conducta fue determinante no sólo de culpa *in eligendo* o *in vigilando*, sino, sobre todo, porque no verificó previamente la idoneidad de la construcción mediante la aportación de un Estudio del Suelo que le hubiera reportado el conocimiento o no de esa idoneidad para su posterior construcción. La tesis no es de recibo por:

a) Sin perjuicio de la aptitud de toda Promotora-Constructora-Vendedora de las viviendas en cuestión para padecer una acción por responsabilidad decenal, vía que es la elegida en el caso de autos, se subraya que su afectación de responsabilidad, solidaria en su caso, únicamente provendría cuando no pudiera individualizarse las causas de la ruina, y en el litigio está de sobra demostrado que la misma afectó en exclusiva a un vicio del suelo imputable por tanto sólo al arquitecto, por propia sanción del artículo 1.591 del Código Civil y, siendo obvio que su propia y personal responsabilidad lo será por otra causa distinta a esos vicios del suelo, según se desprende de repetida norma.

b) Por ello, el Juzgado de Primera Instancia absuelve a la citada Constructora, y luego, además la Audiencia, al comprobar que la causa del vicio o los daños «son atribuibles a fallos del terreno por un problema de hidrología subterránea a más de 8 metros de profundidad y de aparición posterior a la edificación, y que la cimentación realizada para las viviendas era conforme con la construcción que se pretendía realizar y con las cargas que se transmitían», al determinar, como corolario, la «inimputabilidad del daño a la deficiente construcción» —FJ 9.º—, también absuelve a la citada Promotora.

c) Que no es posible apoyar esa responsabilidad de la Promotora-Constructora en la obligación de haber recabado un estudio del suelo (por lo general suele requerirse en el sector de la construcción cuando se proyecta una obra de grandes dimensiones, y no como en Autos de sólo cuatro viviendas), previsión técnica que, incluso, al amparo del artículo 1 del Decreto 462

de 11 de marzo de 1971, es atribuible al arquitecto, como profesional que ha de velar por todo lo concerniente a la idoneidad del terreno o suelo sobre el que se ha de construir.

d) Que por último, con la tesis mayoritaria se declara una responsabilidad en vía del artículo 1.591 del Código Civil, en exclusiva de la Promotora-Constructora por una ruina o vicio que recayente en el suelo debía haber afectado a otro interviniente que, empero, resultó absuelto.

e) Que, de consiguiente, aún siendo fortuita o imprevisible la causa de la ruina y sin posible agravación de los daños por una deficiente cimentación de la obra —en la línea de la reciente sentencia de esta Sala de 10 de noviembre de 1999—, se declara la responsabilidad de quien en nada participó ni intervino en el evento dañoso. Por todo ello, se debió confirmar la sentencia y desestimar el recurso.

**ARQUITECTOS: RESPONSABILIDAD; FUNCION DE DIRECCION: COMPREN-
DE LAS DE INSPECCION Y CONTROL PARA QUE LA CONSTRUCCION
SE AJUSTE A LO PROYECTADO. (SENTENCIA DE 16 DE MARZO DE 2000.)**

Ponente: Excmo. Señor don Jesús Corbal Fernández.

La comunidad de propietarios de un edificio demanda a la empresa constructora, a los arquitectos y a los arquitectos-técnicos por los defectos existentes en la construcción, siendo estimada la demanda en el Juzgado de Primera Instancia a pesar de la excepción de falta de legitimación activa. Se desestima el recurso de alzada ante la Audiencia Provincial de Vizcaya, e igualmente resulta desestimado el recurso de casación, en el cual los arquitectos consideran que no les alcanza la responsabilidad.

El Tribunal Supremo declara que sí es procedente tal responsabilidad.

El artículo 1.591 del Código Civil delimita la responsabilidad del contratista en cuanto a los vicios de la construcción, y del arquitecto en lo que atañe a los vicios del suelo y de la dirección; ámbitos respectivos de responsabilidad que, aparte las hipótesis de acción plural y de indiscernibilidad por imposibilidad de individualización, han venido siendo objeto de configuración singular por parte de una profusa jurisprudencia. Circunscribiendo el tema a la responsabilidad del arquitecto y a la perspectiva concreta de los deberes que le corresponden como técnico superior a cuya función viene atribuida la dirección de la obra, esta Sala ha declarado que «la responsabilidad de los arquitectos se centra en la especialidad de sus conocimientos y la garantía técnica y profesional que implica su intervención en la obra» (sentencia de 27 de junio de 1994); «en la fase de ejecución de la obra le corresponde la dirección de las operaciones y trabajos, garantizando la realización, ajustada al proyecto según la *lex artis*» (sentencia de 28 de enero de 1994); «al no tratarse de simples imperfecciones, sino de vicios que afectan a los elementos esenciales de la construcción, de los mismos no se puede exonerar al arquitecto en su condición de responsable creador del edificio» (sentencia de 13 de octubre de 1994); «al arquitecto le afecta la responsabilidad en cuanto le corresponde la ideación de la obra, su planificación y superior inspección, que hace exigente una diligencia desplegada con todo el rigor técnico por la especialidad de sus conocimientos» (sentencia de 15 de mayo de 1995, con cita de otras); «corresponde al arquitecto, encargado de

la obra por imperativo legal, la superior dirección de la misma y el deber de vigilar su ejecución de acuerdo con lo proyectado... no bastando con hacer constar las irregularidades que aprecie, sino que debe comprobar su rectificación o subsanación antes de emitir la certificación final aprobatoria» (sentencia de 19 de noviembre de 1996, y amplia cita); «responde de los vicios de la dirección, es decir, cuando no se vigila que lo construido sea traducción fáctica de lo proyectado...; y los defectos del caso son objetivos, obedecen a una falta de control sobre la obra, y su origen se debe a una negligencia en la labor profesional» (sentencia de 18 de octubre de 1996); «en su función de director de la obra le incumbe inspeccionar y controlar si la ejecución de la misma se ajusta o no al proyecto por él confeccionado y, caso contrario, dar las órdenes correctoras de la labor constructiva» (sentencia de 24 de febrero de 1997); responde por culpa *in vigilando* de las deficiencias fácilmente perceptibles (sentencia de 29 de diciembre de 1998); «le incumbe la general y total dirección de la obra y la supervisión de cuanta actividad se desarrolle en la misma» (sentencia de 19 de octubre de 1998).

Los defectos constructivos cuya responsabilidad se atribuye en el caso a los arquitectos, afectan a la funcionalidad del inmueble, y por lo tanto a la idoneidad de la obra, concepto este —aptitud o utilidad— que, junto con el de solidez, integra «la exigencia de una buena habitabilidad» y excluye la ruina, en cuyo sentido jurídico se comprende, no sólo la física o potencial, sino también la funcional. La doctrina jurisprudencial, expuesta con anterioridad, justifica plenamente la solución adoptada por la Sala de instancia. De haber obrado los arquitectos con la diligencia exigible a una correcta dirección de obra, conforme a los términos expuestos, no sólo se habrían apercibido de los defectos imputados, haciendo eficaz su función de inspeccionar, sino que además habrían exigido la correspondiente subsanación en exquisito cumplimiento de su función de control, no autorizando el resultado final, ni dado lugar a su «visado», en tanto no se hubieran rectificado las irregularidades o imperfecciones, con lo que se habría garantizado a los interesados (dueños o posteriores adquirentes) la adecuada ejecución de la obra, evitando con tal actuación que resulten sorprendidos o defraudados en sus derechos contractuales, como declaran reiteradas resoluciones de esta Sala (ad ex. sentencias de 27 de junio de 1994 y 19 de noviembre de 1996 y las que cita). Por todo ello carece de consistencia el argumento de que los vicios o defectos atribuidos no son de dirección, sino de ejecución y acabado, lo que acarrea el rechazo del motivo.

NEGLIGENCIA PROFESIONAL. AL NO APRECIARSE NO CABE IMPUTAR EL ACCIDENTE A CULPA EXCLUSIVA DE LA VÍCTIMA. (SENTENCIA DE 9 DE MAYO DE 2000.)

Ponente: Excmo. Señor don José de Asís Garrote.

Se demanda a la sociedad propietaria de un edificio y a la compañía de seguros por el fallecimiento de un operario por entender que la muerte del obrero al caerse de la ventana a la calle, cuando procedía a la limpieza de los cristales de la misma, se debió al mal estado de la barandilla de madera, porque parte de los anclajes, los clavos de los mismos se encontraban corroídos y doblados, desprendiendo además la madera un polvo o serrín negro,

barandilla que cayó junto al citado señor cuando limpiaba los cristales, sin que conste que éste realizara actos inadecuados que pudieran ocasionar su rotura, habiéndose ocasionado el óbito de don José Ignacio, padre y cónyuge de los demandantes, como consecuencia de la caída; entendiéndose que los demandados debían indemnizar a los actores, en atención a que la mercantil Bundin Bidarte, S.A. era la propietaria del inmueble, y por consiguiente la entidad que debía mantener la barandilla de la ventana en condiciones adecuadas de seguridad, por consiguiente responsable de los daños producidos a consecuencia de su mal estado, y la Cía de Seguros en virtud de póliza de seguros suscrita con el titular del inmueble que aseguraba esa responsabilidad civil frente a terceros.

Se estima parcialmente la demanda, rebajando los cuarenta millones que se pedían a veintiocho, siendo confirmada la sentencia por la Audiencia Provincial de Vizcaya y también por el Tribunal Supremo, que basándose en las pruebas considera que no concurrió negligencia profesional del fallecido.

J. M.^a C. G.

RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL: LA APRECIACION DEL CASO FORTUITO POR NO HABERSE PODIDO DETERMINAR LA CAUSA CONCRETA DEL ACCIDENTE NO ES POSIBLE CUANDO EXISTE CULPA «IN VIGILANDO»; LA CULPA ES CUASI-OBJETIVA EN LOS SUPUESTOS DE RIESGO; LA VALORACION PROBATORIA NO ESTA SOMETIDA A CONTROL CASACIONAL, SALVO QUE SE DEMUESTRE QUE ES ILOGICA U OMITE DATOS EN EL INFORME. (SENTENCIA DE 4 DE ABRIL DE 2000.)

Hechos.—En una fábrica de aceite de girasol que empleaba el hexano, gas altamente tóxico e inflamable, a pesar de cumplir los requisitos de seguridad e higiene adecuados, se produjo un incendio que causó heridas de gravedad a cuatro personas y la muerte a otra.

Doctrina de la Sentencia.—El caso fortuito para poder apreciarse requiere inexcusablemente que se trate de un hecho que no hubiera podido preverse, o que previsto fuera inevitable... y no debe estimarse ni alegarse cuando el acontecimiento tiene lugar dentro de la empresa que debe ser controlada por el empresario, y no debe escapar a su previsión ... en este supuesto hay que rechazar la aplicabilidad del caso fortuito, pues ni se trata de una situación imprevisible, ya que la conjunción de elementos peligrosos tiene que hacerlos aflorar a la mente del cuidadoso empresario, ni resulta inevitable, pues un control de temperaturas, válvulas, aparatos y personal haría evitable el resultado del incendio ... resulta irrelevante magnificar que la fábrica en cuestión cumplía los requisitos de seguridad e higiene, y el buen estado de conservación, cuando no se ha acreditado ni el adecuado control del personal encargado ni el adecuado uso de la maquinaria ... tal situación imponía extremar las medidas de protección, que no se agotaron con el mero hecho de haber pasado la empresa anteriores controles, sino que imponía una mayor atención y cuidado, representado por el mayor control de los trabajadores y de la utilización de la maquinaria y del proceso de producción.

En este caso se ha producido la culpa *in vigilando* y la responsabilidad de la empresa es directa, una vez que resulta acreditada la causación material de

los daños por sus dependientes o subordinados y por las propias cosas generantes de peligro, apareciendo tal culpa conexcionada a la falta de preciso control y aseguramiento de las condiciones en que se desarrolla una actividad asaz peligrosa, lo cual aparece notorio, y que se realizaba en beneficio y provecho de la empresa.

Esta Sala tiene declarado al respecto que en las responsabilidades en los supuestos de riesgo, tanto existentes como instaurados, la culpa se mueve en el ámbito de cuasi-objetiva, e impone por ello extremar todas las precauciones y agotar todas las medidas para evitar la concurrencia de aquellas circunstancias que cabe controlar con mayor vigilancia y cuidado efectivos.

Lo que pretende el recurrente es obtener una nueva valoración probatoria, pero ello no está sometido al control casacional, salvo que se acredite que es ilógica u omite datos que figuren en el informe ... no existen reglas preestablecidas que rijan el criterio estimatorio de la prueba, por lo que no puede invocarse en casación una infracción de precepto en tal sentido.

Comentario.—La responsabilidad extracontractual se extingue por las causas generales de extinción de las obligaciones; por tanto, se extingue por caso fortuito, entendiéndose como tal todo suceso imposible de prever, o que previsto fuese inevitable; en suma, absolutamente independiente de la voluntad del actor.

Es verdad que la actual tendencia hacia la objetivación de este tipo de responsabilidad, aún manteniéndose el principio básico de responsabilidad por culpa, quizá podría llevarnos a la conclusión de que el caso fortuito es difícilmente aplicable en los supuestos de responsabilidad extracontractual derivada de actividades de riesgo, porque el nivel de previsión exigido por los Tribunales es tan grande, sobrepasando incluso el hecho de cumplir las disposiciones reglamentarias sobre seguridad en el ámbito respectivo, que todo suceso relacionado con la actividad que se desempeña tiene que ser previsto por el agente, y por tanto genera responsabilidad si ocasiona un daño; ahora bien, cuando verdaderamente se produzca la imprevisibilidad del daño cesará la obligación de responder.

No ocurre esto en el supuesto resuelto por esta sentencia, pues aquí se entiende probada tanto la previsibilidad del daño, por el conocido peligro que genera la utilización de un gas tóxico, como la falta de la diligencia exigible en tal actividad, por la falta de un preciso control de las circunstancias en las que se desarrollaba. Por ello, concurre culpa *in vigilando*, y no se puede alegar la existencia de caso fortuito por no haberse podido determinar la causa concreta del accidente para desligarse de la responsabilidad generada por el daño ocurrido.

RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL: CULPA EXCLUSIVA DE LAS VÍCTIMAS, ES NECESARIA IMPRUDENCIA O NEGLIGENCIA EN LOS DEPENDIENTES PARA PODER APRECIAR CULPA Y RESPONSABILIDAD EN SU EMPRESARIO, LA VALORACIÓN DE LA PRUEBA NO ES REVISABLE EN CASACIÓN. (SENTENCIA DE 18 DE FEBRERO DE 2000.)

Hechos.—Los moradores de una vivienda se acostaron dejando abiertos el grifo de agua caliente de la bañera (por el que no manaba agua por un corte temporal de suministro), la llave de regulación de la botella de gas butano y

el quemador del termo o calentador. A la mañana siguiente habían fallecido por intoxicación por monóxido de carbono.

Doctrina de la Sentencia.—Entre el suministro de bombonas de gas butano, en perfecto estado de funcionamiento, por el distribuidor de las mismas a los usuarios y el posterior fallecimiento de éstos por intoxicación por monóxido de carbono, no existe relación causal alguna, sino que tan fatal y lamentable resultado fue debido únicamente a la culpa exclusiva de las víctimas, no sólo por no haber corregido las deficiencias en la instalación del calentador que les fueron oportunamente advertidas en la inspección practicada dos años antes, y cuya reparación era de la única y exclusiva incumbencia de dichos usuarios, sino también por haberse éstos acostado dejando abiertos la bombona de gas butano, el regulador del calentador y el grifo de agua caliente de la bañera (aunque no saliera agua por corte temporal de suministro), lo que ya de por sí solo, y aunque no hubieran existido las referidas deficiencias en la instalación del calentador, entraña una verdadera y auténtica temeridad.

Entre la empresa Butano, S.A. (hoy Repsol Butano, S.A.) y los agentes suministradores de bombonas en las distintas localidades de España, no existe relación de dependencia o subordinación a la que se refiere el referido precepto (art. 1.903 del Código Civil), pero, aunque a efectos meramente dialécticos se entendiera existente dicha relación, al no haber incurrido en imprudencia o negligencia alguna el supuesto dependiente tampoco podría predicarse conducta culposa alguna respecto de la empresa de la que hubiera sido su hipotético dependiente.

La valoración de la prueba no es viable en vía casacional.

Comentario.—En todos los preceptos legales dedicados a la responsabilidad se cita como causa de exclusión de la misma la culpa exclusiva de la víctima. Para su apreciación es necesario que el resultado dañoso sea íntegramente atribuible a la conducta de la víctima, sin ningún tipo de colaboración de quien en otro caso sería responsable, correspondiendo la carga de la prueba, de acuerdo con lo que hoy es ya prácticamente una regla general, a quien pretende exonerarse de la responsabilidad.

Ni siquiera el tratarse de un accidente ocurrido en una actividad claramente de riesgo, como es la relacionada con el suministro de gas, y en la que la empresa obtiene un notable beneficio económico de la creación de tal riesgo, datos ambos que han llevado al Tribunal Supremo a la defensa para tales supuestos de una acentuada tendencia a la objetivación, de manera que se invierta la carga de la prueba, correspondiendo al agente demostrar la inexistencia de culpa en su actuación, y de manera que no sea suficiente para exonerarse de dicha responsabilidad el acreditar haber cumplido todas las disposiciones legales sobre seguridad en la materia de que se trate, permiten la exclusión del principio básico de que cuando el daño es causado exclusivamente por culpa del propio perjudicado el agente no debe responder del mismo.

Así lo viene a corroborar esta sentencia, que también nos recuerda, aunque sea como mero *obiter dicta*, que, para que entre en juego la responsabilidad del empresario respecto de los daños ocasionados por sus dependientes, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 1.903 del Código Civil, sin perjuicio de que deba existir una clara relación de subordinación entre el empleado y el empresario, requisito que no está claro si concurre en las relaciones entre Repsol

Butano, S.A. y sus agencias distribuidoras, y sin perjuicio de que en tales supuestos la responsabilidad de la empresa sea, en opinión de la doctrina y jurisprudencia mayoritaria, de corte objetivo, fundamentada en el mero hecho de ocurrir el daño dentro de la organización económica empresarial, debe darse, además, otra circunstancia, que es la culpa o imprudencia en el dependiente, pues no parece razonable hacer responder al empresario de una conducta de la que, de haberla realizado él mismo, no respondería por no ser negligente.

RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL: RESPONSABILIDAD DE LA EMPRESA DISTRIBUIDORA DE LA BOMBONA DE GAS POR CULPA «IN VIGILANDO» O «IN OMITTENDO». (SENTENCIA DE 23 DE DICIEMBRE DE 1999.)

Hechos.—Explosión de gas propano en una vivienda, que ocasiona graves daños en diversas viviendas y en el edificio en general. En primera instancia resultaron condenados tanto Repsol Butano, S.A. (como empresa fabricante envasadora) y su Compañía Aseguradora, como Codibsa (como empresa distribuidora) y la suya. La Audiencia confirma la sentencia, pero es únicamente Codibsa quien recurre al Tribunal Supremo.

Doctrina de la Sentencia.—La entidad Codibsa no aparece en las actuaciones como un mero transportista, en el sentido de empresario que limita su actividad a la carga, desplazamiento y descarga del producto, y por consiguiente sólo ha de responder desde que reciba hasta la entrega; le incumbía una actividad más amplia: es una empresa distribuidora, y ello supone una especial exigencia de control y vigilancia en toda la conducta que desarrolla, pues, habida cuenta del peligro del producto que distribuía, debía cerciorarse de que recibía dicho producto en condiciones de ser entregado, cuidar con el máximo celo de que no se produzca una alteración durante el almacenamiento y transporte, y extremar las precauciones en relación a las personas a quienes se entrega el producto.

Sin embargo la realidad probatoria revela que el arrendatario del piso en que se produjo la explosión no tenía contrato de suministro de gas propano (lo había tenido el propietario, pero lo dio de baja al arrendar el piso), y sin embargo se le suministraban bombonas de butano sin control alguno, pues el empleado de la empresa, repartidor del producto, declara, al testificar, que la entrega se hace a pie de camión a quien las solicita (las bombonas), y que no piden la exhibición del contrato cuando realizan el suministro, y que las instrucciones de la empresa son las de servir a todas las personas que piden las bombonas.

La conclusión es sencilla porque, cualquiera que fuera la causa determinante del evento, la bombona o la instalación, aunque la existencia del defecto en la primera es incuestionable al apreciarse la existencia de fisura en el anillo elástico para su ajuste al regulador, es evidente que ha existido un comportamiento omisivo negligente por parte de la entidad Codibsa, determinante de culpa *in omittendo* e *in vigilando*, y no ofrece duda alguna la concurrencia de nexo causal adecuado o eficiente entre esa falta de diligencia y el resultado dañoso, todo ello tanto más si se tiene en cuenta la necesidad de acentuar las medidas de seguridad, precaución y cuidado cuando se actúa con instrumentos o materias de gran riesgo, y susceptibles de causar graves resultados dañosos con fácil previsibilidad.

Por todo ello ni siquiera es preciso acudir para fundamentar la denominada responsabilidad extracontractual o aquiliana de Codibsa a las doctrinas que, atendiendo a diversas consideraciones (riesgo, beneficio, singular protección del consumidor), predicen una objetivización, pues el caso enjuiciado se desarrolla dentro de la más pura doctrina subjetivista de la culpa.

Comentario.—Sin perjuicio de que la responsabilidad de Codibsa resulte clara por haber suministrado una bombona defectuosa, cuando por razón del riesgo de la actividad de que se trataba debía haber extremado las medidas de control y vigilancia del producto distribuido, lo que sí resulta destacable de esta sentencia son algunos de los argumentos utilizados para llegar a tal conclusión, sobre todo si se les compara con los utilizados para absolver al distribuidor en el supuesto resuelto por la sentencia que acabamos de exponer con anterioridad (sentencia del Tribunal Supremo de 18 de febrero de 2000), aunque sea de fecha posterior, pues allí se dijo que el distribuidor tenía como única obligación facilitar las bombonas en buen estado de funcionamiento, sin tener para ello que cerciorarse de que habían sido corregidas las deficiencias observadas en la instalación tiempo atrás, y sin tener por qué negarse a proporcionar las bombonas a dichos usuarios, puesto que además esta negativa podía haberse soslayado por los mismos por medios indirectos de adquisición. Sin embargo, en el supuesto ahora resuelto, sí se configura como una obligación de la distribuidora comprobar la existencia de contrato de suministro en el demandante de bombonas, configurándose tal falta de comprobación como una omisión negligente, determinante de culpa en su actuación, no encontrándose la razón por la cual no comprobar la subsanación de la instalación para suministrar las bombonas no es importante, y sin embargo no comprobar la existencia de contrato de suministro sí lo es.

No resulta esta argumentación determinante de la solución adoptada, porque concurrían otras circunstancias decisivas para la culpabilidad de Codibsa, como son las relativas al suministro de una bombona en mal estado, pero, de no haberse podido demostrar tras la deflagración la existencia de un defecto concreto en la bombona, cosa que muy bien hubiera podido ocurrir, habría que haberse planteado cómo tal diferencia de criterio, a nuestro juicio injustificada, sí se hubiera traducido en una diferente resolución del Tribunal en cuanto a la responsabilidad de la empresa distribuidora, con todo lo que esto supone.

P. L. P.

RESPONSABILIDAD DE LOS SERVICIOS SANITARIOS. YUXTAPOSICION DE RESPONSABILIDADES CONTRACTUAL Y EXTRA CONTRACTUAL. INEXISTENCIA DE PRESCRIPCION. (SENTENCIA DE 30 DE DICIEMBRE DE 1999.)

Ponente: Excmo. Señor don José Almagro Nosete.

Voto particular: Excmo. Señor don Antonio Gullón Ballesteros.

El Juzgado de Primera Instancia número 1 de Valencia dicta sentencia desestimando la demanda y estimando la excepción de prescripción de la acción interpuesta por los demandados. La Audiencia Provincial de Valencia

(Sección 8.ª) estima el recurso interpuesto por el actor-recurrente, únicamente en lo que se refiere a la condena en costas.

El Tribunal Supremo declara **haber lugar** al recurso de casación.

Hechos.—Se interpone demanda por don P. C. M. y doña A. C. L., en reclamación de 20.000.000 de pesetas por la muerte de su hija el 13 de junio de 1992. La demanda se interpone contra los médicos don E. E. y doña A. C. P., el INSALUD y el Servicio Valenciano de Salud. Los hechos ocurrieron como a continuación se describe. La menor fallecida, hija de los demandantes, fue llevada por sus padres al Servicio de Urgencias de la Ciudad Sanitaria La Fe de Valencia, el 13 de agosto de 1984, al presentar un cuadro de dolores abdominales desde hacía cinco días, acompañados de fiebre y vómitos, aconsejados por el pediatra de la niña, ya que consideró que podía ser un caso de apendicitis.

En el servicio de urgencia fue atendida, en primer lugar, por el demandado D. E. E., quien diagnosticó una posible infección urinaria (no agotó los medios exploratorios que tenía a su alcance para descartar, entre otras cosas, una apendicitis). Al cambiar el turno de guardia fue atendida por la doctora y codemandada doña A. C. P., médico residente, enviando a la niña a casa. Además la doctora A. C. P. escribió en la ficha de urgencias que la niña había sido vista por cirugía y que se había descartado una posible apendicitis. Hecho que no ocurrió, ya que los cirujanos que estaban de guardia así lo afirmaron, por lo que la médico-residente se extralimitó en sus funciones.

La niña fue llevada dos días más tarde otra vez al mismo Servicio de Urgencias, al agravarse los síntomas padecidos. El médico que la atendió ordenó su ingreso inmediato con el diagnóstico de «apendicitis aguda», por lo que fue intervenida ese mismo día, encontrándose el apéndice perforado y peritonitis, debido a lo cual falleció a los dos días de ser operada, según autopsia practicada por «parada cardíaca, secundaria de un proceso séptico de origen abdominal».

Para un mejor entendimiento del fallo del TS, hay que destacar dos cosas: primero que los demandantes, hoy recurrentes, denunciaron en principio los hechos por vía penal, cuyas diligencias fueron sobreseídas y archivadas. Y como se indica al inicio, los demandados se opusieron a la demanda alegando una excepción por prescripción de la acción, excepción que fue estimada por el Juzgado de Instancia y por la Audiencia, desestimando en un caso la demanda y en el otro la apelación. Los hechos ocurrieron en agosto de 1984, el auto, sobreseyendo las diligencias penales, fue de septiembre de 1985, y la demanda se interpuso en junio de 1992.

