

REVISTA CRITICA  
DE  
DERECHO INMOBILIARIO

FUNDADA EN 1925

por

**D. Jerónimo González Martínez**



## 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 M.<sup>a</sup> 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.—Teléf. 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

# S U M A R I O

*Págs.*

---

## ESTUDIOS

«Consolidación de la españolidad indígena (comentario a la STS de 28 de octubre de 1998)», por JOSÉ JAVIER PÉREZ MILLA .....	2207
«Breves notas al Real Decreto 1867/1998, de 4 de septiembre, por el que se modifican determinados artículos del Reglamento Hipotecario, con especial consideración a las inmatriculaciones y a los excesos de cabida», por FRANCISCO JAVIER GARCÍA MÁZ .....	2231
«Nuevas tendencias de la protección del menor», por MARÍA DEL CARMEN CORRAL GUÓN .....	2255
«Los complejos inmobiliarios en la reforma de la Ley de Propiedad Horizontal de 1999», por ALBERTO DORREGO DE CARLOS .....	2303
«Instituciones del Derecho Civil cubano», por GISELA MARÍA PÉREZ FUENTES .....	2335
«La sucesión intestada en el Derecho inglés», por ANTONIO J. JIMÉNEZ CLAR .....	2377

## DICTAMENES Y NOTAS

«La doble inmatriculación y los efectos de la informatización», por JESÚS LÓPEZ MEDEL .....	2413
«Las causas de separación en el Ordenamiento Jurídico-Civil español», por AURELIA MARÍA ROMERO COLOMA .....	2423

## ACTUALIDAD JURIDICA

Información legislativa y de actividades, por LA REDACCIÓN .....	2443
--	------

## JURISPRUDENCIA

I. Sentencias del Tribunal Constitucional, por FRANCISCO CORRAL DUEÑAS .....	2455
II. Resoluciones de la Dirección General:	
A) Resoluciones publicadas en el <i>BOE</i> , por FRANCISCO CORRAL DUEÑAS .....	2467

	<i>Págs.</i>
B) Resoluciones comentadas, por <b>JESÚS GONZÁLEZ GARCÍA</b> y <b>FRANCISCO CORRAL DUEÑAS</b> .....	2476
 <b>III. Sentencias del Tribunal Supremo:</b>	
1. Derecho Civil:	
a) Derechos reales, por <b>ELENA MÚGICA ALCORTA</b> .....	2493
b) Obligaciones y contratos, por <b>JOSÉ QUESADA SEGURA</b> , <b>ISABEL LA IGLESIA MONJE</b> e <b>ISABEL MORATILLA GALÁN</b> .....	2514
2. Derecho Mercantil, por <b>RAMÓN SÁNCHEZ DE FRUTOS</b> .....	2550

### **INFORMACION BIBLIOGRAFICA**

«Las tensiones entre usucapión y prescripción extintiva», de <b>MARIANO YZQUIERDO TOLSADA</b> , por <b>FRANCISCO JAVIER JIMÉNEZ MUÑOZ</b> .....	2573
«El aprovechamiento por turno de bienes inmuebles en Europa», de <b>ANTONIO PAU PEDRÓN</b> y otros, por <b>MARÍA DEL CARMEN CORRAL GIJÓN</b> .	2577
«Seguridad jurídica y codificación», de <b>FEDERICO TRILLO-FIGUEROA</b> y <b>MARTÍNEZ-CONDE</b> y otros, por <b>JOSÉ MARÍA CORRAL GIJÓN</b> .....	2579
«Derecho de Ibiza: pasado y futuro», de <b>JOSÉ CERDÁ GIMENO</b> , por <b>FRANCISCO CORRAL DUEÑAS</b> .....	2582
«Derecho de Sucesiones, común y foral», de <b>JUAN JOSÉ RIVAS MARTÍNEZ</b> , por <b>ANTONIO DE LA ESPERANZA MARTÍNEZ-RADÍO</b> .....	2585
«Don León Galindo, entre leyes y palabras», de <b>ANTONIO PAU PEDRÓN</b> , por <b>FRANCISCO CORRAL DUEÑAS</b> .....	2587
«La inscripción registral de actos urbanísticos», de <b>RAFAEL ARNAIZ EGUREN</b> , por <b>FRANCISCO CORRAL DUEÑAS</b> .....	2589
«La demanda de inscripción en el Registro de la Propiedad», de <b>ANTONIO MANZANO SOLANO</b> , por <b>FRANCISCO CORRAL DUEÑAS</b> .....	2592
 <b>REVISTA DE REVISTAS</b> , por <b>LA REDACCIÓN</b> .....	 2597

# ESTUDIOS



# Consolidación de la españolidad indígena (comentario a la STS de 28 de octubre de 1998)

*SUMARIO:* I. HECHOS Y DOCTRINA DE LA SENTENCIA.—II. COMENTARIO:  
1. INTRODUCCIÓN. 2. EL PRECEDENTE MARCADO POR LA DOCTRINA REGISTRAL. 3. APLI-  
CACIÓN DE LA CONSOLIDACIÓN DE LA NACIONALIDAD. 4. CONCLUSIÓN.

## I. HECHOS Y DOCTRINA DE LA SENTENCIA

El Tribunal Supremo conoce del recurso de casación interpuesto en representación de D. Badadi Mohamed M. H., quien, estimando la competencia de la jurisdicción civil ordinaria para conocer de la pretensión que se ejercita, solicita sea declarada la infracción de ley por inaplicación de, entre otros, los artículos 17 a 26 del Código Civil. Los hechos relevantes y la doctrina que asienta la sentencia aparecen reflejados en los Fundamentos de Derecho Tercero a Undécimo que a continuación se reproducen.

Tercero: El origen de la cuestión debatida se halla en las confusiones creadas por la legislación interna, promulgada para la antigua colonia del llamado Sahara español, en el período histórico precedente a la «descolonización» llevada en su día a cabo, en trance lleno de dificultades, que culminaron con el abandono del territorio (que fue ocupado militarmente por otro Estado), al margen, desde luego, de la calificación objetiva que mereciera el territorio del Sahara en relación con el territorio metropolitano, según el Derecho internacional. Tal período histórico ha sido denominado, doctrinalmente, etapa de la «provincialización», a consecuencia de la manifestada y reiterada voluntad legislativa de equiparar aquel territorio, no obstante sus peculiaridades, con una «provincia» española, y, por ello, a considerarla como una extensión del territorio metropolitano,

o sea, territorio español, sin acepciones, con todas las vinculaciones políticas determinantes de la referida concepción que, sin duda, se proyectaron, como corolario obligado, en la población saharauí y en su condición de nacionales españoles. Ilustres administrativistas enseñaron que la «provincialización» elevaba dichos territorios al rango de territorio nacional. Entre otras normas debe destacarse la Ley de 19 de abril de 1961, que estableció «las bases sobre las que debe asentarse el ordenamiento jurídico de la provincia del Sahara en sus regímenes municipal y provincial», con otros aspectos, algunos tan importantes como el recogido en el artículo 4 que, textualmente, dispone que «la provincia del Sahara gozará de los derechos de representación en Cortes y demás organismos públicos correspondientes a las provincias españolas», regla que fue llevada a la práctica con la participación efectiva de representantes saharauís en las Cortes y en el Consejo Nacional. Sin duda que con esta norma se pretendía hacer manifiesta la equiparación de los «stati» entre «españoles peninsulares y españoles nativos», a los que se refiere la Orden de 29 de noviembre de 1966, que dicta instrucciones para ejercer el derecho al voto en el referéndum convocado por el Decreto 2930/1966. («Art. 1: Los españoles, tanto nativos como peninsulares, residentes en las provincias del Sahara..., que tengan derecho a votar con motivo del referéndum convocado por el Decreto 2930/1966, de 23 de noviembre...»). Si se toma en consideración las características autoritarias del régimen político imperante en España, con anterioridad al sistema constitucional vigente, cabe concluir que, desde la vertiente de la participación política, clave para configurar el *status civitatis*, la asimilación era completa, tanto más cuanto que las profundas diferencias de orden social y jurídico privado, derivadas de ancestrales costumbres, de raíces, en muchos casos religiosas, se consideraban a la sazón «simples modalidades forales» del régimen provincial, según interpretaba el propio legislador (E. de M. de la Ley citada) que comparaba la diversidad de instituciones y de regímenes administrativos económicos con la «actualmente existente en España», variedades económicas forales y la especial configuración de los Cabildos insulares. Como manifestación de esta posición, España negó inicialmente al Secretario General de la ONU información sobre «los territorios no autónomos» (1958 y 1959). La expresada Ley de 1961, además, al establecer en lo no específicamente regulado, la aplicación subsidiaria de la legislación sustantiva y procesal española, insistía en la naturaleza homogénea del territorio («legislación sustantiva y procesal, de aplicación general en el resto del territorio nacional», art. 2). No debe, pues, extrañar

que el TS (Sala 1.<sup>a</sup>, Sentencia de 22 de febrero de 1977) declarara que, en la fecha del nacimiento que se enjuiciaba, El Aaiún «era una provincia española y la palabra España comprendía todo el territorio nacional».

Cuarto: No obstante, el acatamiento de las exigencias que imponían las realidades políticas y jurídicas dimanantes del orden jurídico público internacional y, especialmente, la doctrina sobre «descolonización» de la ONU, condujeron al reconocimiento por el Gobierno español del «hecho colonial» y, por tanto, a la diferenciación de «territorios», puesto, finalmente, de relieve, con rotunda claridad, por la Ley de 19 de noviembre de 1975, de «descolonización» del Sahara, cuyo preámbulo expresa «que el Estado español ha venido ejerciendo, como potencia administradora, plenitud de competencias sobre el territorio no autónomo del Sahara, que durante algunos años ha estado sometido en ciertos aspectos de su administración a un régimen peculiar con analogías al provincial y que nunca —recalcaba— ha formado parte del territorio nacional».

Quinto: En cualquier caso de lo que no cabe duda, con referencia a la «nacionalidad» de los saharahuis, durante el plazo de la tutela de nuestro Estado sobre el territorio del Sahara occidental, es que ésta fue la española (de «españoles indígenas», habla alguna disposición), pues resulta evidente, conforme a las reglas generales del Derecho de la nacionalidad, que «los naturales del territorio colonial carecen de una nacionalidad distinta de los del Estado colonizador, dado que no poseen una organización estatal propia». Cuestión distinta es, atendiendo a los grados de asimilación material y formal, entre los diversos estatutos jurídicos de la población, que, en la práctica y en la ordenación de estos problemas en los Estados colonizadores, se hayan impuesto restricciones al *status civitatis* de la población colonizada, lo que ha permitido la diferencia doctrinal, basada en datos jurídicos, entre nacionales-ciudadanos y nacionales-súbditos, según atestiguan con denominaciones diversas, conocidos ejemplos del Derecho comparado (v.g., Holanda, Italia, Bélgica y Francia). En España, pese a la inexistencia de normas que frontalmente establecieran discriminaciones en cuanto a los derechos y deberes de los ciudadanos, pese a la ambigüedad normativa y pese a las opiniones de sectores doctrinales, sobre la calificación de los territorios pertenecientes a colonias y su identificación con el territorio nacional, las realidades de la heterogeneidad territorial y de los estatutos personales emergían sobre la retórica legislativa y gubernativa acerca de la plenitud de la asimilación. Concretamente, algunos dictámenes del Consejo de Estado emitidos ya en casos similares

(Dictamen núm. 36.017/1968 para el caso de Guinea, y Dictamen 36.227/1968 para el caso de Ifni) y la obra de cualificados estudiosos, a partir del examen pormenorizado de las disposiciones dictadas en relación con aquellos territorios, llegaron a conclusiones fundadas acerca de las diferencias entre territorio nacional y territorios coloniales (entre éstos, por consecuencia, el Sahara occidental), así como sobre la diferente condición jurídica de nacionales y naturales de las colonias. En especial, España, que había actuado, con otro criterio, según se vio, aceptó, finalmente, informar a la ONU, sobre los territorios no autónomos y, con ello, dio paso por actos propios al reconocimiento del hecho colonial (consecuencias de la entrevista hispano-lusa de marzo de 1961).

Sexto: Desde esta dicotomía entre voluntarismo y realismo jurídico que recogen los fundamentos anteriores y, tomando en consideración las legítimas creencias y actividades propias del ejercicio de una nacionalidad, fundadas en Derecho, de quien, como el actor, aunque indígena del Sahara, se consideraba plenamente español, debe enfocarse el estudio del caso concreto que se somete a la decisión de la Sala. Precisamente, ha de examinarse no ya la validez o vigencia del Decreto de 10 de agosto de 1976 (si su rango fue el adecuado, si no infringía el principio de jerarquía normativa, si resulta nulo, si advino derogado por la CE, si sus defectos de publicación impedían su aplicación..., etc.), sino si, aun admitiendo su validez y temporaria vigencia, fue o no la norma que debió aplicarse a D. Badadi Mohamed M. H., o si por el contrario, con su aplicación al caso se incurrió en discriminación inaceptable, conforme al artículo 14 CE. En efecto, el citado Decreto que reconoce un falso o mal llamado «derecho a optar por la nacionalidad española a los naturales del Sahara», señalando, para el ejercicio de tal derecho «el plazo de un año» conforme a determinados requisitos, especialmente una «comparecencia» ante el juez encargado del Registro Civil o cónsul español, según los casos y lugares, distingue dos grupos perfectamente deslindados de naturales saharauis que en función de su residencia y en razón, según estuvieran o no en la posesión de determinados documentos, se encontrarían en condiciones jurídicas de ejercitar la opción (ante la imposibilidad de hablar técnicamente de «opción», por la carencia de otra nacionalidad sustitutoria de la que por su naturaleza y circunstancias de colonización les correspondía, la doctrina habla de «carta de naturaleza colectiva»): A) Saharauis, residentes en territorio nacional (debe entenderse territorio metropolitano una vez que se había producido la descolonización) a los que simplemente se les pide que estén provistos de «documentación

general española». Aunque la expresión es muy ambigua, interpretamos que documentación general es cualquier documento, siempre que conecte o vincule con España, v.g., tarjeta o cartilla laboral expedida por la potencia administradora. B) Saharahuis, residentes fuera del territorio español que se hallen en posesión de documentos concretos, ya sea el «documento nacional de identidad bilingüe expedido por las autoridades españolas», ya sean titulares del «pasaporte español» o, alternativamente, «estén incluidos en el Registro de las representaciones españolas en el extranjero». En ninguno de estos grupos se incardina D. Badadi Mohamed M. H., según se estudia en el fundamento siguiente.

Séptimo: Hay datos de entidad que permiten situar a D. Badadi Mohamed M. H. en un *tertium genus*, no equiparable a los reseñados grupos. Ni se hallaba, por entonces, residiendo en España, ni en el extranjero, sino en el Sahara, territorio que, pese a haber sido ya descolonizado, no pensamos que encajara en el segundo supuesto a que se refiere el artículo 1 del Decreto en cuestión, dado que se vincula el concepto a «representaciones españolas en el extranjero» inexistentes, a la sazón, en el territorio, como ha acreditado la prueba testifical, ocupado por Marruecos según es notorio. Mas, aun dando por escasa la argumentación en este punto (y sin entrar en el examen, ni por ello, en la valoración jurídica de las circunstancias de fuerza mayor que impidieron a algunos actuar dentro del plazo otorgado para recabar la nacionalidad española), de lo que no cabe duda es que, en ningún caso, eran semejantes las situaciones de aquellos a los que un simple documento o un documento concreto, cualificado, les permitía la consolidación o plenificación de la nacionalidad española, con la de quien, como el actor, no sólo disponía de «documentación general» y de los dos «documentos», uno sólo de los cuales se exigía al residente en el extranjero para obtener la consolidación de la nacionalidad, sino de otros que inequívocamente acreditaban en su favor el ejercicio de actividades propias del nacional español. En pocas palabras, si, en la lógica del Decreto, el *nomen* de «español indígena» no se traducía, por sí mismo, en la plenitud de la nacionalidad española, no obstante, ser un título vocado a dicha plenitud si se acreditaban algunos extremos, que suponían el disfrute de beneficios concretos y efectivos de la nacionalidad, con mayor razón, la justificación de un conjunto de beneficios propios del nacional pleno, que concurren en D. Badadi Mohamed M. H., configuran una situación distinta, no asimilable a la de los grupos enunciados que marcan un trato diferenciado. Los expuestos criterios formales no son artificiosos, pues ha de considerarse que

una de las principales razones esgrimidas para justificar la nacionalidad «menos plena», reconocida a la población colonizada, es la falta de identificación con la cultura nacional y una actitud autodeterminativa, cuando no hostil, en relación con el Estado colonizador, de donde la importancia de los «indicios» de asimilación, que, obviamente, no son reconducibles a baremos, pero que se hacen visibles por determinados signos.

Octavo: El Código Civil establece en el artículo 18 el concepto de consolidación de la nacionalidad, por la posesión y utilización continuada de ésta, de acuerdo con el cumplimiento de determinados requisitos (Ley 18/1990, de 17 de diciembre). Responde tal precepto a consideraciones que enlazan con la «posesión de estado» que pertenece a la parte general del Derecho civil, especialmente en relación con el derecho de las personas. Exige tal precepto un «título inscrito en el Registro Civil», no obstante su posterior anulación. Tal título, en el caso que nos ocupa, es la condición de «español indígena», nacido en territorio, a la sazón, considerado español, conforme resulta del artículo 17.1.d) del Código Civil, de acuerdo con una interpretación que está en la raíz del precepto, favorecedor del *ius soli*, para concluir con los sistemas de apatridia. Si el territorio de maras, calificado como español, fue luego considerado no español, según las disposiciones que se dejaron mencionadas, ello no significa que al amparo de la calificación, bajo la que se desarrollaron o tuvieron ocurrencia los hechos determinantes del título, no se produjera una apariencia legitimadora, pese a la anulación posterior de la razón jurídica sustentadora. Como afirma la doctrina, «si se llega a demostrar que quien estaba beneficiándose de la nacionalidad española *iure sanguinis* o *iure soli*, no era, en realidad español» (en este caso supondría que no tenía la plena nacionalidad), al ser nulo el título de atribución respectiva, no parece justo que la eficacia retroactiva de la nulidad (recogida *expressis verbis* en la Ley descolonizadora) se lleve a sus últimas consecuencias en materia de nacionalidad.