Doctrina.—El recurso de casación se interpone al amparo del artículo 1.692.4.º de LEC, por no aplicación del artículo 1.964 del Código Civil, y por infracción de la doctrina jurisprudencial acerca del concurso de las responsabilidades contractual y extracontractual, y la también doctrina jurisprudencial sobre el carácter restrictivo con el que ha de acogerse la prescripción. El TS acoge el motivo y lo argumenta de la siguiente manera, que aunque denso, no tiene desperdicio: *La respuesta casacional a este motivo toma en consideración la doctrina establecida por esta Sala acerca de la yuxtaposición de responsabilidades y del tratamiento procesal unitario de la pretensión fundada en culpa.* La Sala hace referencia a la STS de 18 de febrero de 1997, para exponer a qué clase de negocio jurídico nos estamos refiriendo en los supuestos de presta-

ciones de la Seguridad Social en los siguientes términos: «*En puridad dogmática el presente es un supuesto de responsabilidad contractual, pues se da el doble requisito para así configurarla, la existencia de relación jurídica preestablecida interpartes, sea propiamente contractual o análoga, como es la relación de derecho público similar a un contrato de derecho privado, y la realización de un hecho dentro de la rigurosa órbita de lo pactado y como desarrollo de un contenido negocial (...). La sentencia admite la aplicación concurrente de las normas rectoras de ambas clases de responsabilidad e incluso de que el actor opte entre una y otra con objeto de salvar la congruencia (...), se atiende a la libertad de elección ejercida por el sujeto destinatario de la libertad de la prestación del servicio dentro del marco legal de la obligada asistencia sanitaria, que incumbe a los centros concertados o no de la Seguridad Social, contrato que debe reputarse de adhesión por su contenido típico que viene determinado legal o reglamentariamente, en atención a la oferta pública que aquéllos mantienen más o menos restringida dentro de sus posibilidades. La doctrina científica constata la insatisfacción de la teoría clásica de la fuente de las obligaciones y la necesidad de ensayar nuevas fórmulas y tanteos. En este orden se consideran a propósito de los diferentes negocios jurídicos creadores de relaciones obligatorias, los que no nacen de una expresa declaración de voluntad de las partes sino del comportamiento o de los hechos concluyentes de una de ellas, a los cuales el ordenamiento jurídico anuda el nacimiento de obligaciones. Se habla así de relaciones contractuales de hecho o derivadas de una conducta social típica (...). Cuando un hecho dañoso es violación de una obligación contractual y, al mismo tiempo, del deber general de no dañar a otro, hay una yuxtaposición de responsabilidades (contractual y extracontractual) y da lugar a acciones que pueden ejercitarse alternativa y subsidiariamente, y optando por una o por otra, o incluso proporcionando los hechos al juzgador para que éste aplique las normas en concurso (de ambas responsabilidades) que más se acomoden a aquéllos, todo ello en favor de la víctima y para lograr un resarcimiento del daño lo más completo posible. También hace referencia a otra sentencia en la que dice que la relación entre una persona afiliada a la Seguridad Social y el Centro que la atiende es contractual (STS de 29 de octubre de 1992).*

En el fundamento sexto de la sentencia se afirma la existencia de culpa en los médicos que atendieron a la niña por su actuación negligente y sus actos contrarios a la *lex artis*, se hace referencia a los artículos 1 y 28 de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios, considerando que *la parte recurrente, en cuanto persona física que utiliza unos servicios, reúne la condición de usuario cualquiera que sea la naturaleza pública o privada, individual o colectiva de quienes los producen, suministran o expiden*. Alegando en cuanto a la existencia de responsabilidad que *producido y constatado el daño que originó la muerte, resultado no querido ni buscado, como consecuencia de la intervención, sino ocurrido en contra de lo inicialmente previsible, por la concurrencia, al menos, de un factor exógeno, como fue la agravación del proceso patológico a causa de la intervención quirúrgica tardía, se dan las circunstancias que determinan aquella responsabilidad del centro hospitalario*.

El segundo motivo, fundado en el artículo 1.692.4.º, denuncia la infracción del artículo 1.968.2 del Código Civil, por aplicación indebida.

Se formula un voto particular del Excmo. señor don Antonio Gullón Ballesteros, ya que difiere del resultado acogido por la Sala en torno al carácter contractual de la relación, alegando después de una recapitulación de la doctrina del Tribunal Constitucional, lo siguiente: *En estricta coherencia con la*

doctrina constitucional anteriormente expuesta, debe estimarse el motivo primero, basado en una configuración contractual de la relación jurídica entre el afiliado y los organismos gestores de la Seguridad Social, o en una relación jurídica a la cual han de aplicarse las normas de la responsabilidad contractual cuando dispensen las prestaciones por enfermedad defectuosamente. Se invoca para ello el derecho de la víctima al resarcimiento del daño que, se dice por la parte recurrente, debe llevar al órgano judicial a aplicarle el régimen más favorable (que en este caso es el plazo de prescripción del art. 1.964 del Código Civil). Sin embargo, la argumentación carece de base legal, pues no existe, según hemos dicho, ninguna relación de naturaleza contractual, ni el órgano judicial, pese a ello, puede aplicarla porque así convenga al afiliado. No se ve que los derechos del sujeto al que se le imputa responsabilidad hayan de quedar pospuestos al de la víctima, sin ninguna posibilidad de defensa jurídica. Tampoco cabe aquí, obviamente, acudir a la tan debatida opción entre la responsabilidad extracontractual y contractual por un mismo hecho, o a una yuxtaposición de ambas responsabilidades. No se está ante una relación jurídica privada entre el afiliado y el INSALUD, este organismo no ocupa la posición de un asegurador privado, sino ante una relación jurídica pública que deba ser conocida por la jurisdicción competente y le es de aplicación las normas de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas.

Y, en relación con el segundo motivo, por aplicación indebida del artículo 1.968.2 del Código Civil, al considerar que el plazo de un año que establece el citado artículo ha sido interrumpido, el ponente del voto particular trae a colación la sentencia de 20 de enero de 1992, que dice: «*el auto decretando el sobreseimiento provisional de las actuaciones de índole criminal deja expedito el camino para el ejercicio en el oportuno procedimiento civil de las acciones de esta naturaleza que procedan en relación con el acaecimiento que motivó la incoación de aquéllas, sin necesidad de que recaiga sentencia firme a que se refiere el artículo 111 LEC, porque la reapertura de las actuaciones sumariales a instancia del perjudicado, no es hábil para que adquiera viabilidad la acción extinguida, dado que admitir lo contrario llevaría a la consecuencia absurda de que bastaría cualquier intento por parte del perjudicado para que la prescripción operada quedara sin efecto, con mengua de la seguridad jurídica que justifica el instituto de la prescripción extintiva*».

Comentario.—La tesis mantenida por la Sala, al reconocer que existe en este supuesto concreto una combinación de las responsabilidades contractual y extracontractual entre la Administración, a través del servicio ofrecido por el INSALUD y los receptores del mismo, no es acertada, como pone de manifiesto el profesor Gullón. Aunque es loable, pues ciertamente ha quedado probado que debido a una actitud negligente, se produjo un daño irreparable (con el resultado de fallecimiento), y que por una cuestión de tiempo o de plazos no se puede hacer justicia. Sin embargo, no por ello debe desviarse de la naturaleza de la prestación y llegar a conclusiones erróneas.

En primer lugar, como afirma el Excmo. señor don Antonio Gullón, haciendo alusión a varias sentencias del TC, *...el derecho que los ciudadanos puedan ostentar en materia de Seguridad Social es de estricta configuración legal*, por lo que el legislador sólo tiene libertad para modular esa acción protectora (STC 65/87), es una variante más de las diversas funciones del Estado, no hay una relación jurídica de carácter privado, como la que pueda existir entre cualquier entidad médica privada y el particular que contrata con

la misma, pudiendo elegir en este caso el tipo de prestación, los médicos de entre los existentes en sus cuadros médicos, centros sanitarios, etc.

En segundo lugar, si reconociésemos esa yuxtaposición de responsabilidades en el ámbito sanitario, por qué no en otras funciones de la Administración, lo que desencadenaría una gran dosis de inseguridad jurídica.

Es cierto que el plazo que establece el artículo 1.968.2.º es un plazo corto, y quizá se haga más corto en la sanidad, debido a que en hechos como el que es objeto de esta sentencia, la reacción de unos padres ante el fallecimiento de su hija no es la de demandar inmediatamente para recibir una compensación económica; primero, como así hicieron ellos, denunciaron los hechos por la vía penal, quizá con la idea de que se «castigase» a los «culpables» y, posteriormente, por la vía civil, acaso con una actitud más relajada por el transcurso del tiempo. Lo que lleva a hacerse la pregunta de si no sería conveniente ampliar ese plazo, como se ha hecho en algunos supuestos concretos —art. 67 de la Ley de Energía Nuclear, que en relación con el tipo de daño el plazo puede ser entre diez y veinte años—, dentro de los cuales estaría el relacionado con la Sanidad, como así se deduce del que es objeto de esta sentencia.

RESPONSABILIDAD MEDICA. CONCURRENCIA DE LA RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL Y EXTRA CONTRACTUAL. (SENTENCIA DE 8 DE FEBRERO DE 2000).

Ponente: Excmo. Señor don Ignacio Sierra Gil de la Cuesta.

El Juzgado número 2 de Santa Cruz de la Palma dicta sentencia el 13 de julio de 1993, estimando la demanda. La Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife (Sección 1.ª) dicta sentencia el 5 de abril de 1995, en la que desestima el recurso de apelación.

El Tribunal Supremo declara **no haber lugar** al recurso.

Hechos.—D. G. P. P. interpone demanda sobre reclamación de cantidad en concepto de indemnización por culpa extracontractual, reclamando la cantidad de doce millones de pesetas por los daños morales causados a él, su esposa e hijos por la muerte del feto, al no haberse practicado una cesárea a su debido tiempo en el servicio de urgencias de la Residencia Sanitaria de Santa Cruz de la Palma. Se desprende de los hechos probados que si se hubiese practicado la cesárea en su momento, la muerte del feto no se habría producido. El Juzgado de 1.ª Instancia estima la demanda condenando al INSALUD al pago de 6.500.000 pesetas. La Audiencia desestima el recurso interpuesto por la representación del INSALUD.

Doctrina.—Se interpone recurso de casación por el procurador representante del Instituto Nacional de la Salud (INSALUD), con apoyo en tres motivos al amparo del artículo 1.692.4.º de la LEC. El primero por aplicación indebida del artículo 1.104 del Código Civil; el segundo, también por aplicación indebida, pero de los artículos 1.902 y 1.903 del Código Civil, y el tercero por infracción en concepto de violación del artículo 1.105 del Código Civil.

El primero y el segundo, estudiados por la Sala de forma conjunta, se desestiman, argumentando: *Efectivamente a propósito de los diversos negocios*

jurídicos creadores de relaciones obligatorias, se puede afirmar, en lo que concierne a los temas de culpa, que cuando un hecho dañoso supone la violación de una obligación contractual y, al mismo tiempo el deber general de no dañar a otro, surge una yuxtaposición de responsabilidades —contractual y extracontractual— que da lugar a acciones que puedan ejercitarse alternativa o conjuntamente; que es lo que se va a hacer en el presente caso. Se dice lo anterior en razón a que cualquiera que sea la perspectiva con que se mire la cuestión será preciso que concurren determinados eventos para el éxito de la pretensión de la parte actora, como son un daño concreto, una acción impregnada de culpa de una persona unida o no a un vínculo contractual y un nexo causal entre los anteriores.

El tercero se desestima, porque desde luego, al margen de que se pueda volver a la discusión de si realmente hay una responsabilidad contractual o extracontractual o una yuxtaposición de ambas, según se ha comentado en la sentencia de 30 de diciembre de 1999, y a la que se hace referencia en la que es objeto de comentario, lo que está claro es que no se puede exculpar por fuerza mayor o caso fortuito al INSALUD, como establece el artículo 1.105 del Código Civil.

RESPONSABILIDAD POR PRODUCTOS DEFECTUOSOS. RELACION ENTRE EL DAÑO Y EL HECHO DEL AGENTE, ES UNA RELACION FACTICA QUE HA DE SER PROBADA POR QUIEN EXIGE LA REPARACION DEL DAÑO.
(SENTENCIA DE 19 DE ABRIL DE 2000.)

Ponente: Excmo. Señor don Antonio Gullón Ballesteros.

El Juzgado de Primera Instancia número 7 de León, dictó sentencia el 10 de noviembre de 1994, estimando la demanda. La Audiencia Provincial de León (Sección 2.ª), el 3 de abril de 1995 desestimó el recurso de apelación, revocándolo en lo relativo a las costas.

El Tribunal Supremo declara **no haber lugar** al recurso.

Hechos.—La entidad D. D., S. A., demandó a la S. A. T. «El Roble» y a las personas físicas que la componían, al pago del importe resultante de unos piensos que la sociedad demandante había suministrado a la demandada y que ésta no había abonado. La representación de S. A. T. «El Roble» se opuso a la demanda y formuló reconvención, solicitando que fuera condenada la actora, ya que como consecuencia de esos piensos, el ganado había contraído una enfermedad que provocó su muerte. El Juzgado de 1.ª Instancia estimó la demanda respecto de la S. A. T. «El Roble», absolviendo a las personas físicas que la componían; pero no la reconvención, ya que no se pudo demostrar que los piensos fueran los causantes de la muerte. La Audiencia desestimó el recurso de apelación interpuesto por la sociedad «El Roble». El recurso de casación es interpuesto por la citada entidad.

Doctrina.—El recurso de apelación se interpone en base a cuatro motivos, todos al amparo del artículo 1.692.4.º de la LEC. El primero, por infracción de los artículos 1.254, 1.255 y 1.258 del Código Civil, el motivo se desestima porque preceptos tan generalísimos no pueden servir de motivo exclusivo de casación de una sentencia. El segundo, por infracción de los artículos 1.101,

1.103, 1.104 y 1.106 del Código Civil, el motivo se desestima porque la recurrente vuelve a recurrir la casación con una nueva instancia.

El tercero alega infracción del artículo 1.214 del Código Civil, por haber prescindido la sentencia recurrida de la presunción de culpa del agente e inversión de la carga probatoria. El motivo se desestima porque el artículo 1.214 del Código Civil sólo se infringe a efectos de casación cuando se hace recaer las consecuencias de la prueba sobre la parte que, según el mismo, no estaba obligada a probar, y ello no ha sucedido aquí. Afirma la Sala: *Si no existe en los autos una base técnico-científica para afirmar que el pienso es la causa desencadenante de la enfermedad de los edemas, no es posible sostener, con los datos que contamos en autos, que el pienso suministrado por la actora reconvenida esté en el origen de dicha enfermedad. (...) Así las cosas, no es posible, en opinión de esta Sala, establecer una relación de causalidad entre el pienso suministrado por la entidad reconvenida y la enfermedad padecida por los animales criados por la reconviniente. Esta relación ha de ser probada por el que exige la reparación del daño, ante todo y sobre todo es de orden fáctico exclusivamente.*

J. R. J.

CULPA EXTRA CONTRACTUAL: LESIONES A MENORES CAUSADAS POR PERROS MASTINES. (SENTENCIA DE 12 DE ABRIL DE 2000.)

Ponente: Excmo. Señor don Alfonso Villagómez Rodil.

Hechos.—Un hijo de uno de los demandados soltó unos perros mastines que atacaron brutalmente a los menores cuando se encontraban jugando en un paraje próximo a la finca donde se hallaban albergados, causando a uno de ellos importantes lesiones en la cabeza y gravísimas secuelas estéticas y funcionales, con graves repercusiones psicológicas que han condicionado negativamente su vida futura.

El Juzgado de Primera Instancia dictó sentencia estimando básicamente la demanda, condenando a los demandados a abonar la cantidad de 150.000 pesetas a uno de los demandados y 34.420.000 pesetas al otro, así como al pago de las costas procesales. Recurrida la sentencia por los demandados, fue desestimada por la Audiencia, que confirmó la resolución del Juzgado e impuso a los recurrentes las costas del recurso de alzada. Recurrido en casación, el Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso.

Fundamentos de Derecho.—El artículo 1.905 del Código Civil constituye un supuesto de responsabilidad objetiva. En el supuesto de autos existe un comportamiento agresivo por parte del animal y unos daños producidos por aquél, exigiendo el precepto sólo causalidad material, por lo que no cabe admitir la aplicación indebida del artículo 1.905 alegada, argumentando que no cabe exigir responsabilidad a los recurrentes en casación por haber sido un hijo el que soltó al perro.

No fue admitida la pretendida desviación de la responsabilidad, ya que el destino de los mastines era la custodia de la finca propiedad de los recurrentes, y la utilización en provecho propio es motivo suficiente, según numerosas sentencias del Supremo, para que surja la obligación de resarcir, y es que el artículo 1.905 del Código Civil es clarísimo, ya que señala como responsable

de los perjuicios causados por un animal a su poseedor o a quien se sirva de él, aunque se le escape o extravíe, por lo que resulta perfectamente aplicable al caso de autos, máxime cuando no se probó que el hijo de referencia fuera el dueño de los canes agresores, por lo que hay que atribuir el dominio a los propietarios de la finca a la que servían por ser los efectivos poseedores de los mismos, tratándose, en palabras del Alto Tribunal, de propietarios-poseedores bajo cuya guardia jurídica y material se encontraban los animales.

El artículo 1.905 resultó, por tanto, correctamente aplicado, ya que no precisa de la concurrencia de culpa o negligencia de las personas, siendo suficiente que quede demostrada la condición de dueños o poseedores del animal que causó el daño, habiendo de responder del mismo.

La titularidad dominical de la finca donde los perros se encontraban quedó perfectamente demostrada, así como que en dicho predio solían estar los mastines y que de allí se escaparon cuando atacaron a los menores.

El referido precepto establece una presunción *iuris et de iure* de culpabilidad, en base a que el simple hecho de tener perros entraña unos riesgos que el propietario debe de asumir.

Los ataques a personas por parte de perros sujetos al dominio del hombre e integrados en su patrimonio resultan frecuentes en la actualidad, adquiriendo un alarmante protagonismo, aunque siempre los ha habido, y resultan totalmente injustificables, sobre todo si se tiene en cuenta que a través de manipulaciones genéticas, alimentarias, de adiestramiento o de otro tipo, se propicia su fiera, de modo que resulta imprescindible someterlos a una especial vigilancia y control, ya que su mera tenencia lleva aparejada la existencia de un riesgo considerable.

NOTARIO. RESPONSABILIDAD CIVIL PROFESIONAL. ESCRITURA DE PODER OTORGADA SIN LA INTERVENCION DEL CORRESPONDIENTE PODERDANTE. FALSEDAD. (SENTENCIA DE 5 DE FEBRERO DE 2000.)

Ponente: Excmo. Señor don Alfonso Villagómez Rodil.

Hechos.—J. G. R. suplantó la personalidad de su hermano R. G. R., en dos poderes, ambos otorgados ante el notario V. V., careciendo de mandato expreso del principal, ya que las firmas resultaron falsificadas y permitieron a J. celebrar con P. S. escritura de compraventa a su favor de determinados bienes inmuebles de la propiedad del referido R., y también escritura de arrendamiento financiero sobre los bienes enajenados, habiendo percibido para sí J. el importe del precio de la venta, que ascendió a treinta millones de pesetas.

El Juzgado de Primera Instancia promovió la demanda de P. S. en la que pedía se dictara sentencia en la que se declarase alternativamente una de estas peticiones:

a) Que P. S. es única y legítima propietaria de las fincas que adquirió R. en virtud de escritura otorgada ante el notario J. L. C., condenando al demandado R. a estar y pasar por esta declaración, y que se declare, asimismo, la validez de la escritura de arrendamiento financiero.

b) Que declarase la nulidad de las referidas escrituras al haber sido otorgadas en virtud del apoderamiento nulo otorgado en nombre de R. a favor de su hermano J. ante el notario V. V., condenando en tal caso al demandado V. V.

como autor de una negligencia profesional, a pagar a P. S. los daños y perjuicios ocasionados en la cantidad de 67.044.384 pesetas más los gastos e impuestos necesarios para restablecer la propiedad comentada a su situación original.

Por último, solicitaba que se condenase al pago de las costas de la presente litis al demandado cuyas pretensiones fueren rechazadas, caso de no allanarse a la presente demanda antes de contestarla.

El Juzgado dictó sentencia en la que estimó parcialmente la pretensión deducida por la actora P. S. contra el notario V. V. por negligencia profesional y condenó a dicho demandado al pago de la suma de 30.000.000 de pesetas más los intereses legales, así como los gastos originados para proceder a la cancelación de la inscripción en el Registro de la Propiedad y demás complementarias hasta que quede sin efecto el contrato de arrendamiento financiero en su día suscrito. De tales gastos se deducirían las cantidades satisfechas por J., absolviéndose del resto de las pretensiones contra él formuladas por importe de 67.044.384 pesetas más intereses y demás gastos.

Desestimó el Juzgado la demanda formulada por R. contra los otros litigantes a fin y efecto de ser indemnizado en la suma de 10.000.000 de pesetas en concepto de daños morales por desprestigio de su honorabilidad, estimando, en cambio, su excepción de que se decretase la nulidad de la transmisión efectuada por su hermano J., debiendo procederse a las oportunas cancelaciones registrales. Por lo que a las costas se refiere, cada parte abonará las causadas a su instancia y las comunes, si las hubiere, por mitad.

La referida sentencia fue recurrida por el notario demandado, primero, ante la Audiencia que confirmó la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia con expresa imposición de las costas a la parte recurrente y, posteriormente, ante el Supremo que declaró no haber lugar al recurso.

Comentario.—Se condena al notario por responsabilidad profesional por su actuación en el otorgamiento del poder al no haberse cerciorado de la personalidad de quien figuraba como otorgante, lo cual resulta totalmente lógico, habida cuenta de las competencias que le corresponden como depositario y ejerciente de la fe pública notarial.

El notario tiene la ineludible obligación de identificar a los otorgantes o de asegurarse de su conocimiento, lo que no se compagina, como dice el Tribunal Supremo, con el automatismo y rutina profesional. No empleó todo el celo debido en el desempeño de su labor al dar por buena una identificación posterior en base a otra anterior. Fue inducido a error sobre la personalidad del poderdante por una actuación maliciosa por parte del suplantador, no incurriendo, por lo tanto, en responsabilidad criminal, que sólo se le exigirá si hubiese mediado dolo por su parte, pero no está exento de la responsabilidad civil correspondiente, generada por una actuación profesional negligente.

Ahora bien, resulta cuando menos llamativo que no se condene a quien urdió toda la trama, suplantó la personalidad de su hermano, se hizo pasar por apoderado del mismo, vendió diversos bienes inmuebles propiedad de aquél y, por último, se quedó con el dinero que estas operaciones le reportaron.

Resulta curioso que la sentencia, al tratar de la reclamación indemnizatoria, diga que fue por actuación exclusivamente imputable al notario, no obstante, la coadyuvancia que pudiera corresponder al referido don J. que actuó sólo como iniciativa que provocó la falsedad, pero que no llevó a cabo su realización efectiva material respecto de la cual resultaba totalmente ajeno.

La falta de transcendencia al fallo de la nulidad del mandato resulta justificada, según la sentencia, al no haberse incluido en las peticiones que contiene el suplico de la demanda, por lo que no se ha producido modificación de la causa de pedir. Dicha decisión, según el Alto Tribunal, la tenían que haber pronunciado los jueces de la instancia como consecuencia del resultado probatorio, por su relación íntima y conexa con la cuestión planteada en la demanda y que fue debatida contradictoriamente en el proceso. Comenta que la declaración de nulidad absoluta que actúa como presupuesto necesario para la estimación de la pretensión ejercitada, no constituye incongruencia, pues se trata de cuestión complementaria integrada en el objeto del debate procesal y en lo suplicado en la demanda.

RESPONSABILIDAD CIVIL DERIVADA DE LA CONSTRUCCION INMOBILIARIA. CONTRATISTA Y SUBCONTRATISTA. EL LITISCONSORCIO PASIVO NECESARIO Y LOS AGENTES DE LA CONSTRUCCION. RESPONSABILIDAD DEL ARQUITECTO. (SENTENCIA DE 23 DE DICIEMBRE DE 1999.)

Ponente: Excmo. Señor don Román García Varela.

Hechos.—En un edificio se produjeron deterioros consistentes en desprendimientos de numerosas plaquetas del revestimiento de la fachada, humedades en la misma y en el garaje, y desperfectos en algunos elementos del edificio.

Comentario.—No merece la pena relatar esta sentencia con excesivo detalle por constituir un supuesto bastante corriente, por lo que este comentario se centrará en dos aspectos de la misma:

- la figura del subcontratista y su diferencia con la del contratista;
- la responsabilidad del arquitecto por los defectos antes mencionados.

El subcontratista

La figura del subcontratista se produce, según comenta el Tribunal Supremo en esta sentencia, cuando el promotor o dueño de la obra encomienda su ejecución a un contratista y éste encarga a un tercero (subcontratista) dicha ejecución o parte de ella, de manera que sólo quien tiene la consideración de contratista puede subcontratar, pues el promotor o dueño de la obra, aunque ya hubiera convenido la realización de ésta con una persona (contratista), si pactara la plasmación de determinadas tareas o labores con otra, ésta se situaría jurídicamente como contratista y no como subcontratista.

Los subcontratistas, añade la sentencia, son técnicos sujetos a la *lex artis* y están sujetos al comitente en virtud de la relación contractual que les une y por lo que cabe exigirles responsabilidad según el artículo 1.591 del Código Civil.

Responsabilidad del arquitecto

Los arquitectos son responsables de que la construcción se ejecute con arreglo a las normas constructivas especificadas en el proyecto, o si algún

aspecto concreto hubiera quedado sin especificar, según lo que se decidiera en obra, de que se ejecute con arreglo a las normas legales y técnicas que rijan la realización del proyecto y de que la obra se ejecute según el proyecto aceptado y contratado, manteniendo las formas, dimensiones y calidades que en el mismo se hubieren fijado.

Es doctrina reiterada del Supremo la que sostiene que corresponde al arquitecto encargado de la obra la superior dirección de la misma y el deber de vigilar su ejecución de acuerdo con lo proyectado, debiendo hacer constar en el libro de órdenes las instrucciones que hubiese dado al constructor y a los demás técnicos intervinientes. Ahora bien, no basta con dar instrucciones o hacer constar las irregularidades que aprecie, sino que debe comprobar que realmente se ha llevado a cabo su rectificación o subsanación antes de emitir la certificación final en la cual se produce la aprobación de la obra.

En el caso de autos, la sentencia parte de que los defectos de la fachada se debieron a una defectuosa ejecución de la colocación de las placas, y por lo que a los arquitectos directores de la obra concierne, nada se les podía reprochar, por lo que al proyecto respecta, ya que tuvieron en cuenta, precisamente, los efectos dañosos que luego se produjeron, previendo la separación que había de guardarse entre las placas que, sin embargo, no se tuvo en cuenta a la hora de ejecutar el proyecto. Pero como les corresponde, también, la vigilancia de la ejecución del proyecto, su omisión origina responsabilidad, ya que su intervención en la obra supone una garantía del buen resultado de la misma.

T. S.-S. M.

RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL. ACCIDENTE DE TRABAJO: RESPONSABILIDAD DEL EMPRESARIO POR INEXISTENCIA DE MEDIDAS DE SEGURIDAD. CONCURRENCIA DE CULPAS: INEXISTENCIA. IMPUGNACION DEL RECURSO DE CASACION: VIA ERROR DE DERECHO EN LA VALORACION DE LA PRUEBA. (SENTENCIA DE 2 DE MARZO DE 2000.)

Ponente: Excmo. Señor don Francisco Marín Castán.

El Juzgado de Primera Instancia número 4 de Torrejón de Ardoz, en sentencia de 21 de septiembre de 1992, estima parcialmente la demanda sobre indemnización de daños y perjuicios, formulada por doña Esperanza L.-V. G. y sus hijos Juan Pedro, Ana Teresa y María R. L.-V., desestimando todas las excepciones alegadas por los codemandados, y condenando a Faimpre J., S. A., a don Jerónimo E. R. y a don José L. C. V., a abonar solidariamente a los actores la cantidad de 12.000.000 de pesetas, más los intereses legales, y las costas procesales causadas; y absolviendo a don Isidro A. A., a don Antonio A. y a «Mapfre Mutua de Accidentes» de los pedimentos de la actora.

La Audiencia Provincial de Madrid, sección 12, en sentencia de 27 de marzo de 1995, desestima el recurso interpuesto por los demandados y confirma la sentencia apelada con imposición de las costas a los recurrentes.

El recurso de casación interpuesto por los mismos recurrentes no prospera.