Noveno: Se trata, por tanto, de determinar si en el caso concreto de D. Badadi Mohamed M. H., concurren o no los elementos fácticos que configuran la por él también alegada «nacionalidad española de hecho», de la que disfrutó, situación jurídica que, como equivalente a la nacionalidad de derecho, reconoce el precepto citado, inspirado en el precedente del «Código belga de la nacionalidad» (28 de junio de 1984) u otros como el «Código francés de la nacionalidad» o «la Ley de nacionalidad portuguesa». Al efecto, para demostrar la posesión y utilización continuada de la nacionalidad

española deben tenerse en cuenta como medios de prueba aquellos «signos de la posesión de estado» que acreditan indirectamente los datos de hecho que constan en «documentos administrativos» propios de los españoles u otros que, también, de manera indiciaria corroboran aquella «utilización continuada de la nacionalidad española»: A) El actor disfrutaba de «pasaporte español» en el que consta expresamente su nacionalidad española, expedido el 21 de diciembre de 1973 y con fecha de caducidad de 20 de diciembre de 1978, pasaporte obtenido en El Aaiún (Sahara), que figura también como lugar de nacimiento y domicilio. Dicho pasaporte fue utilizado en diversas ocasiones para salir al extranjero. Sabido es que este documento a que tiene derecho todo ciudadano español (Reales Decretos 129/1977, 1023/1984, 126/1985 y 1064/1988) tiene la misma consideración que el DNI (art. 10 LO 1/1992). B) El actor está en posesión del Documento Nacional de Identidad (Sahara), bilingüe que acredita que nació en Aaiún (Demarcación de Aaiún), el día 19 de marzo de 1950 (nombre de la madre Fátima, domicilio en Aaiún). Cualquiera de estos documentos, A) o B), servirían como máxima acreditación exigible, a quien en posesión del mismo y natural del Sahara quisiera como ya se ha dicho «optar» por la nacionalidad española. Pero D. Badadi Mohamed M. H., no sólo se halla en posesión de ambos, sino que, además, justifica documentalmente: C) Que durante más de tres años actuó, prestando servicios, en el antiguo Gobierno General del Sahara español, como ordenanza intérprete en el Juzgado Territorial (desde el 1 de enero de 1967 a 1 de enero de 1970). D) Que cesó en su cometido como ordenanza en el Juzgado Territorial para pasar a prestar servicios como auxiliar administrativo en la Gerencia Provincial del Programa de Promoción Obrera de la Delegación Provincial (Sahara) del Ministerio de Trabajo, en cuyo puesto permaneció desde el 1 de marzo de 1970 al 30 de julio de 1975. E) El carnet escolar del actor corresponde al «Instituto Nacional de Enseñanza Media de Aaiún (Sahara)», y F) Finalmente, fue designado por el Delegado Nacional de la Juventud, dependiente de la «Secretaría General del Movimiento», Jefe Territorial de la Organización Juvenil del Sahara. Entre las «promesas» que hizo, en tal condición, figuran las de «sentir la responsabilidad de ser español dentro de la necesaria comunidad de los pueblos»; «honrar con la lealtad de "su" conducta la memoria de todos los que ofrecieron su vida por una España mejor» y la de «servir a su Patria» (España) y «procurar la unidad entre sus tierras y entre sus hombres». Los expuestos datos probados, valorados en su conjunto, determinan que se tenga como «hecho probado» la posesión

del estado de nacional español por el actor, así como su utilización continuada durante diez años como mínimo.

Décimo: Junto al *nomen*, en efecto, D. Badadi Mohamed M. H., acumuló el *tractatus* y la fama, pues la comunidad nacional y él mismo se comportaron en sus relaciones internas como si éste fuera español, con una actitud activa de utilización de la nacionalidad, teniéndose a sí mismo por español tanto en el disfrute de sus derechos como en el cumplimiento de sus deberes en relación con órganos del Estado español. El nacimiento que acreditaba su condición de «español indígena» se inscribió en el Registro Civil, dado que, aunque no se aporta la certificación positiva correspondiente, la existencia de la referida inscripción se produce con toda certeza, según la prueba practicada y según la legislación aplicable, ponderando todas las circunstancias concretas. La primera acción, en efecto, que emprendió el actor para conseguir el reconocimiento de su nacionalidad española, fue la de obtener el certificado de inscripción de su nacimiento, acaecido el día 19 de marzo de 1950, en la ciudad de El Aaiún, provincia del Sahara. Inicialmente se le expide (29 de junio de 1993), sin mayores especificaciones, una certificación negativa, en la que se hace constar por el Registro Central «que examinados los ficheros que obran en este Registro Civil no figura dato alguno de la inscripción que se menciona». Cuando decepcionado por la obvia «frialdad» de la respuesta administrativa que no facilita «norte» ni razón sobre el paradero de los libros en los que habría de constar su inscripción, solicita mediante los antecedentes documentales que aporta, la «recuperación de su nacionalidad» dado que, según «todas las circunstancias que en su persona concurren» es español «de hecho y de Derecho» se le comunica por la DGRN, que «el Sahara nunca fue territorio español a efecto de adquisición de la nacionalidad española», «ni sus habitantes fueron españoles en sentido estricto, sino que aquel territorio se entendía sometido a la soberanía española, y sus habitantes súbditos españoles, pero no nacionales». Ya, en período de prueba, el «registrador encargado» del Registro Civil Central, contestando a oficio del Juzgado, manifiesta «la imposibilidad de remitir» la expresada certificación, y explicita que, aunque en su Registro se encuentran «libros extendidos por el Registro Civil de Africa occidental», «otros libros extendidos por diferentes Autoridades Gubernativas cuyo contenido no se ajusta a la legislación registral española y vienen referidos a ciudadanos indígenas de los territorios del Africa occidental, en su día territorio español, se hallan depositados en la actualidad en la Subdirección General de Africa del Norte, dependiente de la Dirección

General de Africa y Medio Oriente, del Ministerio de Asuntos Exteriores». Realizadas, por tanto, todas las gestiones oportunas por el interesado, antes del proceso y por medio de la prueba, pendiente éste, correspondía al Estado, como demandado, haber favorecido el desarrollo de la prueba o practicar la oportuna contraprueba, de manera que no se hiciera acreedor, como se hace, a que tengamos que considerar el hecho de la inscripción como probado, en virtud, de las consecuencias que impone el desplazamiento de la «carga de la prueba» conforme al artículo 1.214 del Código Civil por su prevalente y mejor posición probatoria en el caso. Las normas sobre Registro Civil que se dictaron para el Africa occidental española (Decreto de 23 de enero de 1953 y OM de 6 de enero de 1956, LRC y RRC), prevenían la existencia de libros independientes, pero con «hechos inscribibles» iguales a los de la legislación general española y, aunque se prevenía la voluntariedad de la inscripción de algunos hechos, relativos a indígenas, la Orden de 6 de enero de 1956 «especificaba que a pesar de la voluntariedad de la inscripción señalada en el número 2, los Gobernadores podrán exigir a los indígenas las correspondientes certificaciones que acrediten la inscripción de algún acto relativo al Registro Civil en el Registro correspondiente». Según toda la documentación que obraba en poder del actor e incorporada al litigio no puede dudarse que en el tracto que dibuja su trayectoria de vinculación a actividades, propias de españoles, hubo de acreditarse, más de una vez, la inscripción del nacimiento, sin que el hecho de que por las circunstancias reseñadas no se haya podido acreditar la fecha en que se realizó la inscripción, aunque ésta fuera practicada fuera de plazo, como parece inferirse del momento en que se erige el Registro Civil (que permite el cómputo de un plazo muy superior al exigido por el Código Civil), pueda perjudicar al actor, a los efectos de impedir la consolidación de la posesión de hecho de su nacionalidad española por plazo continuado de diez años y conforme a la buena fe.

Undécimo: Conviene valorar a grandes rasgos el acto de la DGRN que da pie al presente litigio, y cuyo contenido básico queda recogido en el fundamento anterior. La citada resolución (9 de septiembre de 1993), tras hacer una descripción genérica en la que se identifican, con manifiesto error, el concepto «habitante» del territorio con el de población indígena o nativa (olvidando a los españoles peninsulares o descendientes de éstos), concluye, sin instrucción previa ni indicación alguna acerca de recursos, remedios, o acciones procedentes, con la declaración de que no tiene derecho a la nacionalidad española, pese a haber invocado, también, su nacionalidad