Hechos.—Fallecimiento de trabajador como consecuencia de la caída desde un tejado de urulita de una nave de unos cinco metros de altura, mientras realizaba trabajos de reparación que duraron más de cinco horas.

Doctrina de la Sentencia.—El recurso de casación se funda en un único motivo, infracción de la teoría jurisprudencial acuñada por el Tribunal Supremo de la «concurrencia de culpas», conforme a la cual la propia actitud de la víctima ha influido en el resultado dañoso, por considerar la parte recurrente como hecho probado tanto para la sentencia de primera instancia como para la dictada en un proceso penal anterior, la falta de cualificación profesional del trabajador fallecido, pese a lo cual el trabajador se había subido al tejado voluntariamente, apreciándose concurrencia de culpas, por lo que solicita que no se fije cuantía alguna en concepto de indemnización, o se minore el importe de la misma, habida cuenta de la teoría de la concurrencia de culpas o la influencia del resultado dañoso de la propia víctima.

La respuesta casacional al motivo así formulado pasa, en primer término, por recordar que el recurso de casación se interpone contra «las sentencias definitivas pronunciadas por las Audiencias Provinciales», es decir, contra las sentencias de apelación en procesos que legalmente tengan acceso a casación... De aquí que, como en incontables ocasiones ha declarado esta Sala, la impugnación casacional tenga que centrarse en la sentencia de segunda instancia.

En suma, si el recurrente en casación discrepa de los hechos que considere probados, la sentencia impugnada, es decir, la de apelación, lo que tendrá que hacer será combatirlos por la única vía posible desde la reforma de la casación civil por la Ley 10/92, esto es, la del error del derecho en la apreciación de la prueba..., pero no, desde luego, interponer sin más los hechos probados de la sentencia de primera instancia o de la sentencia absolutoria del precedente en el proceso penal.

También es doctrina de esta Sala, acerca de la concurrencia de culpas que plantea el único motivo de este recurso, que su apreciación y consecuencias derivadas, como es la reducción del importe de la indemnización, corresponde por regla general a los órganos de instancia, cuyo criterio habrá de respetarse en casación, salvo que previamente se desvirtúen sus presupuestos de hecho por la única vía ya indicada o dicho criterio se considere patentemente ilógico o irracional.

La aplicación de todo lo razonado en el fundamento anterior conduce a su desestimación... Conforme a los hechos que la sentencia impugnada considera probados, no cabe advertir en el trabajador fallecido ninguna culpa de intensidad mínimamente suficiente para incidir en el grado de culpa de los recurrentes, porque... según el Tribunal de instancia nada se acreditó sobre la falta de capacitación del trabajador fallecido ni sobre conducta alguna negligente en su actuación.

...lo verdaderamente importante fue la permanencia del trabajador en el tejado durante cinco horas aproximadamente sin medidas de seguridad y sin que ninguna de las dos personas físicas recurrentes le hiciera la menor indicación de que bajara.

Notas.—El Tribunal Supremo, en este caso, reitera la doctrina de que el recurso de casación se interpone contra las sentencias definitivas pronunciadas por las Audiencias Provinciales, y si el recurrente en casación discrepa de los hechos que considera probados la sentencia impugnada, el único cauce adecuado vigente, la Ley 10/1992, de 30 de abril (1992, 1027) es el error del derecho en la valoración de la prueba con cita de los preceptos legales que la regulan que se consideren infringidos. Por otro lado, no cabe estimar concurrencia de culpas, al no existir conducta negligente del trabajador que haya

podido influir en el resultado dañoso, por lo que no puede valorarse negativamente la conducta del trabajador, como pretenden los recurrentes, para determinar una minoración del *quantum* indemnizatorio. Además, no puede imputarse ningún reproche al trabajador por ofrecerse voluntariamente a ayudar a sus compañeros, y sí al encargado y al jefe del taller que consintieron los trabajos peligrosos y sin medidas de seguridad durante cinco años.

RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL. ACCIDENTE DE TRABAJO: RESPONSABILIDAD DEL EMPRESARIO POR INSUFICIENCIA DE MEDIDAS DE SEGURIDAD. RELACION DE CAUSALIDAD: CAUSA EFICIENTE. CONCURRENCIA DE CULPAS: PRINCIPIO DE EQUIDAD. (SENTENCIA DE 21 DE MARZO DE 2000).

Ponente: Excmo. Señor don Román García Varela.

El Juzgado de Primera Instancia número 1 de Don Benito dictó sentencia el 26 de noviembre de 1994, estimando parcialmente la demanda sobre reclamación de cantidad, formulada por doña Rosario G. S., que actúa también en representación de su hija menor doña Rosario E. G. G., contra la compañía mercantil EVESA, condenando a abonar a doña Rosario G. S. la suma de cinco millones de pesetas y a doña Rosario E. G. G. la cantidad de dos millones de pesetas, más el interés legal desde la presentación de la demanda hasta su completo pago, sin pronunciamiento sobre la imposición de costas.

La Audiencia Provincial de Badajoz (sección primera), en sentencia de 5 de mayo de 1995, estimó el recurso interpuesto por EVESA, y revocando en parte la sentencia a los solos efectos de quedar sin contenido la condena de los intereses legales, manteniendo el resto del pronunciamiento y sin hacer expresa imposición de las costas causadas en apelación.

La compañía Mercantil EVESA interpuso recurso de casación.

El Tribunal Supremo declara no haber lugar al citado recurso.

Hechos.—Fallecimiento de trabajador al manipular una cinta transportadora en inadecuado estado y con insuficientes medidas de seguridad.

Doctrina de la Sentencia.—El recurso de casación se fundó en dos motivos que se examinan a continuación:

Uno, infracción del artículo 1.902 del Código Civil, así como de la doctrina jurisprudencial que interpreta, por estimar que no se ha considerado la actuación imprudente de la propia víctima como causa de la producción del accidente y apreciar una concurrencia de culpas sin fijar la proporción de participación de las mismas y otro, con carácter subsidiario por violación del artículo 1.902 del Código Civil, al no fijarse la proporcionalidad de las culpas, se examinan conjuntamente por su unidad de planteamiento y se desestiman por las razones que se dicen seguidamente:

No cabe en este recurso la revisión de los hechos que la sentencia de instancia declaró probados, sin embargo, es misión casacional la calificación jurídica de los mismos y la aplicación adecuada de las normas.

Dice la sentencia de instancia que... *se revela la insuficiencia de medidas precautorias y de seguridad que obligan a quien se lucraba de aquella actividad*

de riesgo; ...se constatan... deficiencias que, de haberse subsanado precedentemente, hubieran evitado el percance, y esta Sala acepta dichas conclusiones.

La presencia del nexo causal obra demostrada... toda vez que el inadecuado estado de la cinta transportadora, la falta de seguridad de sus elementos, ...la omisión de la vigilancia, a fin de que dicha máquina fuera bajada antes de moverla de lugar, y la despreocupación de la recurrente para mejorarla y hacerla más segura, fueron motivos puntuales en la producción del resultado dañoso, pues como sienta la STS, de 11 de febrero de 1992 (RJ 1992; 1209), es causa eficiente para producir el resultado aquélla que aun concurriendo con otras, prepare, condicione o complete la acción de la causa última.

Para romper el nexo causal, no bastaba con limitarse a cumplir estrictamente con la reglamentación correspondiente, sino que la diligencia exigida a quien obtiene provecho, obliga a éste, en previsión de daños a otros, a la observancia de la diligencia necesaria para mantener en perfecto estado la maquinaria manipulada por los trabajadores a impartir las instrucciones y órdenes concretas sobre su adecuado manejo, así como el oportuno seguimiento respecto a su cumplimiento.

Respecto a la concurrencia de culpas en la causación del accidente... el principio aplicable en esta materia es la equidad ponderado en la resolución.

Notas.—Como recoge la sentencia con indudable acierto, la cuestión fundamental del caso aquí enjuiciado gira en torno a si la causa determinante del accidente del que derivó la muerte del trabajador, ha sido el defectuoso estado en el que se encontraba la cinta transportadora, o si el suceso fue provocado por la conducta imprudente del fallecido. No cabe duda de que la causa eficiente para producir el trágico resultado fue el inadecuado estado de la cinta transportadora, si bien también hubo imprudencia por parte del trabajador, por lo que cabe apreciar concurrencia de culpas en la causación del accidente, por lo que se ha ponderado en equidad atendiendo a las circunstancias del caso.

CULPA EXTRA CONTRACTUAL. FALLECIMIENTO DE PEATON POR ACCIDENTE FERROVIARIO. CONCURRENCIA DE CULPAS. RESPONSABILIDAD REPARATORIA. (SENTENCIA DE 25 DE FEBRERO DE 2000.)

Ponente: Excmo. Señor don José Ramón Vázquez Sandes.

El Juzgado de Primera Instancia número 2 de Villagarcía de Arosa, en sentencia de 25 de octubre de 1994, estimó parcialmente la demanda sobre reclamación de cantidad, interpuesta por don Juan Antonio y don Manuel L. U., doña María del Carmen y doña María Mercedes B. F. (hijos y nietas, respectivamente, de la fallecida) contra la «Red Nacional de Ferrocarriles Españoles» (RENFE), y declaró que los demandantes son los perjudicados y únicos herederos de la fallecida, doña Mercedes L. U., por cabezas los hijos y por stirpes las dos nietas; y como tales perjudicados y herederos tienen derecho a percibir una indemnización, en consecuencia, condenó a la Entidad demandada a satisfacer a los demandantes en la cantidad de 6.000.000 de pesetas, sin hacer especial pronunciamiento en materia de costas.

La Audiencia Provincial de Pontevedra (sección segunda) dictó sentencia con fecha de 6 de abril de 1995, y revocando la sentencia apelada, absolvió de

la misma a RENFE con estas de primera instancia a los actores, y sin hacer pronunciamiento de las de esta alzada.

El Tribunal Supremo declara haber lugar al recurso estimando el recurso de casación interpuesto por los demandantes hijos y nietos de la fallecida, casando y anulando la sentencia dictada por la sección segunda de la Audiencia Provincial de Pontevedra, de fecha 6 de abril de 1995, confirma la dictada el Juzgado de Primera instancia número dos de los de Villagarcía de Arosa de 25 de octubre de 1994, sin hacer especial imposición de costas.

Hechos.—Fallecimiento de anciana de setenta y seis años al cruzar a las 21 horas por el paso a nivel existente en la vía férrea de Santiago de Compostela a Pontevedra al ser arrollada por el tren. En el sentido en que cruzaba doña Mercedes, aún situándose en la mitad del paso a nivel, se tiene escasa visibilidad y existen letreros instalados por RENFE en los que informa de la exención de responsabilidad en caso de accidente. A unos cien metros existe un paso subterráneo, pero el paso a nivel se mantiene por solicitud de RENFE al citado Ayuntamiento.

Doctrina de la Sentencia.—El primero de los motivos del recurso de casación denuncia violación por inaplicación de la jurisprudencia de este TS, relativa a los artículos 1.902 y 1.903 del Código Civil, y el segundo motivo denuncia violación por inaplicación de la doctrina relativa al artículo 1.902, que establece la inversión de la carga de la prueba por su conexión, ambos motivos han de ser examinados conjuntamente.

Dada la prueba llevada a cabo en la instancia de los hechos desde los que trata de atribuir la *responsabilidad reparatoria* al amparo de los artículos 1.902 y 1.903 del Código Civil, a RENFE por el resultado del hacer de su empleado, *no cabe hablar de inversión de carga de la prueba y sí valorar la practicada para determinar quién es responsable de los actos u omisiones que inciden en el resultado dañoso.*

La parte recurrente se apoya en la **teoría de la responsabilidad por riesgo**, que dice haber creado RENFE para la que deben concurrir los siguientes **requisitos** que la actividad de que se trate implique «un riesgo considerablemente anormal en relación con los estándares medios» y para precisar si cabe la atribución de la responsabilidad para el creador del riesgo habría de tenerse en cuenta la conducta concurrente de quien sufrió el daño, y «cuando ésta sea fundamentalmente determinante de dicho resultado» habría de estar-se al «principio de la causalidad adecuada».

Notas.—En este caso cabe apreciar concurrencia de culpas la de RENFE, con la conducta también negligente de la víctima, incidiendo ambas en la producción del evento dañoso, pero observándose una desigual concurrencia de culpas, ya que, por un lado, resulta clara la creación y perpetuación de grave riesgo por parte de RENFE al crear un paso a nivel enclavado en núcleo urbano de población, lo que supone un claro riesgo. Tan claro es el riesgo que lleva al ente público a realizar un paso a nivel inferior en las inmediaciones de aquél, pero inexplicablemente en vez de clausurar el paso exterior, solicita su permanencia y coloca un letrero patentizador de la noción de peligro que tiene el paso y lo mantiene con todas las consecuencias que, previsiblemente, puede dar lugar su ubicación y afluencia de usuarios, y en esa medida hizo posible el resultado aquí contemplado.

No menos clara resulta la innecesaria utilización del paso a nivel por la fallecida, como la seguridad que ofrecía la utilización del paso inferior, el tiempo adverso y las circunstancias de que la noche no habría de mejorar la precaria visibilidad que ya por el día ofrecía aquella vía, y la edad de la fallecida coadyuvieron al fatal resultado producido con una intensidad que ha sido tenida en cuenta por la sentencia de primera instancia, determinándose con ponderación, la medida reparatoria que ha de ser respetada desde la valoración que merecen las dos conductas incidiendo, diversamente, en la producción del daño final, previsible para ambos sujetos en la medida consignada.

L. T. M.

INFORMACION BIBLIOGRAFICA

TENA PIAZUELO, ISAAC: *La reconciliación de los cónyuges en situaciones de crisis matrimonial*. Serie monografías. Editado por el Centro de Estudios Registrales del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. Madrid, 2000. Un tomo de 369 págs.

Con el nuevo curso, el Centro de Estudios Registrales del Colegio de Registradores ha retomado su elogiada labor bibliográfica que venía desarrollando y de nuevo se están publicando varias obras monográficas interesantes, de las que daremos noticia en nuestras páginas.

Este libro toca una materia que tiene evidente actualidad, pues si desde la publicación de la ley del divorcio se han multiplicado las situaciones declaradas de crisis matrimonial, es también natural que se produzcan, aunque sean proporcionalmente escasos, los casos de reconciliación. Seanos permitido recordar que antes se concebía el matrimonio como indisoluble y así lo establecía el Código Civil que sólo contemplaba la muerte de uno de los cónyuges; había separación, pero pocas llegaban a formalizarse, pues abundaba más el «ahí te quedas» de hecho. Ahora, con las facilidades legales, a la menor dificultad ya están pensando en el divorcio y después, no son pocos los que se arrepienten de haberse dejado llevar de un momentáneo y no siempre justificado «acaloro»... y piensan que lo mejor será volver al primitivo redil y recomponer los platos rotos.

Esta es la faceta que nos presenta el autor del libro, Isaac Tena Piazuelo, Doctor en Derecho y Profesor Titular de Derecho Civil de la Universidad de Zaragoza, quien es elogiosamente presentado por el prestigioso Catedrático Emérito de la misma Universidad don Gabriel García Cantero. Los elogios son justificados según se puede comprobar con la lectura de la obra.

El libro consta de una introducción general y tres capítulos, estando dedicado el primero de éstos a fijar el concepto y las diversas situaciones de la crisis matrimonial, el segundo al estudio de la reconciliación en nuestro Derecho y el tercero al tratamiento de estas medidas de reconciliación en el Derecho Canónico y en las legislaciones francesa e italiana.

En la introducción el autor nos explica que entre la creación del vínculo matrimonial y las posteriores crisis que pueden afectarle existe un término frontero que pueden jalonar el uno y las otras. Es entonces cuando ha de acudir a esos mecanismos jurídicos que encauzan y dan virtualidad al propósito de los cónyuges de resolver la crisis mediante la conservación o la recuperación, en su caso, del contenido originario del vínculo que contrajeron.

Para estudiar el concepto de crisis matrimonial y las varias situaciones en que puede presentarse, empieza el autor, en el capítulo primero, analizando las formas de matrimonio a las que la reconciliación pueda referirse. El sistema español es de tipo electivo o facultativo, pudiendo elegir los interesados entre la forma religiosa o la civil, según sus distintas modalidades posibles.

No admite, sin embargo, la posibilidad de aplicar en sentido propio el concepto de reconciliación en las uniones de hecho, precisamente porque matrimonio y concubinato son figuras no asimilables y distintas y al efecto trae a colación los preceptos existentes en las leyes autonómicas de los cuales se desprende que la situación es diferente. Hay crisis, nos dice, cuando se produce una disgregación o desunión del matrimonio, que puede tener consecuencias fijadas por la ley o simplemente ser de puro hecho. Se dan estas situaciones de hecho especialmente en la nulidad, la separación o el divorcio. Tales casos son analizados por el autor explicando sus diversos efectos específicos en cada uno de ellos, así como las consecuencias y trámites según sus momentos particulares.

En el capítulo segundo se trata de la reconciliación matrimonial, la cual nos es presentada por el autor como la reacción contraria a la crisis jurídica del matrimonio, aunque solo sea porque pone fin a ésta. Empieza reseñando las referencias que a la reconciliación hace el Código Civil con exposición de los correspondientes artículos que se refieren a la materia, tanto en la parte puramente matrimonial, incluyendo la separación de bienes, como en las sucesiones. Y tras recoger los antecedentes históricos, desde Las Partidas a la ley de divorcio republicana, trata de formular un concepto jurídico de la reconciliación, partiendo del puramente vulgar de atraer o abordar los ánimos desunidos; repasa las ideas expuestas por varios autores y concluye diciendo que la reconciliación consiste en la remoción por propia voluntad de los cónyuges de las causas legales que permitieron solicitar una sentencia de separación o divorcio, mediante la recuperación de la armonía o normalidad conyugal que encuentra su cauce habitual en la convivencia matrimonial.

A estos efectos, el autor resalta las diferencias entre la reconciliación y otras actuaciones distintas como la mediación familiar, ya que ésta en esencia consiste en la interposición entre dos personas que contienden, procurando conciliarlos. Esta figura de la mediación no está regulada en España a pesar de existir al efecto unas recomendaciones del Consejo de Europa.

Resulta poco fácil determinar cual sea la naturaleza jurídica de la reconciliación y la doctrina no acaba de ponerse de acuerdo sobre el particular, tal como resulta de las citas que el autor nos ofrece. A esto se suma el dato de que la reconciliación admite las modalidades de expresa y tácita, siendo esta última de difícil manifestación.

Se examinan los diversos requisitos para que se perfeccione la reconciliación, empezando por los elementos personales o sujetos, que lo son únicamente los propios cónyuges. Son elementos objetivos aquellos cuya concurrencia debe constituir el regreso o recuperación de la normalidad conyugal. La doctrina suele coincidir en que para que haya reconciliación tiene que recuperarse la convivencia conyugal, pero, según puede verse en el artículo 87 del Código, el cese efectivo de la convivencia no es una noción fáctica sino jurídica y en buena medida es solo relativa. El elemento formal de la reconciliación lleva consigo la necesidad de su constancia mediante la prueba correspondiente por cualquiera de los medios admitidos en Derecho, entre ellos la publicidad en los Registros Civil, de la Propiedad o Mercantil.

La reconciliación comporta especiales efectos jurídicos que resultan determinados por el alcance fructífero del intento reconciliatorio, ya que tiene repercusiones notables en la capacidad de obrar. Así puede comprobarse en varios artículos del Código Civil. Es decir, que tiene determinados efectos que se detallan en el libro tanto en el ámbito de las relaciones personales, las

conyugales y paterno filiales y también en las relaciones patrimoniales que se engloban en el régimen económico-matrimonial. En el plano sucesorio la reconciliación tiene igualmente las consecuencias de que, alterada la situación precedente de crisis conyugal, se recupera el régimen de normalidad, tal como se deduce de los artículos 835, 855 y 856.

Completa el autor su estudio recogiendo la doctrina de los Tribunales, plasmada en varias sentencias de las Audiencias.

Termina el libro con su capítulo III donde se estudia la reconciliación en el Derecho canónico, de gran aplicación en la práctica en cuanto que la inmensa mayoría de los matrimonios españoles adoptan la forma religiosa. Y como muestra de los ordenamientos más afines al nuestro, se da noticia de las normativas vigentes sobre la materia en los Derechos francés e italiano.

MARÍA DEL CARMEN CORRAL GIJÓN

DE LA CUESTA SAÉNZ, JOSÉ MARÍA Y OTROS: *Los montes: propiedad, aprovechamiento y conservación*. Serie monografías. Actas de las IV Jornadas de Derecho Agrario. Fundación Caja Rioja. Logroño, 2000. Un tomo de 190 págs.

En la Universidad de La Rioja tuvieron lugar en los primeros días de noviembre de 1999, estas jornadas, dirigidas por el Profesor PEDRO DE PABLO CONTRERAS y bajo la coordinación del también profesor ANGEL SÁNCHEZ HERNÁNDEZ. En ellas se han estudiado interesantes aspectos relacionados con la propiedad forestal, principalmente la situación de los montes de propiedad comunal, los pastos, el medio ambiente, el turismo rural y otros aspectos que complementan la actividad agrícola de esta especial parcela de nuestros campos.

Estas reuniones científicas, en las que varios especialistas exponen sus doctrinas y experiencias, quedarían poco menos que desconocidas si no se recogiesen las respectivas ponencias en una publicación ordenada y adecuada. Y esto es lo que se hace ahora, reflejando la actual normativa forestal vigente en la Comunidad Autónoma de La Rioja, según su reciente ley regional de 1995; en verdad ésta viene a ser un trasunto de la Ley de Montes nacional de 1957, aunque recoge las especialidades que destacan en la región.

Con esta ley autonómica se desarrolla la legislación básica del Estado sobre vías pecuarias, montes, aprovechamientos forestales, régimen de las zonas de montaña y especies naturales protegidas.

De entre estos diversos aspectos, el Profesor PEDRO DE PABLO, como civilista, destaca como más importantes la presunción de posesión por los entes públicos de los montes incluidos en los catálogos de utilidad pública, la necesidad de aportar certificado de no estar incluidas en ese catálogo las fincas colindantes con montes públicos para poderlas inmatricular en el Registro de la Propiedad, la necesidad de demandar a la vez a la entidad titular y a la Comunidad Autónoma cuando se promuevan pleitos sobre la propiedad de montes catalogados y el establecimiento de los derechos de tanteo y retracto en los casos de transmisión onerosa de fincas enclavadas dentro de los montes catalogados. Igualmente se contienen en esta regulación autonómica numerosas limitaciones al derecho de propiedad, al igual que ya lo hacía la Ley de Montes.

Tras una detallada presentación del Profesor DE PABLO, se recogen en este libro las diversas ponencias que se desarrollaron en aquellas jornadas, empe-

zando por la del Profesor JOSÉ MARÍA DE LA CUESTA SAÉNZ, catedrático de Derecho civil de la Universidad de Burgos, titulada «Régimen jurídico de las tierras reforestadas». Señala el auge de las actividades reforestadoras con la base de la protección ambiental, hace notar la diversidad de estatutos jurídicos, según sea el suelo público o privado, dando lugar a distintas figuras respecto a la plantación y su posterior explotación forestal. Acudiendo a lo dispuesto en las normas comunitarias, en relación con las propias de España y las específicas de La Rioja, estudia con más detalle la reforestación en tierras de propiedad privada, con análisis de su naturaleza jurídica y de los sujetos que pueden llevarla a cabo, para concluir presentando las consecuencias y efectos de esa reforestación de carácter privado.

El Profesor CARLOS VATTIER FUENZALIDA, también catedrático de la Universidad de Burgos, estudia «La propiedad privada de los montes». Define a éstos por exclusión como aquellos que no pertenecen a entidades públicas y que se rigen por el Derecho común, con las salvedades establecidas en el régimen protector. Un tipo especial de monte particular es el declarado protector por la Comunidad Autónoma como tal, previo procedimiento administrativo con audiencia de las entidades locales correspondientes y de los mismos propietarios, lo que termina con la inclusión en el Catálogo de Montes Protectores. Se declaran así por razones de interés general, por sus características físicas, ecológicas o sociales o por evitar el riesgo de degradación o desertización, cuando tengan una superficie mayor de 100 hectáreas. En la ponencia se estudia la conservación, recuperación y mejora, la repoblación forestal, el aprovechamiento de tales montes y las reglas a que queda sometida la venta de sus productos.

El Profesor FRANCISCO JAVIER ORDUÑA MORENO, catedrático de Derecho Civil de la Universidad de Cantabria trató de los títulos competenciales y desarrollo de la legislación forestal y el Profesor de la Universidad de Burgos, JOSÉ MARÍA CABALLERO LOZANO expuso su tema «El aprovechamiento cinegético de los terrenos forestales en La Rioja», partiendo del concepto de monte en la ley autonómica, con especial atención a esta faceta del aprovechamiento cinegético y la prevención y reparación de daños dimantes de la caza originantes de patentes casos de responsabilidad civil.

«La propiedad del suelo y ordenación de los recursos naturales» es el tema que desarrolla el Profesor MARCOS GÓMEZ PUENTE, de la Universidad de La Rioja, donde estudia el régimen constitucional y legal de la propiedad, orientado a la exposición de los nuevos conceptos de los planes de ordenación de los recursos naturales para el mejor aprovechamiento del suelo.

El Profesor ÁNGEL SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, de la misma Universidad de La Rioja, estudia «La presunción posesoria otorgada por el Catálogo de Montes de Utilidad Pública y la usucapión de montes públicos patrimoniales catalogados». Para ello empieza resaltando la importancia del monte, lo que justifica su especial protección jurídica, manifestada en la publicidad efectiva que le proporciona su inclusión en el Catálogo. Ya la Ley de Montes de 1957 estableció que esa inclusión otorga la presunción de posesión del monte en favor de la entidad pública a cuyo nombre figure. Acude el autor a la Ley Hipotecaria, que desde su primitiva redacción de 1861 previó la necesidad de proporcionar títulos supletorios para inmatricular fincas no inscritas y en esta línea recoge la normativa de montes que desde el siglo pasado concedió la presunción posesoria. Si la Ley Hipotecaria de 1909 concedió la inscripción de la posesión, se había abierto claramente el camino para inmatricular los

montes en posesión solo con estar catalogados en favor de la entidad titular; después vino, como sabemos, la posibilidad de transformar los asientos poseedores en otros dominicales, por regla general. Todo ello hace que el autor defienda la posibilidad de inscribir en propiedad los montes catalogados, sobre todo en aquellos casos en que se haya producido una adquisición por usucapión.

RAFAEL PICAZO NEVADO, de la Universidad de Córdoba estudia el tema de la restauración de áreas incendiadas. Si las entidades o particulares propietarios de montes tienen el deber de conservar y mejorar los terrenos forestales que les pertenecen, se colige que, en caso de incendio, están obligados a la restauración de esos terrenos afectados. Así se contempla en las legislaciones, tanto estatal como autonómica. El autor lo detalla contemplando la relación establecida en tales normas y, en caso de incumplimiento del deber de restauración, se podrá llegar a la ejecución subsidiaria de las repoblaciones declaradas obligatorias.

Por último, el Registrador de la Propiedad JESÚS LÓPEZ MEDEL presentó una ponencia sobre «Registación de montes públicos». Recuerda el proceso histórico por el que se ha llegado a la inscripción obligatoria de los montes por la Ley de 8 de junio de 1957, desarrollada por su Reglamento y confirmada por la jurisprudencia de la Dirección General de los Registros y del Notariado.

FRANCISCO CORRAL DUEÑAS

ANGEL CARRASCO PERERA, ENCARNA CORDERO LOBATO Y M.^a DEL CARMEN GONZÁLEZ CARRASCO: *Comentarios a la Ley de Ordenación de la Edificación*. Editorial Aranzadi. Pamplona, 2000.