«de hecho». Tan apresurada y poco motivada resolución, invoca como fundamento una norma (ya estudiada en otro apartado) que nada tiene que ver, por los dos grupos a que se refiere (como no sea a la vista del nexo común de la condición de saharauí) con el «supuesto de hecho» real que se somete a su consideración. Incide, así, dicho acto en clara discriminación, no consentida por el artículo 14 CE, que lesiona el derecho a la igualdad en la aplicación de la Ley. No sólo se le discrimina equiparando a saharauís que se hallan en situación legal diferente, es decir, no sólo dando un trato igual a quienes son desiguales, sino, positivamente, dando un trato desigual a quien es igual, por comparación, a las personas que tienen derecho a la nacionalidad española, conforme al Código Civil, y especialmente, con quienes encajan con las previsiones del artículo 18 del expresado texto legal. La oposición alegó frente al actor que debió haber alegado y probado un «término» de comparación, tal como exige la jurisprudencia constitucional para justificar la discriminación de trato, y el actor ha aportado documentos que prueban que personas nacidas en El Aaiún, como él mismo, tienen la condición de nacionales españoles. Mas no es ésta la vía a seguir, pues de persistir en este razonamiento habría que llegar a la conclusión de que se hace «supuesto de la cuestión», dando por cierto que el actor era tan español de derecho como los peninsulares, lo que, dados todos los razonamientos expuestos resulta dudoso, a la luz de las normas nacionales e internacionales que deben ponderarse. Tampoco puede aceptarse la interpretación formalista que se hace por la parte opuesta de la jurisprudencia del TC sobre el principio de igualdad, pues de compartirse el criterio que sostiene, conforme al cual se ha de exigir un caso litigioso ya resuelto que permita establecer la comparación discriminatoria, incurriamos en la aporía de admitir que el primer caso habido en la aplicación de la ley nunca puede atentar al principio de igualdad y ser por ello discriminatorio en sus consecuencias, cuestión que, así con matices cuando de la interpretación judicial se trata (que no es el caso contemplado), no puede plantear dudas si esta aplicación de la ley se ha llevado a efecto por un órgano estatal no judicial. Conforme a la doctrina del TC (sentencia 149/1988, v.g.), la igualdad ante la ley, en el plano de la aplicación, obliga a que ésta sea aplicada efectivamente de modo igual a todos aquellos que se encuentran en la misma situación, sin que el aplicador pueda establecer diferencia alguna en razón de las personas o de circunstancias que no sean precisamente las presentes en las normas. En el caso, al omitirse la aplicación del artículo 18 del Código Civil, se ha incurrido en desigualdad discriminatoria,

puesto que el supuesto fáctico ampara la situación del actor. Con razón la doctrina civilística especializada en materia de nacionalidad, al estudiar los posibles casos de discriminación, establece que «la persona que teniendo derecho a la nacionalidad española no es considerada como española sufre, en relación con los demás españoles, una injustificada discriminación no en uno, sino en un bloque de derechos en que se concretan las diferencias típicas del Derecho de extranjería. Puede, por tanto, recabar el amparo constitucional porque el derecho a la igualdad, reconocido en el artículo 14 CE, está específicamente incluido entre los que gozan de esa especial protección (cfr. arts. 53 y 161.1.b CE y 41 LOTC), y desde que se niega el derecho a la igualdad, hay recurso para restablecer o promover este derecho». En el caso que nos ocupa, tal derecho a la igualdad se reconoce otorgando el amparo solicitado en los términos que, finalmente, se expresan en el «fallo».

## II. COMENTARIO

### 1. INTRODUCCIÓN

La argumentación jurídica sobre la vinculación nacional de los habitantes de los territorios del «Africa española» estaba polarizada desde dos valoraciones. Por una parte, analizar la situación de nacionalidad producida (calificación del territorio y equiparación jurídico-política de los ciudadanos) negando la existencia de diferencias importantes; esta consideración permitía revisar los hechos del período colonial y su posible incidencia en materia de nacionalidad (1). Por otra, considerar el territorio y la población de las plazas africanas respectivamente como «posesión española» y «súbditos no nacionales» que se habían «beneficiado de la nacionalidad española» (2) «por más

---

(1) Vid. JOSÉ LUIS ARGUDO PÉREZ y JOSÉ JAVIER PÉREZ MILLA, «Vinculación nacional y nacionalidad de los habitantes de los territorios descolonizados del Africa española», en *Acciones Investigaciones Sociales, Revista Interuniversitaria de Ciencias y Prácticas Sociales*, junio de 1992, núm. 1, págs. 151 y sigs.

(2) Ésta es la posición avalada por el Consejo de Estado en sus Dictámenes de 20 de junio (exp. núm. 36.017) sobre Guinea (*Recopilación de Doctrina legal del Consejo de Estado*, 1967-68, Madrid, 1971, págs. 21 y sigs.) y de 7 de noviembre de 1968 (exp. núm. 36.227) sobre Ifni (*Recopilación de Doctrina legal del Consejo de Estado*, 1968-69, Madrid, 1972, págs. 613 y sigs.). Posteriormente, el Preámbulo de la Ley 40/1975, de 19 de noviembre, de descolonización del Sahara (*BOE* del 20 de noviembre) expresa claramente que «El Estado español ha venido ejerciendo, como potencia administradora, plenitud de competencias y facultades sobre el territorio no autónomo del Sahara, que

que de ciertas disposiciones anteriores a la independencia de esa nación pudiera deducirse otra cosa» (3).

Esta segunda perspectiva, excluyente también, separaba las consecuencias jurídicas relativas a la nacionalidad ya que, establecida la diferencia entre las categorías, la voluntad del Estado español de mantener o posibilitar la vinculación de determinados naturales de estos territorios sólo se manifestó puntualmente de forma bilateral en convenios internacionales (4) y unilateralmente, con posterioridad a la descolonización, mediante la habilitación de instrumentos jurídicos excepcionales (derechos de opción articulados como cartas de naturaleza colectiva y presunciones de nacionalidad) por el Decreto 1347/1969, de 26 de junio (5), que reglamenta el procedimiento de ejercicio del derecho, opción de nacionalidad prevista en el Tratado de Retrocesión de Ifni y los Reales Decretos 2258/1976, de 10 de agosto (6) y 2987/1977, de 28 de octubre (7) para los supuestos del Sahara y Guinea. Caducada la vigencia de estas normas, salvo el artículo 22.1 del Código Civil que permite a los nacionales de Guinea Ecuatorial la adquisición de la nacionalidad por residencia reducida a dos años, introducida por la Ley de 13 de julio de 1982 —que

durante algunos años ha estado sometido a un régimen peculiar con analogías al provincial y que nunca ha formado parte del territorio nacional». En la doctrina, vid. MANUEL PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, tomo I, Madrid, 1978, págs. 561 y sigs., y *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, tomo 1.º, vol. 3, Madrid, 1993, págs. 33 y sigs.

(3) Vid. RDGRN de 19 de junio de 1996 (RJA 1996/6235).

(4) Para el supuesto de Ifni, el artículo 3.º del Convenio de Retrocesión a Marruecos, de 4 de enero de 1969 (*BOE* de 5 de junio) faculta a que «todas las personas nacidas en el territorio y que se hayan beneficiado de la nacionalidad española hasta la fecha de la cesión podrán optar por esta nacionalidad efectuando una declaración de opción ante las autoridades españolas competentes en el plazo de tres meses a contar de dicha fecha», y en el artículo 1.º del Protocolo Anejo se recoge la condición «indispensable» de «una renuncia previa y expresa de derechos a la nacionalidad marroquí». En relación con Guinea, el Acuerdo IV del Convenio con Guinea de 12 de octubre de 1968 (*BOE* de 28 de febrero de 1972) preveía la celebración de un acuerdo en la materia; sin embargo, éste no se produjo, por lo que el resultado, según el propio convenio fue, desde el punto de vista español, que los miembros del pueblo guineano dejaron de ser súbditos de España (Acta de Independencia de 12 de octubre de 1968), y conforme a la Disposición Transitoria 1.ª de la Constitución de Guinea pasaron a ser nacionales guineanos. Además de la dudosa validez jurídica del Acuerdo tripartito de Madrid entre España, Marruecos y Mauritania, de 14 de noviembre de 1975, España sólo plasma el deseo de «poner fin a la responsabilidad y al poder del que se dispone en tal territorio en tanto que potencia administradora», sin que exista referencia alguna a la nacionalidad de los habitantes. Este acuerdo, junto con los Acuerdos de Madrid entre España y Marruecos de la misma fecha, forman los Acuerdos «secretos» de Madrid. Vid. «Acuerdos "secretos" de Madrid», Cuadernos; África, América Latina, núm. 6, *Revista de SODEPAZ*, Madrid, extraordinario de 1991, págs. 25 y 27.

(5) *BOE* de 3 de julio de 1969.

(6) *BOE* de 28 de septiembre.

(7) *BOE* de 25 de noviembre.

sin embargo no recogió una enmienda general del Grupo comunista para aquellas «personas nacidas en un territorio africano que en el pasado han estado bajo la administración de España»— (8), la situación colonial no afecta al derecho de la nacionalidad española y cualquier pretensión de lo contrario es rechazada por la doctrina registral.

## 2. EL PRECEDENTE MARCADO POR LA DOCTRINA REGISTRAL

La desvinculación pretendida (9) procede, en primer lugar, por no considerar estos territorios parte del territorio español; en segundo lugar, al concluir que los naturales de estos territorios no eran nacionales sino que se habían beneficiado de la nacionalidad española; por último, al impedir toda virtualidad jurídica a los hechos del fenómeno colonial. Esta política de desvinculación ha aportado numerosos ejemplos por parte de una DGRN que fijó fórmulas de estilo en los fundamentos relativos a esta materia. Así, «el territorio del Sahara nunca fue español, como se deduce de su descolonización y de su abandono por España...» (10) o «aunque el interesado se benefició en su momento de la nacionalidad española, este beneficio cesó en aquellas fechas, por razones superiores evidentes de Derecho Internacional Público, al no haber hecho uso dentro del plazo máximo de un año —indudablemente de caducidad— del derecho de optar por la nacionalidad española que concedió a los naturales del Sahara el Real Decreto citado» (11), siendo «indiferente que el interesado haya tenido documentación española, porque esta documentación está anulada y ha quedado desprovista de todo valor, conforme a la Disposición Final segunda del repetido Real Decreto» (12).