Los Comentarios a la Ley de Ordenación de la Edificación (LOE) elaborado por los Doctores CARRASCO PERERA, CORDERO LOBATO y GONZÁLEZ CARRASCO, Catedrático y Profesoras Titulares de Derecho Civil de la Universidad de Castilla-La Mancha, tiene su antecedente en una excelente obra de estos mismos autores, «Derecho de la Construcción y la Vivienda» (Editorial Dilex, 1998), que constituye el manual de una asignatura optativa de la citada Universidad. Aunque más que de un manual, cabría hablar de un verdadero tratado, habida cuenta de la profundidad y el rigor de su contenido. Los alumnos de esta asignatura pueden dar buena fe de ello.

Lo que con esto quiero subrayar es que al emprender la elaboración de estos Comentarios, sus autores no sólo estaban lejos de ser ajenos a la materia que constituye su objeto, sino que pueden considerarse legítimamente como los mejores especialistas de nuestro país en este importante sector económico social, en lo que a la Ciencia jurídica se refiere. Esto es particularmente cierto en lo que toca al Profesor CARRASCO, que lleva estudiando esta materia desde su incorporación al Departamento de Derecho Civil de la Universidad Autónoma de Madrid, mediados allá los ochenta. No en vano su tesis doctoral, «*Ius aedificandi* y accesión», publicada más tarde por la editorial Montecorvo, puede considerarse como uno de los exponentes de mayor excelencia del derecho de la edificación.

He de subrayar igualmente que el tratamiento de esta materia por sus autores se hace no sólo desde la óptica del Derecho privado, como podría hacer pensar la disciplina que cultivan, sino también desde la del Derecho

público. Imposible deslindar uno de otro en un ámbito cuyos elementos más relevantes se encuentran regulados de forma indisociable por normas pertenecientes a las dos grandes ramas del Derecho. Pues bien, el estudio de los elementos *iuspublicistas* no desmerece en absoluto del de los *iusprivatistas*. Tanto las normas que calificaríamos de Derecho público como las de Derecho privado se examinan y analizan con idéntico rigor.

Como corresponde a una obra de esta naturaleza, en los Comentarios que glosa se sigue la técnica del análisis individualizado de cada una de las normas que constituyen la Ley comentada, si bien se puede apreciar, con poca atención que se lea, un hilo conductor bien definido y mejor resuelto. Por regla general, y por muy bien que esté coordinada una obra colectiva, siempre se advierten en ella ciertas deficiencias, muchas veces inevitables, como el solapamiento de materias o la constante repetición de ideas, así como una cierta falta de homogeneidad en cuanto a la calidad de cada comentario. Todo esto supone no pocas veces un cierto desdoro de este tipo de obras, incluso entre las mejores. Pues bien, estos defectos no se advierten en esta obra (o, al menos, son mucho menos perceptibles). Sin duda que una razón de peso estriba en el reducido número de comentaristas. Pero no sólo esto. Contribuye de forma más poderosa aún a la calidad de la obra la sólida formación jurídica de sus autores, sobradamente contrastada a lo largo de su trayectoria investigadora, y la innegable huella del Profesor CARRASCO, maestro de las Profesoras CORDERO Y GONZÁLEZ CARRASCO, al que cabe considerar como uno de los más prestigiosos civilistas (y juristas) de nuestro país, y cuya impronta se advierte con claridad en el trabajo de sus aventajadas discípulas. Y esto aquí, antes que un reproche de dependencia, debe tomarse como un encendido elogio.

En cuanto a la norma que constituye el objeto de estos comentarios, cabe decir que la Ley de Ordenación de la Edificación salió a la luz con el propósito de disciplinar un sector que carecía de una regulación jurídica homogénea, en la que se mezclaban, en un *totum revolutum*, la regulación de relaciones típicas de Derecho público con la de relaciones de Derecho privado. Como es habitual en el ámbito público, las primeras se hallaban disciplinadas por un número interminable de normas de diferente rango, mientras que de las segundas se ocupaba, en lo fundamental, tan sólo el Código civil, en la parte dedicada al contrato de obra (arts. 1588 a 1600). Entre estos preceptos se cuenta el célebre artículo 1591, cuya derogación por la LOE es discutida y discutible. A falta de derogación expresa, yo me cuento entre los que dudan que la nueva Ley deroga *a contrario* este artículo. Creo que existen hipótesis de responsabilidad por vicios en la construcción que pueden encontrar todavía su acomodo en dicho precepto. La razón es que mientras la nueva regulación es mucho más casuística (y, en consecuencia, mucho más susceptible de lagunas) y atiende fundamentalmente a un criterio de imputación de naturaleza subjetiva, por mucho que se hable de inversión de la carga de la prueba (cfr. art. 17.8), el artículo 1.591 del Código Civil es mucho más abstracto y general, y debe considerarse que con él se mantiene viva la imputación objetiva en este ámbito. Esto se aprecia mejor si se tiene en cuenta el concepto de caso fortuito como hecho interno y propio de un determinado ámbito de riesgo, en este caso la construcción de edificios, cuyas resultas dañosas debe ser soportadas por los agentes de la edificación. Al menos por el constructor y el promotor. Aunque sólo sea por aplicación del principio del riesgo y del beneficio (*commodum eius esse debet cuius periculum*, pero también *cuius commoda, eius incommoda*).

En otro orden de cosas, la LOE estaba destinada, en principio, a dotar a la construcción de edificios de una configuración jurídica más o menos completa, con especial incidencia en la identificación, obligaciones y responsabilidades de los agentes que intervienen en el proceso de la edificación, en la regulación de sus responsabilidades, atendiendo a la naturaleza de su intervención en dicho proceso, y en las garantías para proteger al adquirente de una finca urbana construida. No es, pues, una ley de contrato de obra civil, aunque con ella queda definitivamente aparcado el Proyecto de Ley de Reforma de Código Civil sobre los contratos de servicios de obra, que nunca se llegó a debatir. En cuanto a la responsabilidad, buena parte de su contenido proviene de una doctrina jurisprudencial particularmente abundante y homogénea, recaída sobre el artículo 1.591 del Código Civil, aunque con ciertas variantes.

Se trata, en definitiva, y así lo sugiere el Profesor CARRASCO en el Prólogo de estos Comentarios, de una Ley del seguro de construcción (regulado en su extensísimo artículo 19) y de una nueva regulación del derecho de reversión expropiatorio, llevado a cabo mediante la reforma de los artículos 54 y 55 de la Ley de Expropiación forzosa, de 16 de diciembre de 1954 (disp. adic. 5.^a LOE), ampliándose de forma general un derecho que desde 1990 estaba ya presente en las expropiaciones urbanísticas.

Decir, para terminar, que la obra incorpora un completo apéndice legislativo, en el que, además de la Ley 38/1999, se recogen las normas más relevantes sobre la materia, tanto estatales como de ciertas Comunidades Autónomas, singularmente de Cataluña y de Madrid.

En definitiva, estos comentarios son, sin ninguna duda, lo mejor que se ha publicado hasta la fecha sobre la materia que constituye su objeto. Pero no sólo esto, sino que puede afirmarse que prácticamente la agotan y que, desde una perspectiva técnica y doctrinal, poco más y mejor se puede decir. Otra cosa es ver como se aplica la nueva norma por los Juzgados y Tribunales. Pero esto es algo que pertenece a un futuro imprevisible.

L. FERNANDO REGLERO CAMPOS

MORALES MORENO, ANTONIO MANUEL: *Publicidad registral y datos de hecho*. Prólogo de Antonio Pau. Centro de Estudios Registrales del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. Madrid, 2000. Un tomo de 494 págs.

Empecemos recordando los varios intentos que han tenido lugar para coordinar el Registro y el Catastro, todos ellos caracterizados por el dato común de su poca o nula efectividad en la práctica. Como nos dice el Decano PAU PEDRÓN en el prólogo, con todo, no es cosa de aceptar la tesis pesimista, aunque ésta vendría avalada por la historia, en la que podríamos «celebrar» el redondo centenario de no existir tal concordancia. Es preciso, nos sigue diciendo, abordar la cuestión con energía adoptando un cambio de enfoque para considerar que la relación entre Registro y Catastro no agota el problema de la carencia registral de bases gráficas. Para ello habría que abordar el intercambio de datos y además proporcionar al Registro una cartografía digitalizada. Esto podrá realizarse si se cuenta en los Registros con las instalaciones informáticas necesarias para la utilización adecuada de las bases gráficas de las fincas debidamente digitalizadas.

Esta cuestión de dotar al Registro de datos de hecho fiables que puedan quedar amparados por el principio de legitimación es de vital importancia y es contemplado en este libro por el Profesor ANTONIO MANUEL MORALES MORENO, Catedrático de Derecho Civil y Consejero de nuestra Revista, de un modo nuevo en este importante y bien trabajado estudio que marcará un hito en la materia.

Los folios de nuestro Registro comienzan con la descripción de la finca, con expresión de los datos y circunstancias que permitan su identificación. La cuestión inicial es si la publicidad registral se extiende a estos datos de hecho, teniendo en cuenta que el Registro publica no hechos sino derechos. A continuación el autor se pregunta si existe en el sistema español una verdadera finca registral, autónoma e independiente, configurada por el Registro, o por el contrario, lo que la descripción registral ofrece no es más que una especie de identificación de la finca material, cuya configuración prevalece sobre dicha descripción registral.

Si se admite que los datos de hecho no están cubiertos por la publicación registral, parece que aceptamos una limitación a la eficacia del Registro de la Propiedad. El punto es importante, pues se trata de garantizar no solo al propio titular del asiento, sino a los de las demás fincas, sobre todo, las colindantes, que pueden resultar afectadas. Por ello, nos dice el autor, al afirmar el Tribunal Supremo en algunas sentencias que la publicidad registral no se extiende a los datos de hecho, trata de garantizar la propiedad frente a la posible agresión de una finca registral imaginaria o con una descripción inadecuada hecha por un titular registral poco respetuoso.

Tras esta introducción, el Profesor MORALES estudia en el capítulo II de su libro la identificación de la finca en el sistema tradicional del Registro español y para ello comienza por distinguir los conceptos de la finca material y la finca registral como elementos de referencia de la publicidad registral, para pasar a seguido a analizar los sistemas posibles para conseguir la mejor identificación de la finca registral. En el modelo alemán la finca viene dada por la descripción catastral; el otro modelo posible, que es el nuestro, delimita la finca en el Registro de modo autónomo.

Los sistemas también pueden diferenciarse por el nivel de precisión, cabiendo delimitarse la finca de modo perimetral, describiéndola por su contorno, bien por sus datos físicos o por referencia a los puntos de la posición geográfica (latitud y longitud) del perímetro de la finca, que es la más precisa. La descripción no perimetral individualiza la finca a través de ciertos datos como el nombre, la extensión, la descripción de sus elementos o indicación de la zona donde se halla.

El sistema tradicional de la descripción de finca en el Registro español es el conocido por todos y que se concreta en los datos exigidos por los artículos 9 de la Ley y 51 del Reglamento Hipotecario. El autor analiza los rasgos salientes del sistema diciéndonos que se caracteriza por la configuración autónoma de la finca registral, sin remitirse al Catastro, por la flexibilidad del sistema descriptivo basado en las descripciones literarias, por la libertad del interesado al describir la finca, por la falta de homogeneidad del sistema y por el aislamiento de cada finca, sin disponer de un medio adecuado para constatar la colindancia entre las demás.

En el capítulo III, el Profesor MORALES estudia el problema central del alcance de la publicidad registral en cuanto a los datos de hecho, dado el poco seguro sistema de la descripción de la finca en nuestra legislación. Cita la

doctrina que, en general, opina que nuestro sistema no es perfecto y de ahí que sea difícil pretender la protección de los datos fácticos en el ámbito de la legitimación y mucho menos en el de la fe pública registral. En la jurisprudencia el problema suele plantearse casi siempre en términos de si la publicidad se extiende o no a la configuración de la finca y a su cabida y al efecto el autor recoge varias sentencias y resoluciones que contemplan diversos supuestos, en los que no siempre se dan soluciones uniformes en cuanto a la legitimación, pero negando de modo unánime que la fe pública del artículo 34 garantice al tercero una determinada configuración de la finca.

Tras estos apuntes jurisprudenciales, el autor hace sus propias consideraciones sobre los datos de hecho analizándolos como objeto de la publicidad registral y como medios de prueba y viendo la función de esos datos en la publicidad registral. Opina en consecuencia que el Registro no garantiza la existencia de la finca ni la certeza de los elementos topográficos utilizados en su descripción, ni la cabida y configuración de la finca porque son datos puramente descriptivos. Esto significa que existen obstáculos que se oponen a que la publicidad registral garantice la configuración material de las fincas, tales como la imprecisión en el modo de definir la finca registral y la falta de seguridad jurídica nacida de que la descripción se formula unilateralmente por el propio interesado sin suficientes garantías para otros titulares pueden resultar afectados.

Señalados los obstáculos que han dificultado que nuestro sistema garantice la realidad de la configuración de la finca, el autor aborda en el capítulo IV cuales pueden ser las medidas para transformar dicho sistema, tratando de mejorar el modo de definir la finca registral, reforzando a la vez las garantías de los derechos de otros sujetos en los procesos de modificaciones del Registro.

Como medidas orientadas a mejorar la identificación de la finca, el profesor MORALES señala en primer lugar la exigencia de la descripción perimetral, resaltando la reforma del artículo 51 del Reglamento Hipotecario de 1998, donde se añade que la descripción de las fincas rústicas o urbanas será preferentemente perimetral, sobre la base de datos físicos referidos a las fincas colindantes o datos catastrales de las mismas tomados del plano oficial.

Otra medida debe ser la utilización de bases gráficas para la definición georreferenciada de las fincas, según el sistema que se orienta progresivamente a la definición gráfica, según puede verse en la reforma del artículo 398 del Reglamento Hipotecario introducida en 1990, donde se señala como base gráfica la cartografía catastral oficial del Centro de Gestión Catastral y Cooperación Tributaria en soporte papel o digitalizado y en la reforma de 1998 del artículo 51 del mismo Reglamento, donde se avanza un paso más al referirse a la base gráfica o mediante definición topográfica con arreglo a un sistema de coordenadas geográficas.

La técnica georreferenciada de la identificación de la finca registral se corresponde con el sistema de descripción perimetral en el que, a través de un plano o mapa, bien sea en lenguaje gráfico o por medio de la indicación de las coordenadas en lenguaje alfanumérico, se llegan a definir las posiciones geográficas de todos los puntos del contorno de las fincas. Por ahora, el Reglamento Hipotecario contempla la posibilidad de utilizar esta técnica, aunque no la impone.

El autor, ampliando esta idea, nos presenta la aportación y el tratamiento de la base gráfica y las garantías que se incorporan, según sean estas bases

conforme a la previsión de determinadas normas, elaboradas a iniciativa del titular registral o incorporadas al acta de deslinde.

Otra medida apropiada para mejorar el sistema descriptivo de la finca es la deseada conexión del Registro con el Catastro, no sólo con la aportación de su cartografía, sino también como medio para mejorar la definición de las fincas registrales, de especial utilidad cuando éstas se hallan descritas de modo impreciso, aunque esta conexión tropieza con algunos inconvenientes, como lo es la no siempre fácil correspondencia entre la finca registral y la unidad catastral. Sobre esta coordinación se dictó un Real Decreto en 1980 y se ha promulgado una Ley Foral en Navarra en 1995 y la Ley nacional 13/1996, cuyas disposiciones se analizan.

Muy importantes son también las medidas para reforzar las garantías de los derechos de terceros en los procesos de alteración de la finca registral. Efectivamente, al inmatricular una finca, cambiar su descripción o al modificar su cabida o configuración, sea por agrupación, agregación, división o segregación, pueden producirse efectos lesivos para los derechos de otros titulares y por ello se hace preciso controlar de oficio los presupuestos exigibles o notificar la mutación a los interesados para que puedan defender sus derechos.

A continuación el autor expone por extenso los medios para llevar a cabo estas modificaciones.

Por último, bajo el rótulo de «modus operandi» se hace un estudio detallado de la Instrucción de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 2 de marzo de 2000, que prevé la adopción de un sistema cartográfico, uniforme para todos los Registros, en soporte informático a través del cual se puede lograr de modo progresivo la definición gráfica georreferenciada de las fincas registrales. La Instrucción regula este sistema, se señala la actuación de los Registradores y la intervención de los interesados, se contempla la posible disconformidad con la representación gráfica asignada a la finca y se señalan los efectos de esta identificación gráfica de la finca.

Concluye el libro con un apéndice jurisprudencial en el cual se recogen los casos resueltos, tanto por el Tribunal Supremo como por la Dirección General, desde la vigencia de la Ley Hipotecaria en su reforma de 1946, hasta la actualidad.

Un libro importante, tanto desde el punto de vista doctrinal como en el práctico, dada la conveniencia de obtener la concordancia del Registro con la realidad y con ella conseguir la cobertura de la publicidad en los datos de hecho, con la protección que con ella puedan obtener, tanto los titulares como los demás. Un estudio profundo y serio de estas cuestiones fundamentales para nuestro sistema.

FRANCISCO CORRAL DUEÑAS

PAU PEDRÓN, ANTONIO: *Esbozo de una teoría general de la oponibilidad*. Discurso de ingreso como Académico de Número en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación. Contestación de D. Sebastián Martín-Retortillo Baquer. Madrid, 2001. Un tomo de 166 págs.

La solemnidad con que esta Docta Casa reviste al acto de recepción de sus nuevos Académicos es realmente impresionante y a tono con la puesta en escena de estos acontecimientos. A tal señor, tal honor.

El pasado día 15 de enero hemos tenido ocasión de oír a un nuevo recipiendario con el que nos une la amistad y el compañerismo, pues se trata de don ANTONIO PAU PEDRÓN, Decano-Presidente del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, cuyos méritos no es preciso resaltar, por evidentes y notorios.

El acto fue presidido por el Vicepresidente del Gobierno de la Nación, don MARIANO RAJOY BREY, también Registrador de la Propiedad, en unión de los componentes de la Junta Directiva de la Real Academia, con un salón de actos repleto de asistentes.

El nuevo Académico inició su discurso recordando afectuosamente a los que le precedieron en el sillón, que fueron don JOSÉ MARÍA PEMÁN y don LAUREANO LÓPEZ RODÓ y expresando la admiración que siempre ha sentido por las Academias, que desde el siglo XVIII han renovado en Europa el pensamiento con una clara independencia.

Entrando ya en el tema central del discurso y en busca de una teoría de la oponibilidad, dijo que la convivencia en sociedad exige que las situaciones jurídicas deben ser respetadas por todos y deben ser tenidas en cuenta cuando han sido válidamente creadas. Lo que pasa es que la eficacia de estas situaciones jurídicas respecto de terceros suele enfocarse desde una perspectiva de carácter negativo y por ello las normas regulan más bien supuestos de inoponibilidad y los autores, en consecuencia, formulan sus teorías también sobre la inoponibilidad. Así puede verse en varios artículos del Código Civil y de modo especial en los artículos 32 y 34 y sobre todo en el artículo 13 de la Ley Hipotecaria. Igualmente, como se ha dicho, los autores suelen prescindir del concepto de oponibilidad, para centrar su atención en el polo opuesto de la inoponibilidad.

Pasa después el nuevo Académico a relacionar la oponibilidad con la res iudicata, donde se da algo semejante a lo que ocurre con los negocios jurídicos, aunque con la particularidad de que las sentencias, cuando son firmes producen esos peculiares efectos de la cosa juzgada, según puede verse en el artículo 1252-2.º del Código, donde se atribuye a determinados fallos un alcance muy próximo al de la oponibilidad, al señalar que son eficaces contra terceros.

Para precisar el alcance o significado de la oponibilidad, nos dice que hay que partir de su propio campo de aplicación: las situaciones jurídicas, que tienen como rasgo estructural o intrínseco la absolutividad; pero solo cuando entra en juego alguno de los mecanismos de oponibilidad, esa absolutividad despliega toda su eficacia y afecta a terceros.

Al contemplar la relación entre oponibilidad e inoponibilidad dice que uno y otro concepto son complementarios; constituyen el haz y el envés, el anverso y el reverso de un mismo fenómeno; nunca debe darse el uno sin el otro. La doctrina francesa suele distinguir entre oponibilidad simple y oponibilidad ordenada. En la simple, el titular se limita a esgrimir lo inscrito frente a tercero; éste actuará a la vista de la situación jurídica publicada, pero su actuación no se integrará en la situación jurídica. La oponibilidad ordenadora acaba incorporando al tercero: éste formará parte de la situación jurídica que, antes, ha sido solo un presupuesto de su actuación.

Ampliando la idea inicial de que para respetar las situaciones jurídicas son necesarios los mecanismos legales que determinan su oponibilidad, estudia ANTONIO PAU la noción de situación jurídica a estos efectos, recordando que la sentencia del Tribunal Supremo de 4 de marzo de 1997 ha definido al Registro de la Propiedad como el organismo estatal encargado de la función pública de

proclamar oficialmente las situaciones jurídicas relativas a los bienes inmuebles en un momento determinado y recalca que en una teoría de la oponibilidad, la importancia de la noción de situación jurídica es decisiva.

Del deber general del respeto, que se extiende, tanto a los derechos reales como a los derechos de crédito, se ha pasado, casi insensiblemente, a la tesis de la oponibilidad universal. Toda situación jurídica deriva de un título material que le sirve de causa o fundamento. En la mayoría de los casos, ese título será un negocio jurídico, pero en otros será una sentencia o una decisión administrativa. Por ello considera necesario resaltar la nítida diferenciación conceptual que existe entre título y situación: El título es la causa y la situación es la consecuencia; el título es instantáneo, mientras que la situación es estable y duradera; el título vincula a las partes y la situación jurídica vincula a los terceros; el título está sometido al principio de relatividad mientras que la situación jurídica está sometida a los principios de absolutividad y oponibilidad.

Para rechazar esa extraña idea de la publicidad-noticia, nos dice ANTONIO PAU que el principio de tipicidad que rige en el ámbito de la publicidad se explica sobre la base de la oponibilidad. Si lo que se inscribe ha de producir efectos frente a terceros, no cabe inscribir lo que decida el titular, sino lo que determine el legislador, pues esto será lo único que puede considerar oponible a través de la inscripción.

Diferencia netamente las ideas de oponibilidad e invocabilidad y estudia los medios, mecanismos o fuentes de la oponibilidad, que son cuatro: la publicidad, la publicación, la apariencia y la ley, conceptos que estudia con detalle. La publicidad se produce en los Registros como rasgo esencial y da base para la oponibilidad. Hay veces que el legislador exige además la publicación, aunque la pretensión de que todos conozcan las situaciones jurídicas es absolutamente irreal. La apariencia solo es válida cuando falta la publicidad o cuando es divergente. La Ley, por último, es a veces por sí misma fuente de oponibilidad de situaciones jurídicas.

Para determinar el contenido y la extensión de la oponibilidad hay que distinguir: en el caso de publicidad, el contenido y la extensión oponibles serán los determinados en el Registro; en el caso de la publicación resultan más complejos, pues la publicación en el Boletín es un extraño asiento; en el caso de la apariencia, ésta revela solo la existencia de una situación, pero no su contenido; en el caso de la oponibilidad que derive de la ley, la conclusión es igual que la anterior.

El último punto que el autor estudia es la eficacia constitutiva como oponibilidad absoluta y dice que paradójicamente, cuando la oponibilidad registral produce su efecto máximo, es decir, cuando excluye cualquier vía de oponibilidad extrarregistral, deja de ser, en sentido estricto, oponibilidad, y se convierte en eficacia constitutiva de la situación jurídica.

La contestación al discurso, a cargo del Académico y Catedrático don Sebastián Martín-Retortillo Baquer, aparte de los justos elogios personales y profesionales del nuevo Académico, constituyó todo un canto a la función de los Registradores de la Propiedad. Recogiendo un texto de Parada Vázquez, dijo que los Registradores de la Propiedad y Mercantiles son, indudablemente, funcionarios públicos por las formas de selección y, sobre todo, por las funciones públicas que tienen encomendadas. Pero, resaltó, que, de otro lado, que no se ajusten al modelo funcional general «ha sido una suerte», porque sobre ellos descansa ese mínimo de seguridad jurídica imposible de alcanzar a través de funcionarios comunes. Venturosamente, dijo,

en la figura del Registrador se manifiesta todavía la variada concepción que de los servidores públicos tenían los liberales del siglo XIX, que regulaban la función pública singularizadamente para cada cuerpo, en atención a los servicios que tenían a su cargo y no desde el molde rígido de un estatuto general.

Poco más cabe decir de este brillante acto y del acabado contenido doctrinal de este discurso que, por primera vez en nuestra bibliografía, aborda el tema de la oponibilidad. Ya MANUEL AMORÓS había advertido que se hacía necesaria la elaboración de una teoría de la oponibilidad, lo que ahora ha venido a hacer de modo completo ANTONIO PAU, al que hemos de felicitar por su brillante discurso, que le proporciona la merecida y digna cualidad de Académico de Número de la Real de Jurisprudencia y Legislación.

FRANCISCO CORRAL DUEÑAS

DÍAZ FRAILE, JUAN MARÍA: *Ejecución judicial sobre bienes hipotecados*. (Actualizado a la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil). Tesis Doctoral. Centro de Estudios Registrales del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. Madrid, 2000. Un tomo de 867 págs.

Una de las ideas básicas que han inspirado la reciente reforma procesal es la de hacer de la Ley de Enjuiciamiento Civil un verdadero código que recoja y unifique todo el conjunto de la regulación procesal de nuestro Ordenamiento jurídico. Para conseguirlo se han sacado de las leyes materiales y sustantivas, entre ellas la Hipotecaria, los trámites procedimentales, dejando para dichas leyes sustantivas tan sólo la regulación de las figuras jurídicas que puedan dar lugar a esas acciones procesales que las protegen y que pasan ahora a la regulación procesal.

Pasando ahora concretamente a la ejecución de la hipoteca, su trascendencia es tan importante y notoria que no es preciso resaltarla. Si este derecho consiste en esencia en la posibilidad de realizar el valor de una finca para conseguir la efectividad del crédito asegurado, está claro que la hipoteca carecería de valor si no se facilitase su ejecución por medios efectivos y breves.

Este es el tema elegido para su Tesis Doctoral por nuestro compañero JUAN MARÍA DÍAZ FRAILE, Registrador de la Propiedad, Letrado adscrito a la Dirección General de los Registros y del Notariado y asiduo colaborador de esta Revista, en la que ha publicado varios trabajos, y autor de otros libros sobre la Ley de Costas y Derecho comunitario europeo sobre estructuras agrarias, que le acreditan como hombre estudioso y buen publicista, del que hay que esperar aún más.

Vamos a ceñirnos a hablar de este libro en el cual, como acabamos de decir, se recoge la Tesis Doctoral que obtuvo la calificación máxima por unanimidad del Tribunal.

El tema incluye un completo estudio institucional del procedimiento judicial sumario de ejecución hipotecaria o, según la terminología de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, procedimiento de ejecución directa sobre bienes hipotecados.

El autor consigue con su estudio su propósito de reivindicar el derecho de hipoteca como una institución perteneciente al ámbito del Derecho Civil y estrechamente vinculado al Derecho Registral, esto a través, principalmente, de

los principios de prioridad y legitimación registral, en su fase dinámica o de ejecución. Pudiera parecer que esta faceta quedará un tanto difuminada por esta absorción que ahora realiza la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil en su ansioso acaparamiento de normas procesales. Pero, como nos dice el autor, no se borran las particularidades de la ejecución hipotecaria frente a las ejecuciones ordinarias, sino que, por el contrario, han sido reforzadas por varias vías.

El libro es extenso e intenso, en cuanto que agota la materia y la estudia profundamente, analizando la legislación, acudiendo a la doctrina y examinando la jurisprudencia y se divide en tres partes, precedidas de una interesante introducción en la que el autor explica el objeto, la metodología, las fuentes y la sistemática. Al final de la obra hay un extenso apartado en el que se recapitula la doctrina vertida y se dan las conclusiones de la Tesis.

La primera parte se dedica a centrar el marco jurídico general de la realización forzosa y en él se estudia ampliamente, en dos capítulos, los posibles medios de realizar el bien hipotecado para hacer efectivo el crédito que se garantizaba y que son el procedimiento judicial sumario, objeto de la antigua regulación en el artículo 131 de la Ley Hipotecaria, y la realización del bien hipotecado mediante su venta notarial, analizando la constitucionalidad de ambos procedimientos, lo que el autor defiende y razona y que se han admitido claramente en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil. Esta ha regulado el procedimiento extrajudicial en el sentido de apoyarse en el artículo 1858 del Código Civil que autoriza a vender la cosa, por lo que la ejecución no es forzosa, sino pactada. Este procedimiento notarial es un instrumento puesto al servicio del derecho real que permite realizar el valor, ejercitándolo directamente sobre los bienes gravados.

La segunda parte del libro es la más extensa, pues comprende nueve capítulos en los que, a lo largo de 700 páginas, se hace un análisis institucional y funcional de la ejecución hipotecaria por la vía del procedimiento judicial sumario o de ejecución directa sobre los bienes hipotecados. En todos sus capítulos, tras la doctrina clásica o tradicional que contenía la Ley Hipotecaria, se analizan los preceptos de la nueva regulación de la Ley de Enjuiciamiento Civil, para resaltar su concordancia o las modificaciones, con lo que se nos ofrece una exposición completa de la normativa aplicable.

En esta parte se hace un estudio exhaustivo de las distintas fases del procedimiento judicial sumario, empezando por examinar los presupuestos procesales que son, como es sabido, la fijación del tipo para la subasta y el señalamiento del domicilio para notificaciones, en unión de las reglas de competencia procesal, donde ahora prima la situación de la finca, sin posibilidad de sumisión en contra. En los capítulos siguientes se contempla el contenido de la demanda y los posibles sujetos procesales, la presentación del título ejecutivo y el requerimiento de pago. Como soporte para la ejecución es necesaria y fundamental la certificación registral que acredite la vigencia del asiento de la hipoteca y la relación de derechos y cargas existentes sobre la finca, a cuyos titulares debe notificarse la iniciación del proceso.

Ya en el capítulo 7.º el autor nos muestra, también detenidamente, la tramitación procesal, el contenido del derecho y la posible concurrencia de otros derechos posesorios sobre la finca. A partir del capítulo 8.º se estudian las etapas finales de la ejecución, cuyo centro es la subasta con sus trámites, que culminan con la aprobación del remate, pago del precio y distribución del sobrante, si procede, entre los acreedores posteriores; después viene el auto de adjudicación de la finca que lleva consigo la transferencia del dominio al

rematante o su cesionario, la entrega de la posesión y la cancelación de derechos y cargas posteriores a la hipoteca que se ejecuta. Estos últimos trámites son de gran importancia para el Registro y por ello el autor se extiende en detalles sobre las posibles cuestiones que se pueden presentar a tenor de los preceptos de la nueva Ley de Enjuiciamiento que concuerdan con la antigua regla 17 del artículo 131 que fue de la Ley Hipotecaria.

En esta amplísima segunda parte del libro, que hemos tenido que resumir muy forzosamente, el autor nos muestra que el derecho de hipoteca entra en contacto, a través de este proceso, con un gran abanico de derechos y relaciones jurídicas distintos con los que se encuentra en conflicto, por lo que analiza las complejas regulaciones positivas que se refieren a estos casos, examinando también las distintas posturas jurisprudenciales y doctrinales y acudiendo, para dar sus propias opiniones, a los principios de prioridad y legitimación registral que son los que en buena doctrina deben decidir.

En la parte tercera y última se desarrolla el principio general de no suspensión del procedimiento judicial sumario, regla que antes se contenía en el artículo 132 de la Ley Hipotecaria y ahora ha pasado a los artículos 695 a 698 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Hay unas causas de suspensión tasadas que, en esencia, vienen a coincidir con la regulación anterior, pues el artículo 695 se refiere a la extinción de la garantía o de la obligación garantizada y al error en la determinación de la cantidad exigible y como causas que se consideran, no de oposición, pero sí de suspensión se recogen en el artículo 696 las tercerías de dominio y la prejudicialidad penal.

El autor resume su Tesis con una recapitulación final y unas conclusiones diciendo que la ejecución hipotecaria por el procedimiento judicial sumario no incorpora fase alguna de contención o controversia entre las partes y por ello el auto que le pone fin no tiene la consideración de cosa juzgada, lo que permite a los interesados acudir a la vía del juicio declarativo ordinario para dilucidar en él, con plenitud de garantías procesales, cuantas cuestiones se puedan suscitar sobre la nulidad del título o defectos del procedimiento seguido, así como sobre la existencia y exigibilidad de la deuda; con lo cual, y según ha declarado el Tribunal Constitucional, quedará siempre a salvo el principio de la tutela judicial efectiva que se proclama en el artículo 24 de la Constitución.

La Tesis está muy bien construida y es doctrinal y técnicamente perfecta, según se atestigua con la máxima calificación que le otorgara el tribunal y se puede comprobar de su lectura. Pero, además, desde el punto de vista práctico, es un libro que ha de ser utilísimo para los profesionales que hayan de tratar o decidir sobre la hipoteca en su fase ejecutiva.

El libro ha sido muy bien editado, con excelente presentación, por el Centro de Estudios Registrales del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, lo que es una garantía añadida. Por todo ello y también porque confiere a su autor el título de Doctor en Derecho, le felicitamos cordialmente.

FRANCISCO CORRAL DUEÑAS

REVISTA DE REVISTAS

REVISTA GENERAL DE DERECHO

Número 675 (Diciembre 2000)

«Principios y características esenciales del nuevo proceso civil (Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil)», por JUAN-LUIS GÓMEZ COLOMER, pág. 14455.

SUMARIO: I. SOBRE LA NECESIDAD DE REFORMAR EL PROCESO CIVIL.—II. LOS PRINCIPIOS DEL PROCESO Y DEL PROCEDIMIENTO EN LA NUEVA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL.—III. LAS CARACTERÍSTICAS MAS SOBRESALIENTES DEL NUEVO PROCESO CIVIL.—IV. LOS PRESUPUESTOS PROCESALES.—V. EL PROCESO DE DECLARACION: A) EL JUICIO ORDINARIO. B) EL JUICIO VERBAL. C) LAS ESPECIALIDADES PROCEDIMENTALES. D) LOS PROCESOS ESPECIALES.—VI. EL PROCESO DE EJECUCION.—VII. EL PROCESO CAUTELAR.—BIBLIOGRAFIA GENERAL BASICA.

«Algunas consideraciones sobre el factor mercantil y los representantes de las entidades crediticias y financieras. Sobre la facticidad en la contratación mercantil. Algunos aspectos de la contratación de operaciones mercantiles», por ANTONIO JORGE SERRA MALLOL, pág. 14483.

SUMARIO: I. INTRODUCCION.—II. LA PRENCIA FISICA: AMBITO TEMPORAL.—III. LA FIRMA DE LAS ENTIDADES FINANCIERAS.—IV. LA FAC-
TICIDAD EN EL DERECHO MERCANTIL: UNA NOTA.—V. APLICACION
SOBRE LA FIRMA AL FINAL DEL CONTRATO.—VI. POLIZA COMPAR-
TIDA POR MAS DE UN CORREDOR.—VII. REFERENCIA A LA ACTUA-
CION DE LOS DEPENDIENTES HABILITADOS.—VIII. CONCLUSIONES.

«La reforma del derecho de acceso del público a los documentos en la Unión Europea», por ELENA F. PÉREZ CARRILLO, pág. 14557.

SUMARIO: 1. PRESENTACION.—2. EL REGIMEN VIGENTE HASTA EL AÑO 2000. INTRODUCCION: A) ACCESO A DOCUMENTOS DEL CONSEJO. B) ACCESO A DOCUMENTOS DE LA COMISIÓN. C) ACCESO A DOCUMENTOS DEL PARLAMENTO EUROPEO. D) ACCESO A DOCUMENTOS DE OTRAS INSTITUCIONES.—3. REFORMAS DEL AÑO 2000: A) MOTIVACIÓN. B) NUEVA DEFINICIÓN DEL ÁMBITO DEL DERECHO DE ACCESO DEL PÚBLICO A LA DOCUMENTACIÓN: B.1. *Sujetos activos*. B.2. *Sujetos pasivos*. B.3. *Ámbito objetivo*. C) PROCEDIMIENTO DE ACCESO. D) EXCEPCIONES

EN EL ÁMBITO DE «UNA POLÍTICA EUROPEA REFORZADA EN MATERIA DE SEGURIDAD Y DE DEFENSA» Y SECTORES RELACIONADOS.—4. CONSECUENCIAS Y PERSPECTIVAS.

«La armonización comunitaria proyectada del régimen de excepciones del derecho de autor y otros derechos afines en la sociedad de la información», por JOSÉ R. SALELLES, pág. 15089.

SUMARIO: I. INTRODUCCION.—II. LA PARTICULAR CONFIGURACION DE LOS LIMITES O EXCEPCIONES EN EL SISTEMA DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL.—III. LA ARMONIZACION DEL REGIMEN DE EXCEPCIONES PROPUESTA EN LOS PRIMEROS TRABAJOS COMUNITARIOS: EL LIBRO VERDE SOBRE LOS DERECHOS DE AUTOR Y LOS DERECHOS AFINES EN LA SOCIEDAD DE LA INFORMACION Y LA POSICION DEL COMITE DE EXPERTOS.—IV. EL REGIMEN DE EXCEPCIONES EN LA PROPUESTA DE DIRECTIVA RELATIVA A LA ARMONIZACION DE DETERMINADOS ASPECTOS DE LOS DERECHOS DE AUTOR Y DERECHOS AFINES EN LA SOCIEDAD DE LA INFORMACION.

REVISTA JURIDICA DEL NOTARIADO

Número 35 (Julio-Septiembre 2000)

«El control de contenido en condiciones generales y en cláusulas contractuales predisuestas», por LOURDES BLANCO PÉREZ-RUBIO, pág. 9.

SUMARIO: I. LA PROTECCION DEL CONSUMIDOR FRENTE A LAS CLAUSULAS ABUSIVAS.—II. EL CONTROL DE CONTENIDO DE LAS CLAUSULAS.—III. REQUISITOS PARA DECLARAR UNA CLAUSULA ABUSIVA: 1. CONTRATOS CELEBRADOS CON CONSUMIDORES. 2. AUSENCIA DE NEGOCIACIÓN INDIVIDUAL DE LAS CLÁUSULAS. 3. BUENA FE Y JUSTO EQUILIBRIO EN LAS CONTRAPRESTACIONES.—IV. CONSECUENCIAS DEL CONTROL DE CONTENIDO.

«El papel del notariado en el espacio jurídico europeo», por JUAN BOLÁS ALFONSO, pág. 37.

SUMARIO: I. INTRODUCCION: LA OBSERVACION DE LA REALIDAD.—II. OBJETIVOS DE LA POLITICA NOTARIAL.—III. ACTUACIONES CONCRETAS.—IV. CONCLUSIONES.

COMENTARIO: El artículo versa sobre la necesaria introducción de los cambios que exige la adaptación jurídica a las nuevas circunstancias sociales, teniendo en cuenta las soluciones que deben mantenerse, las que deben modificarse y las que deben suprimirse.

El texto nos lleva a la importancia del papel del Notariado ante los nuevos retos que se prevén en el siglo XXI, centrados en los tres ejes fundamentales como son la persona, la técnica y la economía.

Ante la existencia de distintos sistemas notariales, el anglosajón, el nórdico y el latino provoca tensiones en una sociedad que tiende a la globalización.

El autor parte del hecho clave de la profesionalidad jurídica del notario que ejerce una función pública, por delegación del Estado, y da fe de los actos y contratos que documenta, previo control de su legalidad. En base a tal afirmación desarrolla la plena capacitación del notario en la incorporación de los avances tecnológicos al mundo de la contratación privada, a fin de hacerla más ágil y barata.

Asimismo, pone de manifiesto el desarrollo que puede tener el Notario en temas de arbitraje, mediación y en materia de jurisdicción voluntaria como mecanismos alternativos que disminuyan el número de asuntos que lleguen a los tribunales.

Por último, resalta la incidencia que tiene en la economía la seguridad jurídica que aporta el notario, alegando además que es una institución que reduce los costes de transacción y evita pleitos. Propone como modelo y ejemplo a seguir el sistema seguido en países como Francia e Italia, donde el Notario controla todo el proceso documental encargándose de los trámites posteriores al otorgamiento del documento, incluido el envío al Registro de la Propiedad de un extracto del documento sobre el que el conservador no puede entrar a juzgar los aspectos sustantivos del negocio. Y critica el sistema español donde, a su juicio, la seguridad jurídica se desplaza a un momento posterior en el de la calificación registral cuyo «ámbito es desmedido y cuya justificación es muy discutible en la medida que la facultad de juzgar sobre la validez de los actos y contratos debe ser exclusiva de los jueces y tribunales conforme a los dictados de la Constitución Española», debiéndose adoptar las medidas necesarias a las existentes en los sistemas donde la seguridad se proporciona en el momento de la celebración del negocio sin diferirla a fases ni trámites ulteriores.

«El perjuicio derivado de las inmisiones. Especial consideración de los daños a la persona», por RAQUEL EVANGELIO LLORCA, pág. 53.

SUMARIO: I. INTRODUCCION.—II. DAÑOS AL PATRIMONIO.—III. DAÑOS A LA PERSONA: 1. LA LESIÓN DE LA SALUD. 2. LOS DAÑOS AL MEDIO AMBIENTE. 3. LA PRETENDIDA LESIÓN DE LOS DERECHOS A LA INTIMIDAD PERSONAL Y FAMILIAR Y A LA INVOLABILIDAD DEL DOMICILIO.

«Uniones estables de pareja en Cataluña (Ley 10/1998, de 15 de julio)», por EDUARDO MARTÍNEZ-PINEIRO CARAMÉS, pág. 77.

SUMARIO: I. UNION ESTABLE HETEROSEXUAL.—II. UNION ESTABLE HOMOSEXUAL.—III. CUESTIONES PROCESALES.—IV. CUESTIONES FISCALES.

«Apuntes sobre el estatuto jurídico del urbanizador en la legislación urbanística valenciana», por DELFIN MARTÍNEZ PÉREZ, pág. 103.

SUMARIO: I. INTRODUCCION: I.1. Función notarial y Derecho Urbanístico Valenciano. I.2. Los resultados prácticos del nuevo modelo.—II. EL CON-

TEXTO DE LA LEGISLACION VALENCIANA: II.1. La LRAU: Una ley orientada a la producción de suelo urbanizado. La función del agente urbanizador. II.2. La incidencia de las modificaciones del marco normativo a partir del cual se desenvuelve la LRAU: II.2.A. *El sobresalto de la STC 61/1997*. II.2.B. *La articulación de la Ley 7/1997, de 14 de abril*. II.2.C. *La incidencia del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio*. II.2.D. *El impacto de la Ley 6/1998, sobre la legislación valenciana y especialmente sobre la figura del urbanizador*.—III. CONCEPTO DE AGENTE URBANIZADOR.—IV. TIPOS DE AGENTE URBANIZADOR: IV.A. EL URBANIZADOR, PERSONA PÚBLICA. IV.B. EL URBANIZADOR, PERSONA PRIVADA.—V. LA ADQUISICION DE LA CONDICION DE URBANIZADOR.—VI. LA NATURALEZA DE LA RELACION JURIDICA EXISTENTE ENTRE EL URBANIZADOR Y LA ADMINISTRACION: VI.A. EL URBANIZADOR Y EL CONTRATISTA O CONCESIONARIO DE OBRA PÚBLICA: LA CONTRATACIÓN CON TERCEROS DE PRESTACIONES ACCESORIAS. VI.B. EL URBANIZADOR COMO CONCESIONARIO DE LA GESTIÓN DE UN SERVICIO PÚBLICO. VI.C. LOS REQUISITOS Y LAS PROHIBICIONES PARA SER AGENTE URBANIZADOR.—VII. REGIMEN JURIDICO: LAS FUENTES LEGALES.—VIII. POSICION JURIDICA DEL AGENTE URBANIZADOR. SUS DERECHOS, FACULTADES O PRERROGATIVAS: VIII.1. TRES FACULTADES PRELIMINARES: A. *La renuncia a la adjudicación*. B. *La aprobación por silencio administrativo*. C. *La subrogación de la alternativa original*.—VIII.2. LAS LLAMADAS PRERROGATIVAS DEL URBANIZADOR: A. *Ocupación de terrenos*. B. *Oposición a la parcelación y edificación*. C. *Derecho a la retribución*. D. *Asimilación a la Junta de Compensación*. E. *El proyecto de urbanización*. F. *El proyecto de reparcelación forzosa*. G. *La expropiación con pago en terrenos*. H. *La expropiación con pago en metálico*. I. *La recaudación de las cuotas de urbanización*.—VIII.3. LA RETRIBUCION DEL URBANIZADOR: A. *Modalidades de la retribución*. B. *El beneficio de promoción del urbanizador*. C. *La retribución en metálico*. D. *La retribución en terrenos*. E. *La reparcelación y los proindivisos*.—VIII.4. LA CESIÓN DE LA ADJUDICACIÓN.—VIII.5. LA CONCLUSIÓN NORMAL DEL PROGRAMA: LA RECEPCIÓN DE LAS OBRAS DE URBANIZACIÓN.—IX. EL REGIMEN DE GARANTIAS DEL URBANIZADOR.

«La firma electrónica», por ANTONIO RODRÍGUEZ ADRADOS, pág. 141.

SUMARIO: I. INTRODUCCION.—II. EVOLUCION DE LA LEGISLACION EUROPEA: a) LA LEY ALEMANA DE 1997; b) EL REGLAMENTO ITALIANO DE 1997; c) LA DIRECTIVA COMUNITARIA 1999/93/CE; d) EL REAL DECRETO-LEY ESPAÑOL 14/1999; e) LA REFORMA DEL CÓDIGO CIVIL FRANCÉS DE 2000.—III. LA FIRMA ELECTRONICA: a) CONCEPTO DE FIRMA ELECTRÓNICA; b) CONCEPTO DE FIRMA ELECTRÓNICA AVANZADA; c) EFICACIA DE LA FIRMA ELECTRÓNICA NO AVANZADA; d) EFICACIA DE LA FIRMA ELECTRÓNICA AVANZADA.—IV. FIRMA ELECTRONICA Y DOCUMENTOS CONTRACTUALES: a) PLANTEAMIENTO; b) LA MANUSCRITURA DE LA FIRMA COMO GRAFÍA PERSONAL; c) LA FUNCIÓN DECLARATIVA DE LA FIRMA; d) LA FIRMA ELECTRÓNICA NO ES FIRMA; e) LA FIRMA ELECTRÓNICA ES UN SELLO; f) EL DOCUMENTO INFORMÁTICO COMO FORMA DEL CONTRATO; g) EFECTOS PROBATORIOS DEL DOCUMENTO INFORMÁTICO COMO DOCUMENTO PRIVADO; h) LA ESCRITURA PÚBLICA INFORMÁTICA.—V. CONCLUSION.

«Ciencia formal y ciencia práctica del Derecho notarial», por JUAN B. VALLET DE GOYTISOLO, pág. 177 (sin sumario).

COMENTARIO: Comienza el artículo señalando la importancia de la ciencia del Derecho notarial, y desgrana su visión en tres ramas, la historia del Derecho notarial, la ciencia práctica y la ciencia formal, que estudia el dominio de la técnica concerniente a la documentación notarial. Frente a la ciencia práctica a la que deja para el último término, inicia su examen por la ciencia histórica y la formal, pues son las más recientes en su concepción propiamente científica. En torno a ambas realiza una minuciosa y detallada relación de autores, tanto españoles como italianos, que han realizado «un peinado completo de la historia del documento público», no sólo en los últimos tiempos sino también realiza referencias a los grandes autores del Derecho notarial histórico.

En relación con la práctica notarial, el autor señala cómo la labor científica resulta muy útil al progreso y difusión de la ciencia del Derecho. Señala cómo el notario tiene el privilegio de observar el Derecho en su más completa y mejor perspectiva pues, según sus palabras: «el profesor lo ve teóricamente, el abogado tiene que mirarlo desde la perspectiva parcial del cliente por él defendido en el juicio; el juez lo ve en estado patológico, en enfermedad; el notario, en cambio, lo contempla en su estado normal, en su realización espontánea».

Termina su exposición señalando cómo es el mediador más íntimo entre la justicia y los hombres cuando éstos quieren ponerse de acuerdo con arreglo a ella. Hace de mediador entre la realidad jurídica viva, desde sus mismas raíces, y los principios, leyes y demás normas. Su labor interpretativa, basada en descifrar textos con sentido natural y razón natural, enriquecida por la experiencia, consiste en mediar entre esos textos y la realidad existencial vivida con el fin de determinar y configurar su justa adecuación al caso concreto. Precisamente gracias a la introducción de cláusulas documentales, se han flexibilizado algunas instituciones que eran demasiado rígidas, reforzado otras y configurado algunas nuevas para responder mejor a las necesidades que en cada momento se hacen necesarias en la vida social.

REVISTA DE DERECHO URBANISTICO

Número 182 (Diciembre 2000)

«La responsabilidad patrimonial de la Administración: especial consideración del ámbito urbanístico», por FRANCISCO GARCÍA GÓMEZ DE MERCADO, pág. 11 (sin sumario).

«El artículo 24 de la Ley de Expropiación Forzosa de 1954: el convenio expropiatorio», por EMILIO FERNÁNDEZ AGÜERO, pág. 61.

SUMARIO: 1. INTRODUCCION.—2. CONVENIO EXPROPIATORIO.—3. NATURALEZA DEL CONVENIO.—4. LIMITES DEL CONVENIO: LEGALES. EL PRECIO.—5. JUSTIFICACION.—6. ORGANO COMPETENTE.—7. MOMENTO DE LA PERFECCION DEL CONVENIO.—8. FORMA DEL CONVENIO: SILENCIO. ESCRITURA PUBLICA.—9. PROCEDIMIENTO.—

10. ¿HASTA QUE MOMENTO PUEDE ALCANZARSE UN CONVENIO?—
11. VINCULACION DEL CONVENIO.—12. INTERESES DE DEMORA.

«Prosiguen las medidas privatizadoras. El Decreto-Ley 4/2000», por JOSÉ LUIS GONZÁLEZ-BERENGUER URRUTIA, pág. 99 (sin sumario).
«Estudio de las legislaciones autonómicas en materia de residuos sólidos urbanos, competencias municipales y su comparación con la Ley estatal 10/1998», por FRANCISCO JAVIER MARCOS OYARZUN, pág. 105 (sin sumario).
«Percepción de cantidades a cuenta del precio durante la construcción», por MANUEL CHAMORRO POSADA, pág. 149 (sin sumario).

ACTUALIDAD CIVIL

Número 36 (2000)

«Unos riesgos para la seguridad del tráfico y una jurisprudencia última (El régimen económico-matrimonial de separación de bienes y el art. 1.320 del Código Civil)», por JOSÉ CERDÁ GIMENO, pág. 1309.

SUMARIO: I. LA SENTENCIA DE 3 DE SEPTIEMBRE DE 1998 DEL TSJ DE BALEARES.—II. COMENTARIOS DE LOS AUTORES MALLORQUINES A LA REFERIDA SENTENCIA.—III. LA SENTENCIA DEL TC 935/1986, DE 31 DE OCTUBRE: 1. LA SENTENCIA REFERIDA (PONENTE J. J. DE LA VEGA BENAYAS). 2. LA NORMATIVA AUTONÓMICA CATALANA.—IV. MI POSICION.

Número 37 (2000)

«La asunción del riesgo por la víctima en la responsabilidad civil extracontractual (Un estudio jurisprudencial)», por JUAN ALBERTO DíEZ BALLESTEROS, pág. 1343.

SUMARIO: I. INTRODUCCION.—II. CONSIDERACION JURISPRUDENCIAL DE LA IDEA DE LA ASUNCION DEL RIESGO POR EL PERJUDICADO: A) ACTIVIDADES DEPORTIVAS: a) *Responsabilidad por los daños sufridos por los participantes en la práctica deportiva*: 1. Daños sufridos por un participante por la acción de un contrincante. 2. Daños sufridos por el deportista por circunstancias de la propia actividad deportiva. b) *Responsabilidad hacia los espectadores*. B) ATRACCIONES DE FERIA O ARTEFACTOS MECÁNICOS DE OCIO: a) *Atracciones notoriamente e intrínsecamente peligrosas*: 1. Jurisprudencia que aplica la teoría de la responsabilidad por riesgo. 2. Jurisprudencia que admite la asunción del riesgo por el usuario de la atracción. b) *Atracciones inocuas o de peligrosidad no intrínseca*. C) FESTEJOS POPULARES: a) *Participación activa del perjudicado*: 1. Espectáculos taurinos. 2. Lanzamiento de cohetes y pirotecnia. b) *Responsabilidad frente a los asistentes no activos*.—III. CONCLUSIONES: A) CONCEPTO Y REQUISITOS: 1. *La aceptación*. 2. *El riesgo*. B) FUNDAMENTO Y CONSECUENCIAS JURÍDICAS.

Número 38 (2000)

«La protección de los consumidores a través de la eficacia contractual de la publicidad», por EDUARDO CORRAL GARCÍA, pág. 1399.

SUMARIO: I. LOS CONSUMIDORES Y LA LEY GENERAL DE PUBLICIDAD.—II. LA LEY DE DEFENSA DE LOS CONSUMIDORES Y LA PUBLICIDAD: A) EL ARTÍCULO 8.1 DE LA LEY 26/1984. B) ANTECEDENTES JURISPRUDENCIALES DEL ARTÍCULO 8.1. C) APLICACIÓN JURISPRUDENCIAL DE LA EXIGIBILIDAD DE LA PUBLICIDAD COMO PROTECTORA DE LOS CONSUMIDORES. D) PUBLICIDAD SIN EFECTOS CONTRACTUALES: EL ARTÍCULO 8.2 DE LA LEY DE DEFENSA DE LOS CONSUMIDORES Y USUARIOS.—III. OTRAS NORMAS PROTECTORAS DE LOS CONSUMIDORES SOBRE LA EFICACIA CONTRACTUAL DE LA PUBLICIDAD: A) LA PUBLICIDAD EN EL SECTOR INMOBILIARIO. EL ARTÍCULO 3.2 DEL REAL DECRETO 515/1989. B) LA PUBLICIDAD EN EL SECTOR TURÍSTICO. EL ARTÍCULO 3 DE LA LEY 21/1995 SOBRE VIAJES COMBINADOS. C) LA PUBLICIDAD SOBRE LA MULTIPROPIEDAD. EL ARTÍCULO 9.2 DE LA LEY 42/1998 SOBRE DERECHOS DE APROVECHAMIENTO POR TURNO DE BIENES INMUEBLES.—IV. LA EXIGIBILIDAD DE LA PUBLICIDAD POR LOS CONSUMIDORES CON INDEPENDENCIA DE QUE CONSTITUYA O NO UNA OFERTA DE CONTRATO.