---

(8) Vid. A. FERNANDO PANTALEÓN, *Comentarios a las reformas de nacionalidad y tutela*, Madrid, 1986, págs. 95 y sigs.

(9) Vid. JULIO D. GONZÁLEZ CAMPOS, *Derecho internacional privado. Parte especial*, vol. I, Oviedo, 1984, pág. 95.

(10) Vid. Resoluciones de la DGRN de 2 de abril de 1997 (*La Ley*, 1998, 8015), 9 de diciembre de 1996 (RJA 1997/7375). Esta situación se reitera respecto del resto de plazas africanas. En relación con Guinea, vid. RDGRN de 13 de junio de 1996 (RJA 1996/6263) o Resolución de 26 de abril de 1994 (RJA 1994/4160); por último, respecto de los naturales de Ifni, vid. RDGRN de 27 de enero de 1993 (RJA 1993/1308) o RDGRN de 22 de diciembre de 1990 (RJA 1990/10495).

(11) Vid. Resoluciones de la DGRN de 2 de abril de 1997 (*La Ley*, 1998, 8015), 9 de diciembre de 1996 (RJA 1997/7375) en relación con los saharauis, RDGRN de 13 de junio de 1996 (RJA 1996/6263) o de 29 de enero de 1996 (RJA 1996/2402) para los guineanos.

(12) Vid. Resoluciones de la DGRN de 9 de diciembre de 1996 (RJA 1997/7375) o RDGRN de 4 de mayo de 1993 (en RJA 4204/1993), Comentario de LYDIA ESTEVE GONZÁLEZ, en *Revista Española de Derecho Internacional*, 1993, 2, págs. 422 y sigs.

Desde estas consideraciones, la DGRN ha negado que estos hechos pudieran tener posibles consecuencias jurídicas en aplicación del régimen de nacionalidad contenido en el Código Civil (13). La aplicabilidad de los artículos 17.1.a), b), d) 20.1, 22.2.a), b), f), 26.1 o de las Disposiciones Transitorias 2.<sup>a</sup> y 3.<sup>a</sup> de la Ley de Reforma del Código Civil de 1990, se condiciona al nacimiento en territorio español o a la nacionalidad española de un sujeto. Pero, en constante doctrina, la DGRN afirma que no es posible el expediente de la recuperación de una nacionalidad española que nunca se ha tenido como tal (14) o, aquí en relación con las DT 2.<sup>a</sup> y 3.<sup>a</sup>, «no puede aplicarse al caso planteado ninguna de las situaciones previstas en tales» (15); en concreto, en relación con la última de las disposiciones se afirma que «carece de todo valor la opción efectuada por el interesado, toda vez que la opción prevista en la citada Disposición Transitoria de la Ley 18/90, de 17 de diciembre, es de aplicación únicamente para los hijos de padre o madre originariamente español y nacido en España que no fueran españoles en el momento del nacimiento de los hijos. En consecuencia, ni los padres fueron nacionales españoles, conforme ya se ha razonado, ni nacieron en España ya que, a los efectos de la Disposición Transitoria tercera citada, la referencia a España hay que referirla forzosamente a los territorios peninsular, insular y plazas de Africa que la integran en la actualidad, por lo que no se da ninguno de los requisitos legales para que tal opción pueda ser efectuada, lo mismo que sucede hoy con la opción establecida por la Disposición Transitoria primera de la Ley 29/1995, de 2 de noviembre» (16). La falta de pronunciamiento sobre la cualidad española del territorio antes de la Ley del 90 no es indicativo de flexibilidad en una postura de la DGRN unánime (17).

La doctrina restrictiva ha encontrado sin embargo, ciertos resquicios, si bien sólo cuando se valoraban supuestos donde el acceso a la nacionalidad española implicaba a los Decretos excepcionales habilitados *ad hoc*. Aquí,

---

(13) Sobre la neutralidad jurídica de los hechos africanos en relación con algunos preceptos de la reforma del Código Civil de 1982, vid. A. FERNANDO PANTALEÓN, 1986, págs. 106 y sigs.

(14) Vid. RDGRN de 20 de noviembre de 1992 (RJA 1992/10590) o RDGRN de 7 de junio de 1996 (*La Ley*, 1996, 11041).

(15) Vid. Resoluciones de la DGRN de 9 de diciembre de 1996 (RJA 1997/7375) o RDGRN de 13 de junio de 1996 (RJA 1996/6263).

(16) Vid. RDGRN de 13 de junio de 1996 (RJA 1996/6263). En el mismo sentido, Resolución de 26 de abril de 1994 (RJA 1994/4160). En relación con la Disposición Transitoria 2.<sup>a</sup>, vid. RDGRN de 14 de septiembre de 1993 (*La Ley*, Archivo, 1994, 12020).

(17) Como expresó la doctrina en relación con la RDGRN de 18 de enero de 1985 (*Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, núm. 1374, 1985, págs. 63 y sigs.) que utilizaba el mismo argumento, «lo razonable hubiera sido denegar la concesión afirmando de forma tajante que el territorio de la actual Guinea Ecuatorial no fue nunca territorio español»; vid. A. FERNANDO PANTALEÓN, 1986, págs. 107 y sigs.

una interpretación amplia de cómo debía producirse la declaración de voluntad para adquirir la nacionalidad española ha ocasionado fallos favorables a las pretensiones de los interesados. Así, la Disposición Adicional primera del Real Decreto de 28 de octubre de 1977, establecía una «presunción de continuidad de la nacionalidad española» («se reconoce a todos los efectos que los guineanos que, tras el 12 de octubre de 1968, hubiesen estado al servicio de las Armas españolas o ejercido cargo o empleo público de España como súbditos españoles (18), optaron por seguir teniendo esta última condición») y, como expresa la DGRN, «incluso, sin necesidad de declaración expresa» (19). En el mismo sentido, la declaración de voluntad necesaria para el ejercicio del derecho de opción que se articuló en el Real Decreto 2987/1977, es efectiva no dentro del año siguiente a partir de la publicación del Real Decreto o, en su caso, a partir de la mayoría de edad o emancipación, sino la realizada con anterioridad a la promulgación de la norma. Fundamentos como que el Real Decreto señala una fecha fatal pero no resuelve las efectuadas con anterioridad, que la declaración no es extemporánea al fundamentarse en que se realizó después de la declaración de independencia de Guinea y la pervivencia de la declaración al igual que sucedió con los supuestos de sujetos que se beneficiaron de la presunción de nacionalidad, justificaron el fallo (20). Un supuesto análogo aunque referido a un natural saharauí se resuelve por la DGRN en su Resolución de 29 de enero de 1996 (21).

### 3. APLICACIÓN DE LA CONSOLIDACIÓN DE LA NACIONALIDAD

Si hasta ahora se negaba la posibilidad de subsumir estos supuestos en alguna de las normas del Código Civil que articulan instrumentos para la adquisición de la nacionalidad española, la Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de octubre de 1998 modifica esta situación. La modificación, considero que no afecta tanto a dulcificar la interpretación restrictiva imperante para otros asuntos como por permitir la operatividad del artículo 18 en ciertos casos, lo que a su vez, origina la variación de ciertos presupuestos indubitados hasta ahora.

---

(18) Sin embargo, aquí también caben interpretaciones restrictivas, ya que la situación de reserva el día 1 de abril de 1968 no puede equipararse con la situación de servicio activo real, al igual que el ejercicio que del cargo o empleo público no es equiparable a la situación de excedencia, por lo que no permitan la adquisición de la nacionalidad española; vid. RDGRN de 14 de octubre de 1980 (RJA 1980/3785).

(19) Vid. RDGRN de 19 de junio de 1996 (RJA 1996/6235) o Resolución de 2 de marzo de 1993 (RJA 1993/2463).

(20) RDGRN de 6 de marzo de 1996 (RJA 1996/3695).

(21) RJA 1996/2401.

La Ley 18/1990, de 17 de diciembre, de reforma del Código Civil en materia de nacionalidad (22) introduce una nueva redacción del artículo 18 para «evitar cambios bruscos y automáticos de la nacionalidad» (preámbulo de la Ley). La consolidación se condiciona a una posesión y utilización de la nacionalidad española con una serie de requisitos. En una interpretación restrictiva, habitual de la doctrina registral, si la condición de súbdito no es equiparable a la de nacional, en ningún caso podría consolidarse la nacionalidad por faltar la premisa fundamental, la propia existencia de dicha nacionalidad.

El TS, sin embargo, considera que valorar jurídicamente la condición de súbdito o nacional debe realizarse, no *a posteriori*, como era la práctica de la DGRN sino en el momento en que se produjo (23). Contextualizada temporalmente la interpretación, el Tribunal acepta como ciertas, premisas que hasta ahora se negaban: que durante el período colonial los naturales de esos territorios eran de nacionalidad española y que el propio territorio era español. Como dice la sentencia en su Fundamento Quinto: «de lo que no cabe duda, con referencia a la “nacionalidad” de los saharauis, durante el plazo de la tutela de nuestro Estado sobre el territorio del Sahara occidental, es que ésta fue la española (de “españoles indígenas”, habla alguna disposición), pues resulta evidente, conforme a las reglas generales del Derecho de la nacionalidad, que “los naturales del territorio colonial carecen de una nacionalidad distinta de los del Estado colonizador, dado que no poseen una organización estatal propia”» (24); respecto de la segunda de las premisas, la sentencia se refiere a «territorio, a la sazón, considerado español» o «si el territorio de marras, calificado como español, fue luego considerado no español» (Fundamento Jurídico 8.º). Así, a los efectos de la aplicación del artículo 18, la sentencia modifica radicalmente la doctrina registral que había fijado en el tiempo qué apreciar como territorio español («cuando la Ley habla de territorio español deberá entenderse por tal únicamente el que lo sea en el momento de su publicación y no el que pudiera haberlo sido en épocas pretéritas») (25).