Número 39 (2000)

«Los procedimientos de jura de cuentas: artículos 8 y 12 de la actual LEC, y 34 y 35 de la nueva Ley de Enjuiciamiento», por JOSÉ MANUEL SOTO GUTIÁN y MIGUEL ANGEL BAIBÍN LLERA, pág. 1417.

SUMARIO: I. LA JURA DE CUENTAS EN LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL: A) NO VULNERACIÓN DEL ARTÍCULO 14 DE LA CE. COMPETENCIA PARA CONOCER DE PROCEDIMIENTOS DE CUENTAS. B) NO VULNERACIÓN DEL ARTÍCULO 24 DE LA CE. CARÁCTER ESPECIAL Y SUMARIO DE LA JURA DE CUENTAS. CAUCES IMPUGNATORIOS.—II. DIVERSAS CUESTIONES DE INTERES DERIVADAS DE LOS PROCEDIMIENTOS DE JURA DE CUENTAS: 1. ¿UN PROCURADOR QUE NO HA SATISFECHO LA MINUTA DEL LETRADO PUEDE RECLAMAR EL IMPORTE DE ÉSTA POR LA VÍA DEL ARTÍCULO 8 O, POR EL CONTRARIO, ES NECESARIO QUE ACREDITE EL PREVIO PAGO? 2. CAUCE PARA ARTICULAR LOS MOTIVOS DE OPOSICIÓN. 3. LOS PROCEDIMIENTOS DE LOS ARTÍCULOS 8 Y 12 NO SON COINCIDENTES CON LA TASACIÓN DE COSTAS. 4. LA PRESCRIPCIÓN DE LOS HONORARIOS. 5. LA JURA DE CUENTAS Y BENEFICIO DE JUSTICIA GRATUITA. 6. LAS COSTAS EN LA JURA DE CUENTAS. 7. PARTIDAS «EXCLUIBLES» DE LA JURA DE CUENTAS. 8. LA EJECUCIÓN EN LA JURA DE CUENTAS. 9. LA JURA DE CUENTAS EN LA NUEVA LEC.

Número 40 (2000)

«Notas sobre el usufructo con facultad de disponer en la jurisprudencia del Tribunal Supremo», por CAROLINA DEL CARMEN CASTILLO MARTÍNEZ, pág. 1453.

SUMARIO: I. CONSIDERACIONES GENERALES.—II. NATURALEZA JURÍDICA DEL USUFRUCTO CON FACULTAD DE DISPONER: 1. LA ALTERACIÓN DE LA NATURALEZA ESENCIAL DEL DERECHO REAL DE USUFRUCTO. 2. ANALOGÍAS Y DIFERENCIAS CON EL FIDEICOMISO DE RESIDUO.—III. CARACTERES Y CONTENIDO DEL USUFRUCTO CON FACULTADES DISPOSITIVAS SOBRE LA COSA USUFRUCTUADA.—IV. DETERMINACIÓN DEL ÁMBITO DEL DERECHO DE USUFRUCTO CON FACULTAD DE DISPONER: 1. CONDICIONES NECESARIAS PARA EL EJERCICIO DE LA FACULTAD DE DISPOSICIÓN: A) *Usufructo con facultad de disponer en cumplimiento de los fines establecidos en el título constitutivo*. B) *Usufructo con facultad de disponer en caso de necesidad*. 2. CONCRECIÓN DE LAS FACULTADES DISPOSITIVAS.—V. POSICIÓN DE LOS SUJETOS INTERVINIENTES: 1. NUDO PROPIETARIO. 2. USUFRUCTUARIO. 3. TERCEROS AFECTADOS Y TERCEROS ADQUIRENTES.—VI. BIBLIOGRAFIA.

Número 41 (2000)

«El contrato de aparcamiento (notas de urgencia sobre una Proposición de Ley)», por GABRIEL GARCÍA CANTERO, pág. 1481.

SUMARIO: I. LA RATIO Y LA OCASIO DE LA NUEVA LEY.—II. UN NUEVO CONTRATO TÍPICO: EL DE APARCAMIENTO.—III. LOS INTERESES CONTRAPUESTOS DE LOS CONTRATANTES.—IV. LA DISTINCIÓN ENTRE PARTES INTEGRANTES Y ACCESORIOS DEL VEHÍCULO APARCADO.—V. EL APARCAMIENTO ORDINARIO Y EL ESPECIAL.—VI. NATURALEZA Y CARACTERES DEL NUEVO CONTRATO DE APARCAMIENTO ORDINARIO.—VII. LA FORMA DEL CONTRATO.—VIII. PROBLEMAS DE CAPACIDAD.—IX. EL CONTENIDO DEL CONTRATO.—X. OBLIGACIONES DEL EMPRESARIO TITULAR DEL APARCAMIENTO.—XI. LOS DEBERES DEL USUARIO.—XII. LAS RESPONSABILIDADES.—XIII. RÉGIMEN SUPLETORIO.—XIV. A MODO DE CONCLUSIONES.

Número 42 (2000)

«La acción directa frente al asegurador en supuestos de responsabilidad de agentes públicos. Jurisdicción competente», por JUAN F. GARNICA MARTÍN, pág. 1507.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. PRESENTACIÓN DEL TEMA.—II. LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN: JURISDICCIÓN COMPETENTE PARA CONOCER DE ELLA.—III. LA SITUACIÓN ACTUAL: NOVEDADES INTRODUCIDAS POR LA LEY REGULADORA DE LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA O CON OCASIÓN DE ELLA.—IV. JURISDICCIÓN COMPETENTE DE LA ACCIÓN DIRECTA EJERCITADA FRENTE AL ASEGURADOR DE LA ADMINISTRACIÓN.—V. CONSECUENCIA DE QUE PROSPERE LA EXCEPCIÓN DE INCOM-

PETENCIA DE LA JURISDICCION CIVIL EN EL PROCESO CIVIL INTERPUESTO CONTRA LA ADMINISTRACION Y EL ASEGURADOR.—VI. COMPETENCIA DE LAS DEMANDAS FRENTE AL CONSORCIO DE COMPENSACION DE SEGUROS.

Número 43 (2000)

«La impugnación de los acuerdos de la Junta de propietarios: el artículo 18 de la Ley 8/1999, de 6 de abril, de reforma de la Ley 49/1960, de 21 de julio, sobre Propiedad Horizontal», por M.^a CRUZ ENJO MALLOU, pág. 1529.

SUMARIO: I. CONSIDERACIONES PRELIMINARES.—II. LA IMPUGNACION DE LOS ACUERDOS CONTRARIOS A LA LEY DE PROPIEDAD HORIZONTAL O A LOS ESTATUTOS: 1. SUPERACIÓN CON LA NUEVA REGULACIÓN DE LA POLÉMICA EN TORNO A LA NULIDAD O ANULABILIDAD DE LOS ACUERDOS CONTRARIOS A LA LEY DE PROPIEDAD HORIZONTAL. REFERENCIA A LA CATEGORÍA DE LOS ACUERDOS INEXISTENTES. 2. LOS ACUERDOS CONTRARIOS A LA LEY DE PROPIEDAD HORIZONTAL O A LOS ESTATUTOS.—III. ACUERDOS GRAVEMENTE LESIVOS PARA EL INTERÉS DE LA COMUNIDAD.—IV. ACUERDOS GRAVEMENTE PERJUDICIALES PARA ALGUN PROPIETARIO: VIRTUALIDAD PRACTICA DE LA DOCTRINA SOBRE EL ABUSO DE DERECHO.—V. ASPECTOS PROCEDIMENTALES: 1. CAUCE PROCEDIMENTAL PARA LA IMPUGNACIÓN DE LOS ACUERDOS ADOPTADOS EN LA JUNTA DE PROPIETARIOS. 2. SUJETOS LEGITIMADOS ACTIVAMENTE PARA EL EJERCICIO DE LA ACCIÓN DE IMPUGNACIÓN. 3. LEGITIMACIÓN PASIVA DEL PRESIDENTE DE LA COMUNIDAD. 4. PLAZO DE IMPUGNACIÓN: NATURALEZA Y CÓMPUTO. 5. LA SUSPENSIÓN CAUTELAR DE LA EJECUCIÓN DEL ACUERDO.

Número 44 (2000)

«La multipropiedad en España: valoración de la Ley 42/1998 sobre Derechos de Aprovechamiento por Turno de Bienes Inmuebles de Uso Turístico», por LUCÍA COSTAS RODAL, pág. 1585.

SUMARIO: I. NECESIDAD DE REGULACION DE LA MATERIA.—II. LA IMPERATIVIDAD DE LA LEY 42/1998.—III. LA DENOMINACION DEL DERECHO.—IV. ¿UNIDAD O PLURALIDAD DE REGIMENES DE APROVECHAMIENTO POR TURNO?—V. LOS DERECHOS DE APROVECHAMIENTO POR TURNO: CONFIGURACION JURIDICA: 1. LOS DERECHOS DE APROVECHAMIENTO POR TURNO DE CARÁCTER REAL: A) *Concepto*. B) *Constitución*. 2. LOS DERECHOS DE APROVECHAMIENTO POR TURNO DE CARÁCTER PERSONAL.—VI. LOS REQUISITOS DE PROMOCION Y PRIMERA TRANSMISION DE LOS DERECHOS DE APROVECHAMIENTO POR TURNO: A) LA FORMA DEL CONTRATO. B) LA LENGUA DE REDACCIÓN DEL CONTRATO Y DE LOS DOCUMENTOS INFORMATIVOS.—VII. LA COMUNIDAD DE TITULARES DE DERECHOS DE APROVECHAMIENTO POR TURNO.—VIII. LOS REGIMENES PREEXISTENTES.

Número 45 (2000)

«Capacidad y requisitos para ser nombrado tutor», por JOSÉ MANUEL LETE DEL RÍO, pág. 1623.

SUMARIO: I. CUESTION SISTEMÁTICA E IMPRECISIÓN TÉCNICA.—II. CAPACIDAD E IDONEIDAD DE LA PERSONA FÍSICA: 1. REGLA GENERAL DE CAPACIDAD PARA SER TUTOR. 2. LA EXIGENCIA DE IDONEIDAD.—III. CAUSAS DE INHABILIDAD.—IV. EXAMEN DE LAS CAUSAS DE INHABILIDAD: 1. LOS QUE ESTUVIERAN PRIVADOS O SUSPENDIDOS EN EL EJERCICIO DE LA PATRIA POTESTAD TOTAL O PARCIALMENTE DE LOS DERECHOS DE GUARDA Y EDUCACIÓN POR RESOLUCIÓN JUDICIAL. 2. LOS QUE HUBIEREN SIDO REMOVIDOS LEGALMENTE DE UNA TUTELA ANTERIOR. 3. LOS CONDENADOS A CUALQUIER PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD MIENTRAS ESTÉN CUMPLIENDO LA CONDENA. 4. LOS CONDENADOS POR CUALQUIER DELITO QUE HAGA SUPONER FUNDADAMENTE QUE NO DESEMPEÑARÁN BIEN LA TUTELA. 5. LA IMPOSIBILIDAD ABSOLUTA DE HECHO PARA EL EJERCICIO DEL CARGO. 6. LA ENEMISTAD MANIFIESTA CON EL MENOR O INCAPACITADO. 7. LA MALA CONDUCTA O NO TENER MANERA DE VIVIR CONOCIDA. 8. LA EXISTENCIA DE IMPORTANTES CONFLICTOS DE INTERESES CON EL MENOR O INCAPACITADO, MANTENER CON ÉL PLEITO O ACTUACIONES SOBRE EL ESTADO CIVIL O SOBRE LA TITULARIDAD DE LOS BIENES, O ADEUDARLE SUMAS DE CONSIDERACIÓN. 9. LA SITUACIÓN DE QUIEBRA O CONCURSO SIN REHABILITACIÓN, SALVO QUE LA TUTELA SEA SOLAMENTE DE LA PERSONA.—V. SANCION EN CASO DE NOMBRAMIENTO DE TUTOR EN CONTRA DE LO DISPUESTO EN LOS ARTÍCULOS 243 Y 244 DEL CÓDIGO CIVIL.—VI. CAPACIDAD DE LA PERSONA JURÍDICA: 1. REQUISITOS. 2. EJERCICIO DE LA TUTELA Y CAUSAS DE INHABILIDAD.—VII. FACULTAD DE DENUNCIA: 1. PERSONAS QUE PUEDEN EJERCITAR LA FACULTAD DE DENUNCIA Y ÁMBITO DE LA MISMA. 2. FORMA EN QUE DEBE EFECTUARSE LA DENUNCIA. 3. ¿PODRÁN LOS PADRES EXCLUIR DE LA TUTELA AL CÓNYUGE DE SU HIJO?—VIII. FACULTAD DE DISPENSA DE ALGUNAS INHABILIDADES: 1. EXAMEN DE LOS REQUISITOS QUE HAN DE CONCURRIR PARA LA DISPENSA. 2. LA DESIGNACIÓN Y LA DISPENSA TIENEN UNA EFICACIA LEGAL CONDICIONADA.

Número 46 (2000)

«La responsabilidad civil derivada del consumo de tabaco», por AGUSTÍN VIGURI PEREA, pág. 1655.

SUMARIO: I. CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE EL PROBLEMA.—II. PANORAMA JURÍDICO EN LOS ESTADOS UNIDOS.—III. NORMATIVA LEGAL Y DEMANDAS ANTE LOS TRIBUNALES ESPAÑOLES.—IV. A MODO DE CONCLUSIÓN.

Número 47 (2000)

«El contrato en favor de tercero», por MARTA CARBALLO FIDALGO, pág. 1697.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. LA ESTIPULACIÓN: REQUISITOS DE VALIDEZ: 1. OBJETO. 2. CAUSA. 3. FORMA. 4. SUJETOS. LA DESIGNACIÓN DE BE-

NEFICIARIO. CAPACIDAD.—III. LA POSICION JURIDICA DEL TERCERO: 1. MOMENTO DE ADQUISICIÓN DEL DERECHO. 2. CONSOLIDACIÓN DEL DERECHO: A) *La revocación*: a) Autor; b) Momento; c) Forma; d) Efectos. B) *La aceptación*: a) Autor; b) Destinatario; c) Momento; d) Forma; e) Renuncia. C) *Naturaleza del derecho*: a) Derecho directo; b) Derecho derivado del contrato.—IV. EFECTOS DE LA ESTIPULACION EN FAVOR DE TERCERO: RELACIONES QUE SE FORMAN: 1. RELACIÓN ENTRE EL ESTIPULANTE Y EL PROMITENTE. 2. RELACIÓN ENTRE EL PROMITENTE Y EL TERCERO: A) *Acciones*. B) *Excepciones*: a) Ineficacia del contrato; b) Cláusulas de la convención; c) Excepciones derivadas de contingencias posteriores a la conclusión del contrato. La excepción de incumplimiento contractual. 3. RELACIÓN ENTRE EL ESTIPULANTE Y EL TERCERO.

Número 48 (2000)

«El nuevo régimen del proceso civil en la Ley 1/2000, de 7 de enero», por SANTIAGO ORTIZ NAVACERRADA, pág. 1729.

SUMARIO: 1. PROPOSITO.—2. SUJETOS DEL PROCESO CIVIL: 2.1. PARTES. 2.2. TRIBUNAL.—3. OBJETO DEL PROCESO CIVIL.—4. ACTOS EN GENERAL.—5. DEMANDA Y OPOSICION DEL DEMANDADO.—6. PRUEBA: 6.1. EN GENERAL. 6.2. MEDIOS DE PRUEBA.—7. SENTENCIA.—8. TIPOS DE PROCESO DECLARATIVO ORDINARIO: 8.1. JUICIO ORDINARIO. 8.2. JUICIO VERBAL.—9. RECURSOS: 9.1. REPOSICIÓN. 9.2. APELACIÓN. 9.3. RECURSO EXTRAORDINARIO POR INFRACCIÓN PROCESAL. 9.4. CASACIÓN. 9.5. RECURSO EN INTERÉS DE LEY. 9.6. RECURSO DE QUEJA. 9.7. RESCISIÓN DE SENTENCIAS FIRMES.—10. EJECUCION FORZOSA: 10.1. INNOVACIONES EN BENEFICIO DEL ACREEDOR EJECUTANTE. 10.2. INNOVACIONES EN BENEFICIO DEL EJECUTADO. 10.3. MEJORAS DE TÉCNICA EJECUTIVA. 10.4. EJECUCIÓN NO DINERARIA.—11. MEDIDAS CAUTELARES.—12. PROCESOS ESPECIALES: 12.1. PROCESOS NO DISPOSITIVOS. 12.2. PROCESOS SOBRE DIVISIÓN JUDICIAL DE PATRIMONIOS. 12.3. PROCESO MONITORIO. 12.4. JUICIO CAMBIARIO.

REVISTA DE DERECHO MERCANTIL Número 237 (Julio-Septiembre 2000)

«Internet y Derecho de sociedades. Una primera aproximación», por LUIS FERNÁNDEZ DEL POZO y FRANCISCO VICENT CHULIÁ.

SUMARIO: I. INTRODUCCION.—II. COMUNICACIONES ELECTRONICAS ENTRE LA SOCIEDAD Y LOS SOCIOS (O CON SUS ADMINISTRADORES).—III. ADOPCION DE ACUERDOS POR ORGANOS SOCIETARIOS: A) CONVOCATORIA ELECTRÓNICA DEL ÓRGANO: 1. *Notificación electrónica de convocatoria de junta general de sociedad limitada*. 2. *Notificación electrónica de convocatoria de junta general de sociedad anónima*. 3. *Convocatoria electrónica del consejo de administración*. B) EL DENOMINADO «VOTO ELECTRÓNICO»: REUNIÓN DE ÓRGANOS COLEGIALES TRANSMITIDA ELECTRÓNICAMENTE Y ADOPCIÓN DE

ACUERDOS SIN SESIÓN Y CON REMISIÓN ELECTRÓNICA DEL VOTO. C) CAPTACIÓN ELECTRÓNICA DEL VOTO. LA SOLICITUD ELECTRÓNICA DE LA REPRESENTACIÓN Y LA DELEGACIÓN ELECTRÓNICA DEL VOTO: 1. *Apatía racional y revolución tecnológica*. 2. *Situación en Derecho español y propuestas de reforma*.—IV. PUBLICIDAD LEGAL DE ACUERDOS Y DECISIONES SOCIALES: A) EL ANACRONISMO DE LA REDUNDANTE OBLIGACIÓN DE INSERCIÓN DE ANUNCIOS PÚBLICOS EN LA PRENSA (PRIVADA Y OFICIAL). B) EL ANACRONISMO DEL SISTEMA COMUNITARIO DE LA DOBLE PUBLICACIÓN: PUBLICIDAD REGISTRAL Y PUBLICACIÓN EN UN DIARIO OFICIAL. LA PUBLICIDAD FORMAL DEL REGISTRO MERCANTIL EN LA RED. C) LAS COMUNICACIONES ENTRE LOS USUARIOS Y EL REGISTRO MERCANTIL.—V. CONCLUSION: LINEAS DE UNA PROPUESTA DE REGULACION LEGAL DE LAS COMUNICACIONES ELECTRONICAS EN EL DERECHO DE SOCIEDADES.

«Aproximación al régimen jurídico del contrato de gestión hotelera», por GUILLERMO ALCOVER GARAU, pág. 1003.

SUMARIO: I. ESTRUCTURACION DE LAS CADENAS HOTELERAS Y FUNCION DEL CONTRATO DE GESTION HOTELERA.—II. NATURALEZA JURIDICA DEL CONTRATO DE GESTION HOTELERA.—III. DURACION DEL CONTRATO.—IV. OBLIGACIONES DEL PROPIETARIO.—V. OBLIGACIONES DEL GESTOR.—VI. INCUMPLIMIENTO.

«La fusión transfronteriza de sociedades anónimas desde la perspectiva del Derecho español», por HELIODORO SÁNCHEZ RUS, pág. 1027.

SUMARIO: I. APROXIMACION AL FENOMENO DE LAS LLAMADAS FUSIONES TRANSFRONTERIZAS.—II. EL MARCO NORMATIVO: DERECHO COMUNITARIO Y DERECHO ESPAÑOL: 1. EL FRACASO DE LA «SOLUCIÓN COMUNITARIA». 2. LA FUSIÓN TRANSFRONTERIZA EN EL DERECHO ESPAÑOL: ANTECEDENTES Y DISPOSICIONES LEGALES VIGENTES.—III. BASES PARA LA CONSTRUCCIÓN DEL REGIMEN DE LA FUSION TRANSFRONTERIZA.—IV. LA INTEGRACION DE LOS PATRIMONIOS Y LA SUCESION UNIVERSAL EN LAS FUSIONES TRANSFRONTERIZAS: 1. LA SUCESIÓN UNIVERSAL EN LAS FUSIONES TRANSFRONTERIZAS. 2. FUSIÓN TRANSFRONTERIZA Y NACIONALIDAD DE SOCIEDADES. 3. FUSIÓN TRANSFRONTERIZA Y TRASLADO AL EXTRANJERO DEL DOMICILIO SOCIAL.—V. LA INTEGRACION DE LOS SOCIOS EN LA FUSION TRANSFRONTERIZA: 1. ABSORCIÓN DE UNA SOCIEDAD EXTRANJERA POR UNA SOCIEDAD ESPAÑOLA. 2. ABSORCIÓN DE UNA SOCIEDAD ESPAÑOLA POR UNA SOCIEDAD EXTRANJERA. 3. EL DERECHO DE SEPARACIÓN DEL ACCIONISTA EN CASO DE ABSORCIÓN TRANSFRONTERIZA.—VI. EL PROCEDIMIENTO DE FUSION: 1. SIGNIFICADO DEL «PROCEDIMIENTO DE FUSIÓN». 2. EL PROYECTO FUSIÓN. 3. LA DETERMINACIÓN DE LA RELACIÓN DE CANJE. 4. LOS INFORMES SOBRE EL PROYECTO Y EL BALANCE DE FUSIÓN. 5. LOS ACUERDOS DE FUSIÓN Y SU EJECUCIÓN: ESCRITURA DE FUSIÓN E INSCRIPCIÓN EN EL REGISTRO MERCANTIL.

«Consumidores, contratos, seguridad y costes alternativos (documento público y documento privado en la protección de consumidores)», por JUAN IGNACIO PEINADO GRACIA, pág. 1109.

SUMARIO: I. INTRODUCCION. LA SEGURIDAD JURIDICA Y LOS COSTES DE TRANSACCION: 1) VIEJOS Y NUEVOS VALORES. VIEJAS Y NUEVAS NORMAS. 2) LA UNIDAD FUNCIONAL DE LA FE PÚBLICA LATINA. 3) LA BIFRONTA SEGURIDAD JURIDICA. 4) CAPTACIÓN Y PROCESAMIENTO DE LA INFORMACIÓN.—II. LOS CONTRATOS CELEBRADOS CON CONSUMIDORES: 1) LEGITIMIDAD VERSUS JUSTICIA DEL CONTRATO. 2) LOS CONTRATOS CON CONSUMIDORES: JUEGOS UNILATERALMENTE REPETIDOS. 3) LOS CONTRATOS EN MASA COMO JUEGO NO COOPERATIVO. 4) LA IMPOSICIÓN DEL DOCUMENTO PRIVADO COMO FORMA VÁLIDA DE CELEBRACIÓN DE CONTRATOS EN MASA CON CONSUMIDORES.—III. LA FE PUBLICA Y LOS COSTES DE TRANSACCION: 1) LA VOLUNTARIEDAD DE LA INTERVENCIÓN COMO CONTROL DE EFICIENCIA. 2) LA INTERVENCIÓN DE FEDATARIO COMO REDUCCIÓN DE COSTOS DE TRANSACCION EN LAS DIVERSAS FASES CONTRACTUALES: a) *Fase precontractual. Referencia a la selección de normas*; b) *Fase contractual. Referencia a los controles de inclusión de cláusulas abusivas*; c) *Fase postcontractual. La intervención de fedatario en fase de ejecución: derecho de desistimiento y ejecución.*

«La actual regulación de la publicidad encubierta en España y la práctica publicitaria», por ANA MARÍA TOBÍO RIVAS, pág. 1155.

SUMARIO: I. INTRODUCCION.—II. CONCEPTO Y PRINCIPALES CARACTERÍSTICAS DE LA PUBLICIDAD ENCUBIERTA.—III. REGULACION DE LA PUBLICIDAD ENCUBIERTA EN LOS DERECHOS ESPAÑOL Y COMUNITARIO: 1. EL ESTATUTO DE LA PUBLICIDAD DE 1964. 2. LA LEY GENERAL DE PUBLICIDAD DE 11 DE NOVIEMBRE DE 1988. 3. LA NORMATIVA SOBRE ACTIVIDADES DE RADIODIFUSIÓN TELEVISIVA: 3.1. *Derecho comunitario: la Directiva 89/552, de 3 de octubre de 1989, relativa al ejercicio de actividades de radiodifusión televisiva.* 3.2. *Derecho español: la Ley 25/1994, de 12 de julio, sobre el ejercicio de actividades de radiodifusión televisiva.* 3.3. *En particular, las normas de admisión o emisión de publicidad en televisión.*—IV. SIMILITUDES Y DIFERENCIAS CON OTRAS FIGURAS: 1. LOS PUBLIRREPORTAJES. 2. LA PUBLICIDAD INDIRECTA. 3. LA PUBLICIDAD SUBLIMINAL. 4. EL PATROCINIO. 5. EL MERCHANDISING. 6. LA TELEVENTA.—V. LA PRACTICA DE LA PUBLICIDAD ENCUBIERTA EN LA ACTUALIDAD: EL PRODUCT PLACEMENT.—VI. LA PRUEBA DE LA EXISTENCIA DE PUBLICIDAD ENCUBIERTA.—VII. CONCLUSIONES.

«El precio ofrecido en la oferta de exclusión: Una aproximación comparatista franco-española», por PIERRE ALFREDO, pág. 1211.

SUMARIO: 1. LOS PRINCIPALES RASGOS DE AMBAS INSTITUCIONES: 1.1. CARACTERES OPUESTOS: a) *¿Oferta voluntaria u obligatoria?* b) *¿Exigencia de la exclusión de la negociación?* c) *¿Cesión obligatoria?* 1.2. UN MISMO ANIMO.—2. LAS INCIDENCIAS SOBRE LA DETERMINACION DEL PRECIO DE OFERTA: 2.1. LA EMERGENCIA DE CRITERIOS ESPECÍFICOS. 2.2. LA DISOLUCIÓN DE LA ESPECIFICIDAD.

«El derecho a la propia imagen: el *right of publicity* norteamericano y su correspondencia en el Derecho español», por STEPHEN R. BARNETT, pág. 1225.

SUMARIO: I. INTRODUCCION.—II. EL RIGHT OF PUBLICITY NORTEAMERICANO: A) NATURALEZA LEGAL. B) EL «RIGHT OF PUBLICITY» Y EL «RIGHT OF PRIVACY»: a) *Los cuatro ilícitos del derecho a la privacidad*; b) *El ilícito de la divulgación pública de hechos privados*. C) DE LA «PRIVACY»/APROPIACIÓN AL «RIGHT OF PUBLICITY»: c) *El requisito del uso «comercial»*; d) *Duración del right of publicity*.—III. ARGUMENTOS EN FAVOR Y EN CONTRA DEL RIGHT OF PUBLICITY: A) ARGUMENTOS MORALES. B) ARGUMENTOS ECONÓMICOS. C) ARGUMENTOS DEL MAL USO.—IV. ALGUNAS CUESTIONES RECIENTES SOBRE EL RIGHT OF PUBLICITY EN ESTADOS UNIDOS: A) DELIMITACIÓN DEL CONCEPTO «USO COMERCIAL». B) LÍMITES A LA IMAGEN O LA IDENTIDAD DE UN FAMOSO. C) POSIBLES DEFENSAS FRENTE AL «RIGHT OF PUBLICITY» DESDE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN.—V. UNA MIRADA AL DERECHO ESPAÑOL: A) LA LEY ORGÁNICA DE 5 DE MAYO DE 1982. B) «LA PROPIA IMAGEN» EN RELACIÓN CON EL «RIGHT OF PUBLICITY»: a) *Fines comerciales*; b) *Fines publicitarios*; c) *«La vida privada» en España y Estados Unidos*; d) *Imágenes utilizadas en la publicidad de un trabajo o publicación donde el demandante aparece*. C) ¿PUEDE ALEGARSE LA DEFENSA DE LIBERTAD DE EXPRESIÓN EN LA UTILIZACIÓN DE LA PROPIA IMAGEN EN UN ANUNCIO PUBLICITARIO?—VI. CONCLUSION.