Considerar las plazas africanas como territorio español abunda en la configuración de la novedosa premisa fundamental: afirmar la nacionalidad de los naturales de estos territorios convierte lo que de acuerdo con la doctrina

(22) BOE de 18 de diciembre de 1990.

(23) Como con claridad dictamina el Ministerio Fiscal, «teniendo en cuenta la nacionalidad de origen del recurrente de acuerdo con la regulación en vigor en su época, no expresamente derogada...»

(24) Vid., en el mismo sentido, JACQUES DE BURLET, *Nationalité des personnes physiques et décolonisation. Essai de contribution à la théorie de la succession d'Etats*, Bruselas, 1975, págs. 63 y sigs.

(25) RDGRN de 18 de enero de 1985 (RJA 1985/393).

de la DGRN era una condición considerada insuficiente, en un supuesto de nacionalidad susceptible de ser consolidada mediante su «posesión y utilización continuada... durante diez años, con buena fe y basada en un título inscrito en el Registro Civil... aunque se anule el título que la originó» (art. 18 del Código Civil).

La aplicación del artículo 18 requiere no sólo que exista una condición de nacionalidad claudicante sino que ésta esté «basada en un título inscrito en el Registro Civil», entendido éste como el «hecho o acto que... legalmente bastaría para la atribución o adquisición (...) de la nacionalidad española» (26). Son precisas diversas consideraciones cuando se relaciona el asunto analizado con este requisito formal de la inscripción registral. En primer lugar, el «Registro» de referencia del artículo 18 contempla este supuesto concreto sólo en un sentido amplio. La presencia de España en Africa significó, registralmente, la existencia de «hechos que afecten a españoles o naturales de las provincias africanas» (art. 66 RRC, en redacción dada por el Decreto de 14 de noviembre de 1958) (27) aunque las inscripciones practicadas en los «registros de las posesiones españolas» no accedían automáticamente al Registro Central (28). Como se expresa en la sentencia, aunque en el Registro Central se encuentran libros extendidos por el Registro Civil de Africa Occidental, «otros libros extendidos por diferentes autoridades gubernativas cuyo contenido no se ajusta a la legislación registral española y vienen referidos a ciudadanos indígenas de los territorios del Africa Occidental, en su día territorio español, se hallan depositados en la actualidad en la Subdirección General de Africa del Norte, dependiente de la Dirección General de Africa y Medio Oriente, del Ministerio de Asuntos Exteriores». La solución dada ante la imposibilidad de obtener copia de la inscripción practicada en el Registro Civil de El Aaiún es presumir que se realizó.

Es de reseñar, en segundo lugar, que, aún cuando la referencia literal del artículo 18 del Código Civil es la nulidad («aunque se anule el título que la originó») (29), el TS realiza una interpretación extensiva respecto de qué causas van a permitir la consolidación de la nacionalidad mediante este título; de hecho, en un supuesto análogo al estudiado aunque respecto de un natural

---

(26) Vid. MANUEL PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, 1993, pág. 214.

(27) BOE de 11 de diciembre.

(28) Vid. Comentario a la RDGRN de 4 de mayo de 1993, de LYDIA ESTEVE GONZÁLEZ, 1993, pág. 424; MANUEL PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, 1978, págs. 567 y sigs., y JOSÉ LUIS ARGUDO PÉREZ y JOSÉ JAVIER PÉREZ MILLA, junio de 1992, núm. 1, págs. 182 y sigs. Según la Disposición Final 2.ª del RRC (redacción de 1958), «en las provincias africanas rige la legislación general sin perjuicio de las disposiciones especiales sobre Organos del Registro y hechos inscribibles relativos a indígenas».

(29) PEÑA considera que en el sentido amplio de anulación comprendería también la inexistencia del título. Vid. MANUEL PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, 1993, pág. 217.

de Sidi Ifni, la DGRN negó la operatividad del artículo 18 porque «no se ha producido la anulación posterior del respectivo título de atribución o de adquisición de la nacionalidad que forzosamente ha de estar inscrito en el Registro Civil, siendo estos presupuestos básicos para que tal consolidación pueda tener lugar» (30). En el supuesto objeto de la sentencia del Tribunal Supremo, no se considera un título nulo o anulable sino que la circunstancia fundamental en la adquisición de la nacionalidad española devino en jurídicamente irrelevante. Así, el proceso de descolonización genera unas consecuencias tanto respecto de la condición de los habitantes (cambios de nacionalidad) como en relación con la cualidad atributiva de nacionalidad del título registral.

La explicación de lo anterior se obtiene después de analizar cómo en el caso el juzgador cumplimenta el requisito formal imbricando título y condición de nacional. El TS se refiere a que «tal título, en el caso que nos ocupa, es la condición de “español indígena”, nacido en territorio, a la sazón, considerado español, conforme resulta del artículo 17.1.d) del Código Civil» y que «el nacimiento que acreditaba su condición de “español indígena” se inscribió en el Registro Civil... con toda certeza, según la prueba practicada y según la legislación aplicable, ponderando todas las circunstancias concretas».

En principio no cabe la operatividad de este artículo 18 cuando la inscripción sólo se refiere a la de españolidad del sujeto, ya que la finalidad del precepto no se dirige a la subsanación registral de esta condición, consolidándola, sino que en determinadas condiciones, paraliza los efectos retroactivos de un nuevo hecho (o, en su expresión literal, la nulidad del título). Por otra parte, fundamenta esta afirmación que el Registro no hace prueba de la certeza de esta condición (31). Consecuencia de todo ello es que una inscripción falsa de nacionalidad no es consolidable si no existe título atributivo —aunque la inscripción de éste si puede ser falsa— (32) o no es posible la consolidación de una nacionalidad cuando hay pérdida —aunque no esté inscrita— (33). El artículo 18 actúa sobre títulos (inscritos) que originan la atribución o adquisición de esa nacionalidad, requisito formal imprescindible para

(30) Vid. RDGRN de 7 de junio de 1996 (*La Ley*, 1996, 11041). La doctrina, siguiendo la doctrina registral, no se refiere a este supuesto (vid. JESÚS DÍEZ DEL CORRAL RIVAS, «Artículo 18», en *Comentario del Código Civil*, T. I, Madrid, 1991, págs. 182 y sigs. MANUEL PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, 1993, págs. 206 y sigs.) o se considera improbable la subsunción (vid. *Comentario a la RDGRN de 4 de mayo de 1993*, de ESTEVE GONZÁLEZ, 1993, 2, pág. 425).

(31) Vid. ELISA PÉREZ VERA y PALOMA ABARCA JUNCO, *Derecho Internacional Privado*, vol. I, Madrid, 1998, págs. 226 y sigs.

(32) Vid. MANUEL PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, 1993, pág. 216. Sin embargo, la falsedad no puede ser atribuible al sujeto, ya que nos encontraríamos ante un supuesto de nulidad en la adquisición (art. 25.2 del Código Civil).

(33) Vid. RDGRN de 16 de octubre de 1995 (*La Ley*, 1996, 2785).

consolidar sólo situaciones jurídicamente relevantes y no otras, de carácter fáctico. Como expresa la DGRN, el «título aparente es el que permite, cumplidos los demás requisitos del precepto, la consolidación de la nacionalidad española poseída de hecho» (34).

El título relevante en este supuesto lo cifra el TS en ser «nacido en territorio, a la sazón, considerado español, conforme resulta del artículo 17.1.d) del Código Civil, de acuerdo con una interpretación que está en la raíz del precepto, favorecedor del *ius soli* para concluir con los sistemas de apatridia». Ante la utilización de este artículo, en redacción dada por la Ley 18/1990, de 17 de diciembre, se plantea en primer lugar si el título relevante se ha de apreciar según la legislación actual o la aplicable en el momento en que se produjo la inscripción del hecho atributivo de nacionalidad. Fijar temporalmente este elemento es fundamental para evitar que situaciones que en su momento no dieron lugar a la adquisición de la nacionalidad puedan, vía consolidación, valorarse a la luz de otra normativa que sí permite atribuirla.

La expresión literal en pasado del artículo 18 —«el título que la originó»— hace que éste sea un mecanismo de consolidación y no de atribución de nacionalidad (es decir, opera sometido a la regulación sobre nacionalidad) y la aplicación de un principio general en materia de nacionalidad como es el de irretroactividad (Disposición Transitoria 1.ª de la Ley 18/1990) (35), fundamentan que la consolidación sólo se produce si el título inscrito permite la atribución de la nacionalidad de acuerdo con la legislación vigente en ese momento. Como se sigue a la Instrucción (36) de la DGRN de 20 de marzo de 1991 en el ejemplo que plantea: «ha de resultar del Registro que la filiación o el nacimiento en España produjeron, según la legislación aplicable en el momento del nacimiento, la adquisición de la nacionalidad española». De acuerdo con ello, ¿cuál fue este título atributivo de la nacionalidad de los naturales de estos territorios?

Además de cierta regulación especial sobre el «modo de ganar la nacionalidad los indígenas extranjeros de raza de color» (37), el Código Civil era la norma general para la adquisición de la nacionalidad española a los naturales de estos territorios. El análisis histórico de qué título es idóneo para D. Badadi Mohamed M. H., nacido en El Aaiún el día 19 de marzo de 1950, llevaría al análisis del artículo 17 en sus redacciones de 24 de julio de 1889 (38) (son españoles, 1.º las personas nacidas en territorio español) o,

---

(34) Vid. RDGRN de 16 de octubre de 1995 (*La Ley*, 1996, 2785).

(35) Vid. ELISA PÉREZ VERA y PALOMA ABARCA JUNCO, 1998, pág. 187, o MANUEL PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, 1993, págs. 45 y sigs.

(36) *BOE* de 26 de marzo de 1991, corrección de errores de 27 de marzo.

(37) Por ejemplo, Orden de Presidencia de 1947 (*BOE* de 25 de noviembre).

(38) *Gaceta* de 25 de julio de 1889.

dependiendo de cómo calificar en ese momento el «territorio de marras», conforme a la Ley de 15 de julio de 1954 (39). Pero este análisis formal escondería el elemento fundamental puesto de relieve en la sentencia: que «los naturales del territorio colonial carecen de una nacionalidad distinta de los del Estado colonizador» (40).

Así, con independencia de la normativa de atribución de nacionalidad, el cambio de *status* de los habitantes lo provocó el hecho colonizador. Por tanto, no se puede hablar para estos supuestos, de título idóneo en sentido estricto. Desde estas consideraciones y para delimitar concretamente este elemento formal, considero que el tenor del artículo 18 no se defrauda si se equipara «título inscrito en el Registro Civil» a inscripción registral que, al relacionarse con el proceso jurídico que originó la presencia de España en las «provincias africanas», proporcionará la certeza de que el sujeto se benefició de la nacionalidad española. Esta inscripción registral puede referirse a nacimiento en el territorio, filiación de español o incluso sería suficiente la mención de su condición de «español indígena» (como expresa el propio TS, éste sería «un título vocado a dicha plenitud»). Es por ello que entiendo que estos supuestos se resuelven, en consideración al caso concreto, valorando primordialmente el requisito relativo a la «posesión y utilización continuada» y relajando la apreciación sobre la condición formal.

La posesión y utilización del estado de nacional exige que el sujeto «se haya comportado como español, ejerciendo derechos y deberes derivados de su cualidad» (41) y se prueba por la existencia de signos: *nomen, tractatus* y fama; a ello, el artículo 18 fija el plazo de posesión de estado (diez años) y agrega la continuidad en su utilización (42). El TS, utilizando estos mismos parámetros, considera probadas las condiciones por la existencia de documentación (pasaporte español y Documento Nacional de Identidad, bilingüe), la prestación de servicios en organismos oficiales (intérprete en el Juzgado Territorial del Sahara español y auxiliar administrativo en la Gerencia Provincial del Programa de Promoción Obrera de la Delegación Provincial del Ministerio de Trabajo), la enseñanza en centro oficial español («Instituto Nacional de Enseñanza Media de Aaiún») y su nombramiento como Jefe Territorial de la Organización Juvenil del Sahara donde prometió «sentir la responsabilidad de ser español» y «servir a su Patria». Añade el artículo 18 la buena fe en la posesión y utilización que se presume siempre (43) y como

---

(39) BOE de 16 de julio.

(40) Vid. JOSÉ LUIS ARGUDO PÉREZ y JOSÉ JAVIER PÉREZ MILLA, junio de 1992, págs. 183 y sigs., y nota 69.

(41) Instrucción de la DGRN de 20 de marzo de 1991. BOE de 26 de marzo de 1991, corrección de errores de 27 de marzo.

(42) Vid. MANUEL PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, 1993, págs. 212 y sigs.

(43) Vid. MANUEL PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, 1993, pág. 214.

el caso concreto se enfoca «tomando en consideración las legítimas creencias y actividades propias del ejercicio de una nacionalidad, fundadas en Derecho, de quien, como el actor, aunque indígena del Sahara, se consideraba plenamente español»), la conclusión no puede ser otra que su concurrencia.

Relajar para estos supuestos el requisito de un «título» (considerado así en sentido amplio) atributivo de nacionalidad no supone no considerar otros elementos que incidieran sobre él durante el proceso histórico de tal forma que lo convirtiesen en irrelevante. Como se ha expresado anteriormente, un título puede quedar afectado por un nuevo hecho que lo anule (el ejemplo típico sería cuando se determina la falsedad de una filiación española) cuyos efectos pueden ser atenuados por la consolidación. Por otra parte, ese mismo título deja de tener efectos en materia de nacionalidad cuando surge otro hecho cuyas consecuencias jurídicas, contrarias, prevalecen; este es el supuesto de la pérdida de la nacionalidad que, como efecto *ex lege*, se produce en determinados supuestos (art. 24 del Código Civil) (44). Con independencia de si el interesado incurrió o no en las causas tasadas de pérdida o privación de la nacionalidad que regula (o reguló) el Código Civil, parece más interesante analizar si el proceso histórico de descolonización tuvo como consecuencia una privación colectiva de nacionalidad de los naturales de los territorios africanos.

Entiendo que a este problema hace referencia el Tribunal Supremo en sus Fundamentos Jurídicos sexto y séptimo. Considera el Tribunal que el Real Decreto 2258/1976, de 10 de agosto, distingue dos grupos de naturales saharauis, en función de su residencia en territorio nacional o fuera del territorio español, a los que exigía distinta documentación. D. Badadi Mohamed M. H. se sitúa en «un *tertium genus*, no equiparable a los reseñados grupos» porque «ni se hallaba, por entonces, residiendo en España, ni en el extranjero, sino en el Sahara», y debido al probado grado de asimilación de este sujeto (45). De este planteamiento parece deducirse (o, mejor, permite comprender jurídicamente porqué el TS no considera los efectos automáticos del fenómeno de la sucesión de Estados sobre la nacionalidad de los naturales del territorio) (46) que, por no aplicarse este Real Decreto, no se produjo la consecuencia que indirectamente provocaba: la privación de una situación («beneficio») de nacionalidad («españolidad indígena»); por no producirse, el título ha seguido latente y era susceptible de consolidación.

---

(44) Vid. MANUEL PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, 1993, págs. 423 y sigs.

(45) El derecho de opción se concedía «a los naturales de Sahara, provistos de documentación general española, o que encontrándose fuera de él se hallen en posesión del Documento Nacional bilingüe, sean titulares del pasaporte español o estén incluidos en los registros de las representaciones españolas en el extranjero» (art. 1.º).

(46) Vid. JOSÉ LUIS ARGUDO PÉREZ y JOSÉ JAVIER PÉREZ MILLA, junio de 1992, núm. 1, págs. 153 y sigs.

Afirmar esta conclusión (cuya verificación sólo es comprobable por futuras sentencias) significa que existen títulos «interinos» cuya plenificación no depende tanto del cambio automático de nacionalidad como fenómeno de la descolonización y de la legislación del Estado sucesor sino de la aplicabilidad de aquellas medidas normativas establecidas por el Estado sucedido (España) para afectar a este proceso de cambio. Así, la posibilidad de ejercer o no el derecho de opción (en el planteamiento de la sentencia se considera que este derecho no existió para el sujeto) es clave (47).

¿Significa este planteamiento que pueden incidir también otros elementos para desvirtuar la consecuencia de la pérdida de nacionalidad de quienes en su momento «dejaron pasar la oportunidad»? (48) Entiendo que la imposibilidad de ejercer (o, como dice la sentencia, aunque «sin entrar en el examen, ni por ello, en la valoración jurídica de las circunstancias de fuerza mayor que impidieron a algunos actuar dentro del plazo otorgado para recabar la nacionalidad española») los mal llamados derechos de opción articulados en el Decreto y Reales Decretos permitirían la interinidad del título. Estas circunstancias pueden ser valoradas *ad casum* (49) pero también existen circunstancias objetivas que conducirían, inmediatamente, a esta valoración. Sirva como ejemplo que el ejercicio de la opción para los naturales de Ifni se supeditaba a una condición de imposible cumplimiento (debido al sistema de perpetua vinculación en vigor en Marruecos): un «certificado fehaciente expedido por la competente autoridad marroquí, por el que se acredite que ha renunciado expresamente —(«por escrito ante las autoridades marroquíes», según el art. 1.º del Protocolo Anejo del Tratado)—— a los derechos a la nacionalidad marroquí» (art. 2.º, párr. 2.º, Decreto de 26 de junio de 1969).

Ahora bien, la situación de nacionalidad que se produjo en las plazas africanas, ¿tiene otro tipo de consecuencias?, es decir, ¿cabe extender los planteamientos de la sentencia reseñada sobre todo el Título I del Código Civil? La aplicabilidad del régimen general de atribución/adquisición de nacionalidad (no de su consolidación) articulado en el Código Civil depende de circunstancias concretas: nacionalidad española de un sujeto, nacimiento en territorio español o existencia de cierta situación jurídica. Considero, en pri-

---

(47) Se plantea así este derecho de opción (o, considero que cualquier otra vía que evite los cambios automáticos de *status*) como elemento fundamental en el fenómeno de la Sucesión de Estados. Vid. JAUME SAURA ESTAPA, *Nacionalidad y nuevas fronteras en Europa*, Barcelona, 1998, págs. 70 y sigs.