REVISTA DE ESTUDIOS POLITICOS

Número 110 (Octubre-Diciembre 2000)

«El Estado autonómico como Estado compuesto», por JUAN JOSÉ SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA, pág. 9.

SUMARIO: I. LOS PROBLEMAS POLITICOS Y TECNICOS DEL ESTADO AUTONOMICO EN PERSPECTIVA COMPARADA.—II. ESTATALIDAD Y CAPACIDAD POLITICA COMO CRITERIOS DE DIVISION DE LAS FORMAS POLITICAS: LAS TRANSFORMACIONES RECIENTES DEL ESTADO FEDERAL.—III. RASGOS COMUNES Y DIFERENCIAS PERSISTENTES DEL ESTADO AUTONOMICO Y EL ESTADO FEDERAL: ESTATUTO DE AUTONOMIA Y CONSTITUCION DE UN ESTADO MIEMBRO.—IV. POSIBILIDADES Y LIMITES DE LA REFERENCIA FEDERAL EN EL DESARROLLO DEL ESTADO AUTONOMICO.—V. ORIENTACION BIBLIOGRAFICA.

«Leo Strauss (1899-1973): ¿un pensador perverso?», por JAVIER ROIZ, pág. 27.

SUMARIO: STRAUSS Y MACHIAVELLI.—DERECHOS NATURALES E HISTORIA.—STRAUSS Y LOS ESTRAUSIANOS.—EL CONSTRUCTIVISMO MODERNO.—HECHOS Y VALORES.—EL ARTE DE LEER.—PERSECUCION Y ESOTERISMO.—IGNORANCIA MALIGNA.—STRAUSS, ¿UN FILOSOFO INMORAL?—ALGUNAS LIMITACIONES.

«Decreto-ley y relaciones internacionales: una compatibilidad constitucionalmente problemática», por ANA M. CARMONA CONTRERAS, pág. 59.

SUMARIO: I. INTRODUCCION.—II. GENERICA INCOMPATIBILIDAD CONSTITUCIONAL ENTRE TRATADOS INTERNACIONALES Y DECRETO-LEY: 1. INCOMPATIBILIDAD FUNCIONAL: CORRESPONDE A LAS CORTES GENERALES, NO AL GOBIERNO, LA FACULTAD DE AUTORIZAR LA RATIFICACIÓN DE LOS TRATADOS INTERNACIONALES. 2. INCOMPATIBILIDAD ORGÁNICA: INACEPTABLE MARGINACIÓN DEL SENADO EN EL PROCESO DE AUTORIZACIÓN DEL TRATADO INTERNACIONAL.—III. LOS ESPECIFICOS PROBLEMAS CONSTITUCIONALES CAUSADOS POR EL RECURSO AL DECRETO-LEY: 1. IMPOSIBILIDAD CONSTITUCIONAL DE INTERCAMBIAR EL ACTO DE AUTORIZACIÓN PARLAMENTARIA DE LOS TRATADOS INTERNACIONALES POR LA CONVALIDACIÓN DEL DECRETO-LEY: 1.1. *Ambas actuaciones operan sobre presupuestos normativos sustancialmente distintos*. 1.2. *La convalidación de un Decreto-ley en materia de relaciones internacionales reduce sustancialmente el control de constitucionalidad del TC*. 2. EL RECURSO A LA LEY DE CONVERSIÓN NO ES LA VÍA PROCESAL IDÓNEA PARA LLEVAR A CABO ESTE TIPO DE ACTUACIÓN.—IV. CONCURRENCIA DEL PRESUPUESTO HABILITANTE DEL DECRETO-LEY: LA EXTRAORDINARIA Y URGENTE NECESIDAD.—V. REFLEXIONES CONCLUSIVAS.

«La reforma de la Administración central en Gran Bretaña: El programa *next steps* y la doctrina de la responsabilidad ministerial», por LAURA ROMÁN MASEDO, pág. 79.

SUMARIO: I. INTRODUCCION.—II. EL PROGRAMA *NEXT STEPS*: 1. ANTECEDENTES. 2. LA CREACIÓN DE AGENCIAS.—III. EL PROGRAMA *NEXT STEPS* Y LA DOCTRINA DE LA RESPONSABILIDAD MINISTERIAL: 1. LA RELEVANCIA DEL PROBLEMA. 2. LA DOCTRINA DE LA RESPONSABILIDAD MINISTERIAL. 3. LA RESPONSABILIDAD INDIVIDUAL DE LOS MINISTROS Y LAS AGENCIAS *NEXT STEPS*.—IV. CONCLUSION.—V. BIBLIOGRAFIA.

«Organismos de sondeos, encuestas electorales y derecho», por LUIS GÁLVEZ MUÑOZ, pág. 97.

SUMARIO: 1. INTRODUCCION.—2. LA EXISTENCIA DE UN FUERTE RIESGO DE FALTA DE OBJETIVIDAD: A) FUNDAMENTO. B) LA DESESTIMACIÓN DE LA TESIS DE LA MARGINALIDAD: a) *La tesis de la marginalidad*; b) *Consideraciones críticas*.—3. LA INSUFICIENCIA DE LA REGULACIÓN ACTUAL: A) LAS NORMAS VIGENTES: a) *La obligación de publicar la ficha técnica*; b) *La prohibición de falsificaciones*. B) SUS LÍMITES.—4. LA POSIBILIDAD DE INTRODUCIR NUEVOS ELEMENTOS NORMATIVOS: A) LA OBLIGACIÓN DE REALIZAR LAS ENCUESTAS DE CONFORMIDAD CON LOS PRINCIPIOS METODOLÓGICOS BÁSICOS. B) LA CREACIÓN DE UN REGISTRO DE ORGANISMOS DE SONDEOS. C) OTRAS POSIBLES MEDIDAS.

«Estabilidad política y economía en la democracia española (1976-2000) (1)», por JOSÉ LUIS SÁEZ LOZANO, pág. 123.

SUMARIO: 1. INTRODUCCION.—2. ECONOMIA Y DEMOCRACIA.—3. ESTABILIDAD POLÍTICA EN ESPAÑA: 3.1. PRINCIPALES ÍNDICES DE ESTABILIDAD

POLÍTICA Y GUBERNATIVA. 3.2. VEINTISIETE CICLOS POLÍTICOS EN LA TRANSICIÓN Y LA DEMOCRACIA.—4. SUFRIMIENTO ECONOMICO EN ESPAÑA: 4.1. EL ÍNDICE DE MISERIA ECONÓMICA DE OKUN Y BARRO. 4.2. EL SUFRIMIENTO ECONÓMICO DE LOS GOBIERNOS DE LA TRANSICIÓN Y LA DEMOCRACIA.—5. CONCLUSIONES.—BIBLIOGRAFIA.

REVISTA DE ESTUDIOS DE LA ADMINISTRACION LOCAL Y AUTONOMICA

Número 283 (Mayo-Agosto 2000)

«Panorama actual del Derecho urbanístico», por JUAN LUIS DE LA VALLINA VELARDE, pág. 329 (sin sumario).

«La funcionarización del personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas», por JOSÉ MARÍA ENDEMAÑO ARÓSTEGUI, pág. 347.

SUMARIO: 1. INTRODUCCION.—2. TENDENCIA LABORALIZADORA DE LA FUNCION PUBLICA EN LA LEY 30/1984.—3. LA STC 99/1987, DE 11 DE JUNIO.—4. LA MODIFICACION DEL ARTICULO 15.1 DE LA LEY 30/1984 POR LA LEY 23/1988.—5. LA PROBLEMÁTICA PLANTEADA POR EL PERSONAL LABORAL FIJO EN PUESTOS DE TRABAJO RESERVADOS A FUNCIONARIOS.—6. LA FUNCIONARIZACION DE LABORALES EN LA ADMINISTRACION DEL ESTADO.—7. LEGALIDAD DEL NUMERO 2 DE LA DISPOSICION TRANSITORIA DECIMOQUINTA DE LA LEY 30/1984.—8. PUESTOS DESTINADOS A FUNCIONARIOS Y A PERSONAL LABORAL EN LA ADMINISTRACION LOCAL. ANALISIS DE LA NORMATIVA REGULADORA.—9. CONSIDERACIONES JURIDICAS SOBRE LA FUNCIONARIZACION EN EL AMBITO AUTONOMICO.

«Bienes de propios y fiscalidad», por M.^a ANGELES GONZÁLEZ BUSTOS, pág. 381.

SUMARIO: I. EL PAGO DEL 20 POR 100 EN CONCEPTO DE PROPIOS.—II. EL 20 POR 100 COMO ELEMENTO DIFERENCIADOR DE LOS BIENES DE PROPIOS.—III. CONCLUSIONES.

«Los actos preparatorios de los contratos de préstamo según el Real Decreto legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas», por M.^a PILAR VELLISCA MATAMOROS, pág. 393.

SUMARIO: 1. INTRODUCCION.—2. LOS CONTRATOS SOBRE INSTRUMENTOS FINANCIEROS. SU ENCUADRE EN EL TEXTO REFUNDIDO DE LA LCAP Y CONCORDANCIA CON LA LEY DE HACIENDAS LOCALES: 2.1. CLASIFICACIÓN DEL CONTRATO. 2.2. LOS CONTRATOS SOBRE INSTRUMENTOS FINANCIEROS COMO CONTRATOS DE DERECHO PRIVADO.—BIBLIOGRAFIA.

«Tramitación y efectos de la reparcelación en la legislación urbanística valenciana», por JOAQUÍN LLIDÓ SILVESTRE, pág. 415.

SUMARIO: 1. INTRODUCCION: 1.1. LA REPARCELACIÓN EN LA LRAU. 1.2. CLASES DE REPARCELACIÓN SEGÚN LA LRAU. 1.3. MARCO JURÍDICO DE LA TRAMITACIÓN Y EFECTOS DE LA REPARCELACIÓN EN LA LEGISLACIÓN VALENCIANA.—2. REPARCELACION FORZOSA: TRAMITACION: 2.1. INICIACIÓN. 2.2. INSTRUCCIÓN. 2.3. RESOLUCIÓN Y EFICACIA. 2.4. EJECUCIÓN.—3. REPARCELACION FORZOSA: EFECTOS.—4. REPARCELACION VOLUNTARIA: TRAMITACION Y EFECTOS.

«La legitimación por sustitución de los vecinos para la recuperación y defensa de los bienes de las Entidades Locales. La acción vecinal del artículo 68.2 de la Ley Reguladora de las Bases de Régimen Local», por JESÚS CATALÁN SENDER, pág. 461.

SUMARIO: I. INTRODUCCION.—II. EVOLUCION HISTORICA.—III. EL DERECHO VIGENTE: 1. LA DISTRIBUCIÓN DE COMPETENCIAS ENTRE EL ESTADO, COMUNIDADES AUTÓNOMAS Y ENTES LOCALES EN LA SUBMATERIA ESTUDIADA. 2. LA LEGISLACIÓN ESTATAL. 3. LA LEGISLACIÓN AUTONÓMICA.—IV. LA LEGITIMACION DE LOS VECINOS EN MATERIA DE RECUPERACION Y DEFENSA DEL PATRIMONIO LOCAL: 1. NATURALEZA, FUNDAMENTO Y FINALIDAD. 2. PRESUPUESTOS O REQUISITOS PARA EL EJERCICIO DE ESTE DERECHO: A) *Requisitos subjetivos*. B) *Requisitos objetivos*. C) *Requisitos de la actividad*. 3. LÍMITES AL EJERCICIO DEL DERECHO.—V. ANALISIS DE LOS SUPUESTOS DE HECHO QUE SE HAN DADO EN LA JURISPRUDENCIA.—VI. ALGUNAS PROPUESTAS DE *LEGE FERENDA*.—VII. CONCLUSIONES.

REVISTA JURIDICA DE LA COMUNIDAD DE MADRID Número 8 (Mayo-Octubre 2000)

«La tramitación parlamentaria», por MANUEL J. SILVA I SÁNCHEZ, pág. 9 (sin sumario).

«El proceso monitorio», por ALFREDO LÓPEZ FRÍAS, pág. 23 (sin sumario).

«Procedimientos especiales», por FRANCISCO GARCÍA GÓMEZ DE MERCADO, pág. 31 (sin sumario).

«Las partes en el proceso civil», por SALVADOR VICTORIA BOLÍVAR, pág. 67.

SUMARIO: I. CONSIDERACIONES GENERALES.—II. CAPACIDAD PARA SER PARTE Y DE LA CAPACIDAD PROCESAL.—III. LEGITIMACION PROCESAL.—IV. PLURALIDAD DE PARTES Y LA SUCESION PROCESAL.—V. PODER DE DISPOSICION DE LAS PARTES.—VI. REPRESENTACION Y DEFENSA.—VII. REPRESENTACION Y DEFENSA DE LAS AA.PP.

«La fiscalización del sector público autonómico. Especial análisis de la Cámara de Cuentas de la Comunidad de Madrid», por MARÍA JOSÉ DE LA FUENTE Y DE LA CALLE, pág. 97.

SUMARIO: I. EL CONTROL DE LA ACTIVIDAD ECONOMICO-FINANCIERA DEL SECTOR PUBLICO: a) JUSTIFICACIÓN Y FUNDAMENTO DEL CONTROL DEL

SECTOR PÚBLICO; b) LOS ÓRGANOS FISCALIZADORES EN LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA.—II. LA FISCALIZACIÓN DEL SECTOR PÚBLICO AUTÓNOMICO: a) MODELOS DE RELACIÓN ENTRE EL TRIBUNAL DE CUENTAS Y LOS ÓRGANOS DE CONTROL EXTERNO DE LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS (OCEX); b) EL PROCESO DE IMPLANTACIÓN DE LOS OCEX.—III. PRINCIPIOS BÁSICOS DE FUNCIONAMIENTO DE LOS OCEX: a) LOS POSTULADOS DE AUTONOMÍA Y DE SUPREMACÍA DEL TRIBUNAL DE CUENTAS; b) LA INDEPENDENCIA Y SOLVENCIA TÉCNICA: GARANTÍAS JURÍDICAS; c) LA COORDINACIÓN COMO MECANISMO PARA EVITAR LA DUPLICIDAD DE CONTROLES.—IV. LA CÁMARA DE CUENTAS DE LA COMUNIDAD DE MADRID: ANÁLISIS SISTEMÁTICO: a) NATURALEZA Y CARACTERES; b) COMPOSICIÓN Y ORGANIZACIÓN; c) LA FUNCIÓN FISCALIZADORA; d) OTRAS FUNCIONES DE LA CÁMARA.—V. REFLEXIONES FINALES.

«Análisis crítico de los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo», por RAMÓN FERNÁNDEZ FLOREZ, pág. 139.

SUMARIO: INTRODUCCIÓN.—DESARROLLO DE LA PLANTA JUDICIAL.—COMPETENCIA OBJETIVA.—CUESTIONES DE COMPETENCIA.—COMPETENCIA TERRITORIAL.—EL EXPEDIENTE ADMINISTRATIVO.—FACILIDADES PROCESALES DE LA NUEVA LEY.—BREVES CONSIDERACIONES SOBRE EL PROCEDIMIENTO ABREVIADO.—CONCLUSIONES.

«La sociedad de la información y sus implicaciones sobre el régimen de distribución de competencias entre el Estado y las CC.AA.», por MIGUEL A. PÉREZ GRANDE, pág. 167 (sin sumario).

«La ejecución provisional en el proceso de despido», por JUAN B. LORENZO DE MENBIELA, pág. 197.

SUMARIO: I. ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA EJECUCIÓN PROVISIONAL.—II. EJECUCIÓN PROVISIONAL DE LA READMISIÓN: 1. COMPETENCIA JUDICIAL, LEGITIMACIÓN Y SOLICITUD. 2. PLAZO PARA INSTAR LA EJECUCIÓN. 3. PROCEDIMIENTO DEL INCIDENTE. 4. CONTENIDO DEL AUTO. 5. EFECTOS ECONÓMICOS DERIVADOS DE LA EJECUCIÓN PROVISIONAL TRAS LA SENTENCIA RESOLUTORIA. SENTENCIA DEL JUZGADO DECLARANDO NULO EL DESPIDO CUANDO EL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DECLARE LA IMPROCEDENCIA. SENTENCIA DEL JUZGADO DECLARANDO IMPROCEDENTE EL DESPIDO: a) *Improcedencia*; b) *Nulo*; c) *Procedencia*.

«Los posibles conflictos competenciales entre la Comunidad de Madrid y las Administraciones Públicas Locales en la aplicación de la Ley 10/98, de 9 de julio, de Patrimonio Histórico: análisis y soluciones», por JOSÉ M.^a ABAB LICERAS, pág. 237.

SUMARIO: I. LAS COMPETENCIAS CONSTITUCIONALES DE LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS EN MATERIA DE PATRIMONIO CULTURAL HISTÓRICO-ARTÍSTICO: 1. TEORÍA DE ALEGRE ÁVILA. 2. TEORÍA DE ALONSO IBÁÑEZ. 3. COMPETENCIAS LEGISLATIVAS DE LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS EN MATERIA DE PATRIMONIO CULTURAL HISTÓRICO-ARTÍSTICO.—II. LA POSICIÓN JURÍDICA

DE LAS ADMINISTRACIONES LOCALES CON RELACION AL PATRIMONIO HISTORICO: 1. PREVISIONES CONTENIDAS EN LA LEGISLACIÓN ESTATAL SOBRE RÉGIMEN LOCAL. 2. PREVISIONES CONTENIDAS EN LA LEY 10/1998, DE PATRIMONIO HISTÓRICO DE LA COMUNIDAD DE MADRID.—III. LA CONCURRENCIA DE COMPETENCIAS AUTONOMICAS Y LOCALES EN LA LEY 10/1998: PRINCIPIO GENERAL.—IV. LA CONCURRENCIA DE NORMAS URBANISTICAS, LOCALES Y CULTURALES EN LA REGULACION DE LOS BIENES HISTORICO-ARTISTICOS: CONFLICTOS: 1. CRITERIOS JURISPRUDENCIALES APLICABLES EN LOS SUPUESTOS DE CONCURRENCIA SOBRE UN BIEN CULTURAL DE PRECEPTOS PROVENIENTES DE DIFERENTES NORMAS JURÍDICAS. 2. CRITERIOS JURISPRUDENCIALES APLICABLES EN LOS SUPUESTOS DE CONCURRENCIA SOBRE UN BIEN CULTURAL DE PRECEPTOS PROVENIENTES DE DIFERENTES NORMAS JURÍDICAS. 3. EL PRINCIPIO DE PREVALENCIA DE LA NORMATIVA CULTURAL SOBRE LA URBANÍSTICA EN LA LEY 10/1998, DE PATRIMONIO HISTÓRICO DE LA COMUNIDAD DE MADRID.—V. SOLUCIONES JURISPRUDENCIALES AL CONFLICTO DE CONCURRENCIAS COMPETENCIALES SOBRE UN BIEN CULTURAL POR AUTORIZACIONES PROVENIENTES DE DIFERENTES ADMINISTRACIONES PUBLICAS: 1. LAS AUTORIZACIONES AUTONOMICAS O ESTATALES Y LAS LICENCIAS MUNICIPALES SON INDEPENDIENTES ENTRE SÍ. 2. LA INTERVENCIÓN DE LOS ORGANISMOS TUTELARES AUTONÓMICOS O ESTATALES EN MATERIA DE PATRIMONIO HISTÓRICO ES PREVIA Y CONDICIONANTE DE LAS LICENCIAS MUNICIPALES. 3. LA LICENCIA MUNICIPAL ESTÁ CONCEDIDA, A TÍTULO DE PRECARIO, CONDICIONADA A LA AUTORIZACIÓN QUE EXPIDA LA DIRECCIÓN GENERAL DE BELLAS ARTES O EL CORRESPONDIENTE ORGANISMO AUTONÓMICO ANÁLOGO. 4. EN CASO DE CONFLICTO, LAS AUTORIZACIONES DICTADAS POR LOS ORGANISMOS TUTELANTES DEL PATRIMONIO HISTÓRICO PREVALECEAN SOBRE LAS LICENCIAS MUNICIPALES. 5. LA INTERVENCIÓN PREVIA Y CONDICIONANTE DE LOS ORGANISMOS ESTATALES O AUTONÓMICOS, COMPETENTES EN LA PROTECCIÓN DEL PATRIMONIO HISTÓRICO, NO SUPONE UNA VULNERACIÓN DEL PRINCIPIO DE AUTONOMÍA LOCAL. 6. LA OMISIÓN DE LA NECESARIA INTERVENCIÓN DE LOS ORGANISMOS TUTELANTES DEL PATRIMONIO HISTÓRICO NO PUEDE SER SUPLENIDA POR LA UNÍVOCA INTERVENCIÓN DE LOS AYUNTAMIENTOS, SO PENA DE LA NULIDAD DEL ACTO EN CUESTIÓN.

REVISTA JURIDICA DE CASTILLA-LA MANCHA

Número 29 (Diciembre 2000)

«La responsabilidad penal en materia de seguridad e higiene en el trabajo en el nuevo Código Penal (Análisis de los arts. 316, 317 y 318 de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal)», por VÍCTOR CARPIO PINEDO, pág. 11.

SUMARIO: I. INTRODUCCION. LA LEY DE PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES Y EL CODIGO PENAL.—II. LA CONFIGURACION DE LOS DELITOS CONTRA LA SEGURIDAD E HIGIENE EN EL TRABAJO EN EL NUEVO CODIGO PENAL. ESPECIAL CONSIDERACION DEL SUJETO ACTIVO: 1. CUESTIONES GENERALES: REGULACIÓN. UBICACIÓN O SISTEMÁTICA. 2. PENALIDAD Y CONCURSOS. 3. ELEMENTOS SUBJETIVOS DEL TIPO. 4. ELEMENTOS OBJETIVOS DEL TIPO. 5. ESPECIAL CONSIDERACIÓN DEL SUJETO ACTIVO: 5.1. *Planteamiento*. 5.2. *Análisis de potenciales sujetos activos*. 6. CONCLUSIONES.

«La huelga, particularmente en España, evolución, función y significado», por ENRIQUE GASCO GARCÍA, pág. 39.

SUMARIO: I. INTRODUCCION.—II. LA HUELGA EN ESPAÑA: 1. DE SUS PRIMERAS MANIFESTACIONES HASTA LA II REPÚBLICA. 2. EL FRANQUISMO: 2.1. *El primer franquismo*. 2.2. *La evolución en materia laboral. La ficción del convenio y del conflicto colectivo*. 2.3. *La huelga en la normativa del franquismo*. 3. «TRANSICIÓN» Y HUELGA. 4. LA CONSTITUCIÓN DE 1978 Y LA «LEY» DE HUELGA: 4.1. *Regulación de la huelga*.—III. ALGUNAS CONSIDERACIONES Y VALORACIONES.

«La regulación del recurso de reposición en la Ley de Procedimiento Laboral tras la publicación de la Ley de Enjuiciamiento Civil, de 7 de enero de 2000, número 1», por JUAN B. LORENZO DE MEMBIELA, pág. 77.

SUMARIO: I. CONCEPTO, NATURALEZA Y FUNDAMENTO.—II. NORMATIVA REGULADORA DEL RECURSO E INCIDENCIA DE LOS PRINCIPIOS DE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL DE 7 DE ENERO DE 2000: EL CRITERIO RESTRICTIVO DEL ACCESO A LA SUPPLICACION DEL AUTO RESOLUTORIO DE LA REPOSICION.—III. ELEMENTOS: PARTES Y ORGANO JURISDICCIONAL. MATERIAS NO SUSCEPTIBLES DE REPOSICION.—IV. SUSTANCIACION VIGENTE.—V. SUSTANCIACION DEL REMEDIO DE REPOSICION EN LA LEY DE ENJUICIAMIENTO DE 2000.

«La distribución de competencias en materia deportiva entre las distintas Administraciones Públicas», por JOSÉ ANTONIO MORENO MOLINA, pág. 101.

SUMARIO: I. INTRODUCCION. LA REGULACION CONSTITUCIONAL DEL DEPORTE.—II. LA DISTRIBUCION DE COMPETENCIAS ENTRE EL ESTADO Y LAS COMUNIDADES AUTONOMAS EN MATERIA DEPORTIVA.—III. LAS COMPETENCIAS ESTATALES. LA LEY 10/1990, DE 15 DE OCTUBRE, DEL DEPORTE.—IV. LAS COMPETENCIAS DE LA COMUNIDAD AUTONOMA DE CASTILLA-LA MANCHA. EL DESARROLLO NORMATIVO DEL ESTATUTO DE AUTONOMIA.—V. LAS COMPETENCIAS DE LAS ENTIDADES LOCALES.—VI. LA IMPRESCINDIBLE COOPERACION Y COLABORACION ENTRE LAS DISTINTAS ADMINISTRACIONES PUBLICAS CON COMPETENCIAS EN MATERIA DEPORTIVA.—VII. LA UNIVERSIDAD Y EL DEPORTE.

«Problemas de constitucionalidad de la Ley aragonesa de Parejas Estables no Casadas», por JAVIER OLIVÁN DEL CACHO, pág. 118.

SUMARIO: I. PLANTEAMIENTO.—II. CARACTERISTICAS GENERALES DE LA LEY: 1. LA TRAMITACIÓN EN LAS CORTES DE ARAGÓN: A) *La toma en consideración y la presentación de enmiendas*. B) *El contenido de la iniciativa legislativa y de las enmiendas*. 2. EL TEXTO DEFINITIVO: A) *Introducción: la profunda transformación de la Proposición de Ley en el trámite de Ponencia*. B) *Existencia y extinción de la pareja estable no casada*. C) *El régimen ju-*

rido sustantivo y efectos de la pareja estable no casada. D) Los efectos derivados de la extinción de la pareja estable no casada. E) Efectos inscritos en el Derecho público.—III. PROBLEMAS CONSTITUCIONALES DE TIPO MATERIAL.—IV. PROBLEMAS COMPETENCIALES: 1. PLANTEAMIENTO. 2. LA REGULACIÓN DE LAS PAREJAS DE HECHO COMO UNA REALIDAD JURÍDICA PRÓXIMA A INSTITUCIONES ARAGONESAS. 3. NORMAS PARA RESOLVER LOS CONFLICTOS DE LEYES. 4. RELACIONES JURÍDICO-CIVILES RELATIVAS A LAS FORMAS DE MATRIMONIO. 5. ORDENACIÓN DE REGISTROS E INSTRUMENTOS PÚBLICOS.—V. CONCLUSIONES.

«La actual respuesta legislativa a la protección de las víctimas de delitos», por JESÚS RUBIO LARA, pág. 153.

SUMARIO: 1. CONSIDERACIONES GENERALES.—2. LA VÍCTIMA: 2.1. CLASIFICACIÓN. 2.2. VICTIMIZACIÓN SECUNDARIA. 2.3. VÍCTIMAS EN EL ÁMBITO DOMÉSTICO. 2.4. REPARACIÓN DE DAÑOS: 2.4.1. *Concepto y clasificaciones.* 2.4.2. *Regulación legal.* 2.4.3. *Valoración del daño moral.* 2.5. *Ayuda y asistencia a las víctimas.*

«La reactivación de una sociedad anónima en liquidación a la luz del nuevo Reglamento del Registro Mercantil», por ADOLFO SEQUEIRA MARTÍN, pág. 173.

SUMARIO: I. INTRODUCCION.—II. LA COMPETENCIA DE LOS ORGANOS DE LA SOCIEDAD: A) EL ACUERDO DE LA JUNTA GENERAL. B) LOS LIQUIDADORES.—III. EL TERMINO COMO LIMITE DE LA REACTIVACION.—IV. LOS DERECHOS DEL SOCIO A LA CUOTA DE LIQUIDACION Y A LA SEPARACION DE LA SOCIEDAD: A) EL DERECHO DEL SOCIO A LA CUOTA LIQUIDATORIA. B) EL DERECHO DE SEPARACIÓN DEL SOCIO.—V. LA PROTECCION DE LOS TERCEROS Y EL DERECHO DE OPOSICION.—VI. CONCLUSION.

REVISTA JURIDICA DE CATALUÑA

Número 1 (2001)

«El juicio de desahucio y demás procesos arrendaticios en la nueva LEC (Ley 1/2000, de 7 de enero)», por RAMÓN CONTIJOCH PRATDESABA, pág. 9.

SUMARIO: I. ANTECEDENTES: 1. LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL (LEC). 2. LEGISLACIÓN ESPECIAL ARRENDATICA: a) *Normas procesales en textos legales propios de arrendamientos rústicos;* b) *Normas procesales en textos legales propios de arrendamientos urbanos.* 3. ARTÍCULO 41 DE LA LEY HIPOTECARIA.—II. NORMAS DEROGADAS O MODIFICADAS POR LA NUEVA LEC: 1. LEC DE 1881. 2. LAU DE 1994 Y LAR DE 1980. 3. ARTÍCULO 41 DE LA LEY HIPOTECARIA. 4. ARRENDAMIENTO FINANCIERO Y LEY DE VENTA A PLAZOS DE BIENES MUEBLES: a) *Arriendo financiero (leasing);* b) *Ley de Venta a Plazos de Bienes Muebles;* c) *Conclusión.*—III. LOS PROCESOS DE DESAHUCIO Y ARRENDATICIOS EN LA NUEVA LEC: 1. ÁMBITO DEL JUICIO ORDINARIO: a) *Acciones relativas a condiciones generales de la contratación;* b) *Asuntos relativos a arrendamientos urbanos o rústicos (excluido desahucio por falta*

de pago o expiración del término contractual); c) *Acumulación de la acción de desahucio y reclamación de la cantidad*; d) *Retracto*; e) *Demandas en reclamación de la renta o asimiladas*. 2. *AMBITO DEL JUICIO VERBAL*: a) *Impago de renta y expiración del plazo*: a.1) *Desahucio por falta de pago*; a.2) *Desahucio del arriendo financiero*; a.3) *Desahucio por expiración del término*. b) *El precario*; c) *El artículo 41 de la Ley Hipotecaria*; d) *Arriendo financiero y contrato de venta a plazos de bienes muebles*; e) *Acumulación, acción, desahucio y cantidad*.—IV. *DETERMINACION DE LA CUANTIA*: 1. *JUICIOS SOBRE ARRENDAMIENTOS DE BIENES*. 2. *JUICIOS SOBRE RECLAMACIÓN DE RENTAS VENCIDAS*. 3. *JUICIOS EN QUE SE RECLAME LA POSESIÓN*.—V. *POSTULACION PROCESAL*: 1. *PROCURADORES*. 2. *ABOGADOS*: a) *Principio general*; b) *Excepciones*; c) *Intervención en el juicio ordinario*; d) *Intervención en el juicio verbal*. 3. *INTERVENCIÓN NO PRECEPTIVA DE ABOGADO Y PROCURADOR*.—VI. *COMPETENCIA OBJETIVA*: 1. *PRINCIPIO GENERAL*. 2. *INMUNIDAD DIPLOMÁTICA. EXCEPCIÓN AL PRINCIPIO GENERAL*.—VII. *COMPETENCIA TERRITORIAL*: 1. *PRINCIPIO GENERAL*. 2. *NO ACEPTACIÓN DE SUMISIÓN A TRIBUNAL DISTINTO DEL COMPETENTE*. 3. *SOMETIMIENTO DE CUESTIONES ARRENDATICIAS A LOS TRIBUNALES ARBITRALES*.—VIII. *NORMATIVA PROCESAL A SEGUIR EN LOS PROCESOS ARRENDATICIOS SOMETIDOS AL TRAMITE DEL JUICIO ORDINARIO*.—IX. *NORMATIVA PROCESAL A SEGUIR EN LOS PROCESOS ARRENDATICIOS SOMETIDOS AL TRAMITE DEL JUICIO ORAL*: 1. *CARACTERÍSTICAS PRINCIPALES*: a) *Juicios verbales de cuantía inferior a 150.000 pesetas*; b) *No reconvencción. No cosa juzgada*; c) *Citación para la «vista»*; d) *Demandado incomparecido*. 2. *ACUMULACIÓN, DESAHUCIO, FALTA DE PAGO Y RECLAMACIÓN DE CANTIDAD*. 3. *DESAHUCIO POR FALTA DE PAGO INMUEBLES*: a) *Demanda*; b) *Enervación (sólo finca urbana)*; c) *Citación para el acto de la «vista»*; d) *Medios de prueba*; e) *Ausencia de cosa juzgada*. 4. *ACCIÓN DE DESAHUCIO (ART. 41 DE LA LEY HIPOTECARIA)*: a) *Demanda*; b) *Citación para el acto de la «vista»*; c) *Oposición. Caución y «numerus clausus»*; d) *Ausencia de cosa juzgada*. 5. *ACCIÓN SUMARIA SOBRE INCUMPLIMIENTO Y RECUPERACIÓN DE POSESIÓN DE CONTRATOS DE ARRENDAMIENTO DE VENTA A PLAZOS O FINANCIERO BIENES MUEBLES*: a) *demanda*; b) *oposición*; c) *actuación previa a la vista*.—X. *RECURSOS*: 1. *RECURSO DE APELACIÓN*: a) *Efectos del recurso de apelación*; b) *Preparación de la apelación*; c) *Requisitos especiales para apelar*; d) *Interposición del recurso y tramitación del mismo*; e) *Aportación de documentos; recibimiento a prueba en segunda instancia*; f) *Traslado al recurrido, adhesión, etc.*; g) *Tramitación ante la Audiencia*. 2. *RECURSOS CONTRA LA SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA*: a) *Norma general*; b) *Disposición Final 16.ª*. 3. *RECURSO EXTRAORDINARIO POR INFRACCIÓN PROCESAL*: a) *Organo competente*; b) *Motivos*; c) *Preparación o interposición*; d) *Admisión, oposición y sustanciación*. 4. *RECURSO DE CASACIÓN*: a) *Organo competente*; b) *Resoluciones recurribles*; c) *Preparación e interposición*; d) *Admisión, oposición y sustanciación*.—XI. *EJECUCION DE LA SENTENCIA FIRME*: 1. *TRIBUNAL COMPETENTE*. 2. *TÍTULO EJECUTIVO*. 3. *CADUCIDAD DE LA ACCIÓN EJECUTIVA Y PLAZO DE PRESCRIPCIÓN DE LA VÍA DE APREMIO*. 4. *REQUERIMIENTO DE PAGO*. 5. *ENTREGA DE BIENES INMUEBLES*. 6. *DILIGENCIA DE LANZAMIENTO*. 7. *LANZAMIENTO DE VIVIENDA HABITUAL*. 8. *LANZAMIENTO DE VIVIENDA OCUPADA POR TERCEROS*. 9. *SUBASTA DE BIENES INMUEBLES*. 10. *APROBACIÓN DEL REMATE Y POSESIÓN JUDICIAL. OCUPANTES DEL INMUEBLE*.—XII. *EJECUCION PROVISIONAL*: 1. *NORMA GENERAL*. 2. *DE LA EJECUCIÓN PROVISIONAL DE SENTENCIAS DE CONDENA EN PRIMERA INSTANCIA*. 3. *OPOSICIÓN A LA EJECUCIÓN*. 4. *DE LA REVOCACIÓN O CONFIRMACIÓN DE LA SENTEN-*

CIA PROVISIONALMENTE EJECUTADA. 5. DE LA EJECUCIÓN PROVISIONAL DE SENTENCIAS DICTADAS EN SEGUNDA INSTANCIA.—XIII. DERECHO INTERTEMPORAL. DISPOSICIONES TRANSITORIAS.

«Les obligacions garantides amb dret de retenció a la Llei catalana de Garanties Possessòries sobre cosa moble», por ADOLFO LUCAS ESTEVE, pág. 67.

SUMARI: 1. INTRODUCCIO: EL REGIM JURIDIC DEL DRET DE RETENCIO.—2. LES OBLIGACIONS QUE PERMETEN CONSTITUIR DRET DE RETENCIO.—3. DESPESES NECESSARIES.—4. DANYS.—5. RETRIBUCIO PER L'ACTIVITAT REALITZADA SOBRE LA COSA.—6. INTERESSOS.—7. DISPOSICIO LEGAL EXPRESSA.—8. OBLIGACIONS NASCUTES DESPRES DE LA CONSTITUCIO DEL DRET DE RETENCIO.

«La noción de promotor en la Llei 38/1999, d'Ordenació de l'Edificació. Qui és (i potser no hauria de ser) promotor en la LOE?», por MÓNICA VILASAU SOLANA, pág. 83.

SUMARI: 1. INTRODUCCIO AL MARC NORMATIU DE LA RESPONSABILITAT EN LA CONSTRUCCIO: 1.1. LA NOVA REALITAT JURIDICO-SOCIAL. 1.2. CANVIS EN LA PRÀCTICA JURÍDICA.—2. CRONICA DE L'ATRIBUCIO DE RESPONSABILITATS AL PROMOTOR: 2.1. EVOLUCIÓ. 2.2. CARACTERITZACIÓ DEL PROMOTOR. 2.3. FONAMENT DE L'ATRIBUCIÓ DE RESPONSABILITAT.—3. CARACTERITZACIO DEL PROMOTOR EN LA LOE: 3.1. CARACTERÍSTIQUES RELLEVANTS PER A LA LLEI. 3.2. REQUISITS QUE NO SÓN RELLEVANTS EN LA LOE PER A PODER PREDICAR EL CARÀCTER DE PROMOTOR D'UN DETERMINAT SUBJECTE: 3.2.1. *Existència o no d'ànim de lucre a l'hora de construir*. 3.2.2. *Estat en què es troba la construcció en el moment de produir-se'n la transmissió*. 3.2.3. *Activitat portada a terme pel promotor: promotor constructor i promotor mer comitent*.—4. CONCLUSIONS.

«Refundición y técnica legislativa. Apunte crítico sobre el texto refundido de Cataluña en materia urbanística», por JUAN PEMÁN GAVÍN, pág. 113.

SUMARIO: I. INTRODUCCION. LAS PECULIARIDADES DE LA REFUNDICION LLEVADA A CABO POR EL DECRETO LEGISLATIVO 1/1990, DE 12 DE JULIO.—II. SOBRE LOS ERRORES Y DEFICIENCIAS OBSERVABLES EN EL TEXTO REFUNDIDO CATALAN SOBRE URBANISMO: 1. PRELIMINAR. 2. ERRORES EN LA REDACCIÓN DE ALGUNOS PRECEPTOS. 3. DEFICIENCIAS EN LA ESTRUCTURACIÓN SISTEMÁTICA DE LA REFUNDICIÓN. 4. PROBLEMAS DE ORDEN SUSTANTIVO QUE PLANTEA LA REFUNDICIÓN. EN PARTICULAR, EL TRATAMIENTO DE LAS CUESTIONES VINCULADAS A LA AUTONOMÍA LOCAL: A) *Falta de adaptación actualizadora de algunos preceptos de la LS de 1976*. B) *Posible contradicción con las normas objeto de refundición*. C) *Falta de clarificación de algunas cuestiones: sobre las competencias urbanísticas de las Diputaciones Provinciales*. 5. ERRORES Y DEFICIENCIAS REFERIDOS ESPECÍFICAMENTE A LA VERSIÓN CASTELLANA DEL TEXTO REFUNDIDO.—III. REFLEXION FINAL.

REVISTA DE DERECHO PUERTORRIQUEÑO

Número 1 (Enero-Abril 2000)

- «Cinco principios de Derecho Electoral producto de la experiencia», por HÉCTOR LUIS ACEVEDO, pág. 1.
- «Consideraciones legales y éticas al representar a inmigrantes en casos criminales», por GUSTAVO A. GELPÍ, pág. 29.
- «La Ley de Firmas Digitales de Puerto Rico y el desarrollo del notario cibernético», por ANTONIO J. COLÓN GARCÍA, pág. 39.
- «Educación Clínica Legal y la Clínica de Asistencia Legal de la Pontificia Universidad Católica de Puerto Rico: una breve reseña», por CHARLES M. BRIERE BELLO, pág. 65.
- «Violencia doméstica en el noviazgo: una situación alarmante», por ILIANA DELGADO MARTÍNEZ, pág. 93.
- «El uso del safety valve para imponer sentencias obtenidas mediante alegaciones pre-acordadas en Puerto Rico», por PEDRO J. SANTANA GONZÁLEZ, pág. 115.
- «Secuestro del jurado: manual sobre el procedimiento», por LIVIA E. SUÁREZ MIRANDA, pág. 145.
- «Implicaciones jurídicas de la inseminación artificial *post mortem*», por LESY ANNETTE IRIZARRY PAGÁN, pág. 165.

ANUARIO DE DERECHO DE LA UNIVERSIDAD DE PANAMA

Número 28 (1999)

- «Importancia de la tutela jurídica de los manglares», por VANESSA CAMPOS ALVARADO, pág. 3.
- «La calificación registral de comunicaciones judiciales: consideraciones en torno al artículo 19 del Decreto Ejecutivo N. 106, de 30 de agosto de 1999», por JUAN O. VAN EPS, pág. 29.
- «La Constitución: su concepto, creación y reforma», por RIGOBERTO GONZÁLEZ M., pág. 91.
- «Los regímenes económicos-matrimoniales en Panamá», por BELQUIS SÁEZ NIETO, pág. 119.
- «Cuestiones sobre la protección penal y límites a la libertad de expresión y derecho de información», por VIRGINIA ARANGO DURLING, pág. 139.
- «Problemas sobre fundamentación de los Derechos Humanos», por JAMES BERNARD V., pág. 157.
- «International Human Rights norms and domestic change: a summary of findings», por STEVE C. ROPP, pág. 197.
- «La noción de orden público en el Derecho Internacional Privado», por GILBERTO BOUTIN, pág. 223.
- «El arbitraje laboral en Panamá», por CECILIO CEDALISE, pág. 243.
- «Administración de remuneraciones», por RAÚL ROSALES R., pág. 265.
- «Las fuentes del Derecho Panameño de Trabajo», por OSCAR VARGAS VELARDE, pág. 323.

- «Reserva y confidencialidad de las operaciones bancarias en la República de Panamá: el llamado secreto bancario», por GUILLERMO CÓCHEZ A. y VÍCTOR M. MARTÍNEZ, pág. 375.
- «Nulidad y reposición de títulos de créditos al portador», por RAMIRO A. ESQUIVEL M., pág. 395.
- «Intervención y disolución de una compañía aseguradora por liquidación forzosa», por OMAR C. RODRÍGUEZ, pág. 443.
- «La legislación minera en Panamá», por VIRGILIO LUQUE, pág. 477.
- «El delito de revelación de secretos en el nuevo Código español y en la Ley Penal panameña», por AURA E. GUERRA DE VILLALAZ, pág. 503.
- «El registro de marcas en la Ley 35 de 1996, sobre propiedad industrial», por ABDIEL A. ABREGO, pág. 515.
- «El procedimiento civil romano: su vigencia en el Derecho panameño», por GRACIANO E. PEREIRA S., pág. 535.
- «Il lavori delle liberte in Roma: profili giuridici», por ANITA. VITTORIA NETTIS, pág. 551.

FOLIO REAL (Revista Peruana de Derecho Registral y Notarial)

Número 1 (Abril 2000)

- «La publicidad jurídica registral en el Perú: Eficacia material y principios registrales», por ALVARO DELGADO SCHEELJE, pág. 11.
- «Errores materiales y de concepto en los asientos registrales», por JORGE LUIS GONZALES LOLI, pág. 37.
- «Los efectos sustantivos de las inscripciones y el tráfico jurídico inmobiliario», por LUIS A. ALIAGA HUARIPATA, pág. 67.
- «Fundamentos que aconsejan la no transferencia del área registral del Registro Público de Minería a la SUNARP», por MIGUEL YÉPEZ SÁNCHEZ, pág. 93.
- «Enfoque notarial de la adecuación a la nueva Ley General de Sociedades», por SERGIO A. BERROSPI POLO, pág. 105.
- «Actas de notoriedad en el Derecho Notarial peruano», por MARCO A. CORCUERA GARCÍA, pág. 133.
- «Ética notarial», por CARLOS GÓMEZ DE LA TORRE RIVERA, pág. 163.

Número 2 (Agosto 2000)

- «El sistema chileno de publicidad registral en síntesis», por MARÍA SARA RODRÍGUEZ PINTO, pág. 11.
- «Hacia la reforma del Libro IX de los Registros Públicos del Código Civil peruano de 1984», por ALVARO DELGADO SCHEELJE, pág. 31.
- «Algunas consideraciones respecto al Procedimiento de Declaración Notarial de Prescripción Adquisitiva de Propiedad previsto en la Ley N. 27157, de Regularización de Edificaciones, y la Ley N. 27333, Complementaria de Asuntos No Contenciosos de Competencia Notarial para la Regularización de Edificaciones», por JORGE LUIS GONZALES LOLI, pág. 75.

- «El Derecho de propiedad, el Sistema Registral Peruano y la reforma del Código Civil», por JORGE AVENDAÑO VALDEZ, pág. 97.
- «Excesos en la función calificadora de los Registros Públicos en el Perú», por ESPERANZA AMARILIS VÁSQUEZ RAMÍREZ, pág. 113.
- «Especial: Estudios Históricos. Una aportación a la historia de la ciencia del Derecho Registral: La "Revista Crítica de Derecho Inmobiliario (1953-1958)"», por JESÚS LÓPEZ MEDEL, pág. 145.
- «Configuración histórica del notariado latino», por CARLOS ENRIQUE BECERRA PALOMINO, pág. 195.

Número 3 (Noviembre 2000)

- «Registros Públicos, clasificación de los bienes y transferencia de la propiedad (del Código Civil de 1852 a la reforma del Código Civil del Perú de 1984)», por CARLOS CÁRDENAS QUIRÓS, pág. 11.
- «El Registro de la Propiedad Inmueble, la economía de mercado y el mejoramiento técnico de los registros: ¿Qué está faltando?», por ELENA VIVAR MORALES, pág. 59.
- «Una aproximación en torno a los Registros de Buques», por JOSÉ ANTONIO PEJOVÉS MACEDO, pág. 87.
- «La competencia notarial en asuntos no contenciosos. Análisis crítico de la legislación peruana», por CARLOS ENRIQUE BECERRA PALOMINO, pág. 109.
- «La teoría de la conformidad razonable y la responsabilidad notarial en la autenticación de documentos», por ANÍBAL SIERRALTA RÍOS, pág. 141.
- «El secreto profesional del Notario», por HERMAN MORA, pág. 153.
- «Innovaciones destacables en la nueva Ley de Títulos Valores», por RICARDO BEAUMONT CALLIRGOS, pág. 187.

NOTICIAS DE LA UNION EUROPEA

Número 186 (Julio 2000)

- «El sistema institucional: el nuevo y el pendiente», por JAVIER ROLDÁN BARBERO, pág. 9.
- «Las nuevas competencias del Tribunal de Justicia de las CC.EE., tras el tratado de Amsterdam», por ALEJANDRO DEL VALLE GÁLVEZ, pág. 23.
- «El papel de las "Regiones" en la Unión Europea y respecto de su ordenamiento jurídico», por CESÁREO GUTIÉRREZ ESPADA, pág. 37.
- «Las políticas relativas al acceso y a la libre circulación de personas en el territorio de la Unión Europea», por FERNANDO M. MARIÑO MENÉNDEZ, pág. 53.
- «La cooperación policial y judicial en materia penal en el seno de la Unión Europea», por CÁSTOR MIGUEL DÍAZ BARRADO, pág. 67.
- «Algunas cuestiones sobre la libre prestación de servicios en el Mercado Unico Europeo», por ALFONSO-LUIS CALVO CARAVACA y JAVIER CARRASCOSA GONZÁLEZ, pág. 87.
- «La política exterior y de seguridad común de la Unión Europea», por ALBERTO A. HERRERO DE LA FUENTE, pág. 103.

- «El lugar de la política social comunitaria», por ANTONIO V. SEMPERE NAVARRO y ANA ISABEL PÉREZ CAMPOS, pág. 127.
- «La actualización de la política de Medio Ambiente por el Tratado de Amsterdam», por MIREYA CASTILLO DAUDÍ y JOSÉ JUSTE RUIZ, pág. 141.
- «Hacia una “nueva” política agrícola común?», por ROMUALDO BERMEJO GARCÍA, pág. 155.
- «El Tratado de Amsterdam. Entre el mercado de los quince y la Europa del siglo XXI», por ELENA F. PÉREZ CARRILLO, pág. 171.
- «El Comité de las Regiones en el Tratado de Amsterdam», por ANTONIO CALONGE VELÁZQUEZ, pág. 181.

Número 187-188 (Agosto-Septiembre 2000)

- «Transposición de la Directiva 94/47: La Ley española 42/98, sobre derechos de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles de uso turístico. Algunos aspectos de Derecho Internacional Privado», por KAFIA FACH GÓMEZ, pág. 9.
- «La hipoteca en moneda extranjera y el principio comunitario de libre circulación de capitales: La sentencia TJCE, de 16 de marzo de 1999», por JUAN CARLOS RAMÓN CHORNET, pág. 17.
- «Los sectores agrarios andaluces en la agro-agenda 2000», por JOSÉ MARÍA CEREZO LÓPEZ, pág. 39.
- «El futuro de las competencias de la Comunidad Europea», por MARÍA DE LASALA LOBERA, HANS-GEORG KAMANN y WERNER SCHROEDER, pág. 49.
- «La protección de datos relativos a la salud en la Legislación española y en la Normativa Comunitaria», por MERCEDES SERRANO PÉREZ, pág. 59.
- «La política energética de la Unión Europea», por LUIS ALBERTO RASINES, pág. 69.
- «Nuevas perspectivas de armonización fiscal (Comentarios a la nota sobre “Panorama sobre el proceso de armonización fiscal” elaborada por el Grupo de intercambio sobre asuntos europeos)», por MIGUEL ANGEL HERRERA MOLINA, pág. 85.
- «La nueva regulación de las inversiones extranjeras en España», por FRANCISCO LUCAS FERNÁNDEZ, pág. 95.
- «Política fiscal y la Unión Monetaria Europea: ¿Un falso peldaño en la ascensión a una Europa Federal?», por F. JAVIER SALINAS SÁNCHEZ, pág. 117.

Número 189 (Octubre 2000)

- «Parlamento Europeo y Derechos Humanos en las relaciones exteriores de la Unión Europea», por ANGEL G. CHUECA SANCHO, pág. 9.
- «El principio del equilibrio institucional en el proceso de evolución del Parlamento Europeo», por JOSÉ A. GIRÓN LARRUCEA, pág. 17.
- «El acceso de los consumidores a la justicia comunitaria», por ANTONIO MARÍN LÓPEZ, pág. 25.
- «La Unión Europea y ¿la libre circulación de futbolistas profesionales?», por ANDRÉS MESA CASANOVA, pág. 37.

- «El problema permanente de la regulación del comercio comunitario del plátano. I: Primeras consideraciones», por MIGUEL ANGEL DÍAZ MIER, JULIO GARCÍA LÓPEZ y ANTONIO M. AVILA ALVAREZ, pág. 57.
- «La propuesta de Directiva relativa a la imposición sobre productos energéticos: Las dificultades para su aprobación», por ISABEL BARREIRO FERNÁNDEZ, pág. 79.
- «El Impuesto sobre Sociedades, el Impuesto sobre la Renta de no Residentes y la Normativa Comunitaria», por JOSÉ ANTONIO LARRAZ ESCOBAR, pág. 85.
- «Armonización comunitaria de la imposición especial sobre hidrocarburos y fiscalidad medioambiental», por ENRIQUE ORTIZ CALLE, pág. 91.

Número 190 (Noviembre 2000)

- «El Derecho Ambiental en la Unión Europea. El siglo XXI. Retos y prospectiva», por RAMÓN MARTÍN MATEO, pág. 9.
- «La financiación comunitaria de la política ambiental ante el próximo siglo», por JESÚS DIEZ VÁZQUEZ, pág. 31.
- «La política medioambiental de la Unión Europea en el Tratado de Amsterdam y en la revisión del Quinto Programa de Medio Ambiente: La futura política ambiental comunitaria», por DIONISIO FERNÁNDEZ DE GATTA SÁNCHEZ, pág. 47.
- «Perspectivas de futuro de los impuestos ambientales en la Unión Europea», por MARÍA ANGELES GUERVÓS MAÍLLO, pág. 83.
- «La ordenación del territorio en la Unión Europea», por ANGEL M.^a MARINERO PERAL, pág. 99.
- «Medio ambiente y sostenibilidad en la política turística de la Unión Europea. Situación y perspectivas», por FRANCISCO JAVIER MELGOSA ARCOS, pág. 115.
- «Las evaluaciones de impacto ambiental y las evaluaciones estratégicas en la nueva normativa comunitaria», por JUAN ROSA MORENO, pág. 133.
- «La contaminación acústica: nuevas perspectivas desde el Derecho Comunitario», por ENRIQUE SÁNCHEZ GOYANES, pág. 149.
- «Aplicación y perspectivas de futuro de la Directiva sobre prevención y control integrados de la contaminación», por GERMÁN VALENCIA MARTÍN, pág. 165.
- «Protección del medio ambiente en el constitucionalismo europeo», por FRANCISCO VELASCO CABALLERO, pág. 183.

Número 191 (Diciembre 2000)

- «Convenios de doble imposición, establecimientos permanentes y derecho comunitario (Consideraciones en torno a los casos Royal Bank of Scotland y Saint Gobain», por FRANCISCO ALFREDO GARCÍA PRATS, pág. 9.
- «Los incentivos fiscales a la inversión en Canarias», por JAVIER GARCÍA RUBIO y otros, pág. 55.
- «Prohibición de discriminación fiscal, exacciones de efecto equivalente y tributos internos discriminatorios. Análisis de la reciente jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en la materia», por ANA ISABEL GONZÁLEZ GONZÁLEZ, pág. 65.

- «La construcción dogmática de un Derecho social europeo. En especial, con referencia a los perfiles conceptuales de la libre circulación de personas», por JUAN PABLO LANDA ZAPIRAIN, pág. 79.
- «La búsqueda del equilibrio entre las libertades fundamentales de la Unión Europea y el derecho a la protección social», por J. JESÚS DE VAL ARNAL, pág. 87.
- «La nueva mundialización de las telecomunicaciones gestada alrededor de la OMC y su incidencia sobre la sociedad global de la información y los países en desarrollo. Una perspectiva desde la Unión Europea», por PABLO MARTÍN URBANO, pág. 99.