(48) RDGRN de 11 de febrero de 1991 (RIA 1991/1679).

(49) En el caso del Sahara, la efectividad del derecho de opción quedó mermada «teniendo en cuenta el conflicto armado entre la población del Sahara occidental y los ocupantes marroquíes y mauritanos del territorio, en el momento de dictarse esta disposición», en *Derecho internacional privado. Parte Especial*. Vid. JULIO D. GONZÁLEZ CAMPOS, 1984, pág. 95.

mer lugar, que la naturaleza peculiar de una vinculación donde las incidencias históricas no la hacen, a los efectos adquisitivos, equiparable a la nacionalidad en sentido estricto, no permite la aplicabilidad de normas basadas en el *ius sanguinis*. En relación con el criterio *ius soli* o la adquisición por la existencia de una situación jurídica (por ejemplo, el art. 22.2 en sus apartados *a* y *b*, respectivamente), la contingencia de las circunstancias impide aplicaciones automáticas del articulado en base a la existencia o no de determinados hechos. La peculiar situación requiere que el efecto adquisitivo se vincule a hechos complejos (50). Son estas las consideraciones aplicables (y de ahí su operatividad) al artículo 18 donde se articula una vía de consolidación de un estado que permite apreciar tanto la concurrencia de determinadas circunstancias formales como la existencia de otros requisitos subjetivos (51), susceptibles de juridificar una situación de hecho.

#### 4. CONCLUSIÓN

Lo expuesto hasta aquí no abate expectativas. Aunque esta sentencia sólo permita la consolidación y no abra las vías de adquisición de nacionalidad para estos supuestos donde considero que los planteamientos restrictivos tradicionales en las RDGRN se mantienen, ello no impide valorar en sus justos términos fallos como el analizado. No sólo por su técnica, donde el empleo de la figura de la consolidación de un estado es muestra de su corrección jurídica y de la aplicabilidad potencial de esta figura para situaciones claudicantes. También por lo acertado de su planteamiento donde el dogmatismo jurídico, sistemático y formalista cede para dar respuesta a un problema histórico que fue precariamente resuelto en su momento y, fundamentalmente, dar solución a cuál es la posición jurídica básica (*status*) (52) de un sujeto en la sociedad española.

JOSÉ JAVIER PÉREZ MILLA

---

(50) Vid. MANUEL PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, 1993, pág. 123.

(51) Esta diferenciación significa, a su vez, y dada la importancia del requisito de la posesión y utilización de la nacionalidad española, la mayor relevancia de los principios subjetivos (vínculos efectivos del individuo con el Estado y voluntad del individuo) que de los objetivos (residencia en el momento de la sucesión u origen territorial del sujeto) en un supuesto que no es sino una derivación del período colonial. Sobre los principios a considerar en supuestos de sucesión de Estados, vid., JAUME SAURA ESTAPA, 1998, págs. 60 y sigs.

(52) Vid. M.<sup>a</sup> ANGELES PARRA LUCÁN, *Orientaciones actuales del estado civil*, Barcelona, 1993, pág. 181, o FEDERICO DE CASTRO Y BRAVO, *Compendio de Derecho civil*, vol. I, Madrid, 1957, pág. 221.



# Breves notas al Real Decreto 1867/ 1998, de 4 de septiembre, por el que se modifican determinados artículos del Reglamento Hipotecario, con especial consideración a las inmatriculaciones y a los excesos de cabida (1)

*Al Notario rural y a los Registros rurales*

**SUMARIO:** I. INTRODUCCION.—II. LA INMATRICULACION DE FINCAS Y LOS EXCESOS DE CABIDA: A) LA INMATRICULACIÓN DE FINCAS. B) LOS EXCESOS DE CABIDA.—III. ANALISIS DE LA DISPOSICION TRANSITORIA SEGUNDA.—IV. LA CIRCULAR DEL CONSEJO GENERAL DEL NOTARIADO.—V. BREVE REFERENCIA A OTRAS MODIFICACIONES INTRODUCIDAS EN EL REGLAMENTO HIPOTECARIO.

## I. INTRODUCCION

La justificación de esta Reforma del Reglamento Hipotecario llevada a cabo por el Real Decreto 1867/98, de 4 de septiembre, ha tenido lugar, debido a la reciente promulgación de la Ley 13/96, de 30 de diciembre, de Medidas Administrativas y de Orden Social, que en sus artículos 50 a 57, ha regulado todo el tema de la referencia catastral, en definitiva la coordinación entre el Catastro, Registro de la Propiedad y Notaría, así como la aparición del Régimen de

---

(1) Como bibliografía específica sobre esta reforma, puede consultarse *La reforma de los Reglamentos Hipotecario y del Registro Mercantil*, por Real Decreto 1867/1998, de 4 de septiembre. Varios autores. Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1998.

Notarios y Registradores Adscritos a la Dirección General de los Registros y del Notariado. De otro lado, la Ley 7/98, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de Contratación, ha dado nueva redacción a determinados artículos de la Ley Hipotecaria. Asimismo la aprobación de los Estatutos Generales del Colegio de Registradores de la Propiedad de España, también determinan la modificación correspondiente del Reglamento Hipotecario.

Como indica el propio Preámbulo del Real Decreto: «...en tercer lugar, es conveniente que la revisión no se limite a aspectos parciales y puntuales impuestos por las nuevas normas, sino que se extienda también a figuras contractuales e instituciones que, o bien carecían hasta ahora de regulación reglamentaria, o bien estaban necesitadas de una nueva por el carácter obsoleto de los preceptos referentes a las mismas o por las dificultades que se habían apreciado en su aplicación práctica. Las modificaciones llevadas a cabo en el Reglamento Hipotecario responden, por tanto, a esa triple finalidad (adaptación a reformas legales, acomodación del ejercicio de la función del Registrador a las nuevas necesidades y regulación de figuras carentes de una reglamentación registral actualizada), si bien se juzga conveniente, por elementales razones de economía de medios, al llevarlas a cabo en una misma norma...» Muchos son los artículos modificados, desde, por ejemplo, el artículo 13 donde se regula por primera vez todo el entramado jurídico de las cesiones de suelo por obra futura, la nueva redacción del artículo 51 en las reglas 1.ª, 2.ª, 3.ª y 4.ª; la nueva regulación del artículo 113 y siguientes relativas al recurso gubernativo, que ciertamente necesitaba una adaptación urgente e importante de su articulado, algunas modificaciones en el derecho de superficie y en el derecho de vuelo, el artículo 177 relativo a la cancelación de determinados asientos registrales en relación con las condiciones resolutorias y las hipotecas; la doble inmatriculación del artículo 313; todos los artículos referentes a aspectos de la publicidad registral; lo referente a la organización y funcionamiento del cuerpo de Registradores de la Propiedad y Mercantiles, y un largo etcétera.

En este pequeño trabajo nos vamos a centrar en una Reforma que consideramos importante, no solamente desde el punto de vista teórico, sino también y muy fundamentalmente en la aplicación práctica que de ellos se deriva; nos estamos refiriendo a las inmatriculaciones de fincas y a los excesos de cabida. En cuanto a la Disposición Adicional única del Real Decreto, en virtud de la cual se modifican el Reglamento del Registro Mercantil, en concreto el apartado 3 añadido al artículo 81 de dicho Reglamento, así como la nueva sección 5.ª del capítulo IX del Título II, bajo la rúbrica «De la inscripción de las Sociedades Civiles», integrada por un único artículo 269 bis, por la importancia de la materia, así como por tratarse de una reforma llevada a cabo en el Registro Mercantil, será conveniente el hacer un análisis detallado, de toda la problemática que han planteado y siguen planteando las sociedades civiles en un trabajo distinto.

## II. LAS INMATRICULACIONES DE FINCAS Y LOS EXCESOS DE CABIDA

### A) LAS INMATRICULACIONES DE FINCAS

El artículo 298 del Reglamento Hipotecario sufre una variación con respecto a la inmatriculación de fincas no inscritas a favor de persona alguna. Ello en conexión con los artículos 199, párrafo *b)* y 205 de la Ley Hipotecaria.

Estas inmatriculaciones se practicarán mediante el título público de su adquisición en los siguientes casos:

**1.º Siempre que el transmitente o causante acredite la previa adquisición de la finca que se pretende inscribir mediante documento fehaciente. 2.º En su defecto, cuando se complemente el título público adquisitivo con un acta de notoriedad acreditativa de que el transmitente o causante es tenido por dueño.**

En el primer supuesto la acreditación de la previa adquisición de la finca mediante documento fehaciente, determina la necesidad de que el transmitente o causante lo acredite mediante ese documento. Y el concepto de documento fehaciente, no sólo estará incluido por lo que establece el artículo 3 de la Ley (documentos públicos), sino además otros (los privados, por ejemplo) que según el artículo 1.227 del Código Civil hagan prueba contra tercero en cuanto a su fecha, es decir, *«La fecha de un documento privado no se contará respecto de terceros sino desde el día en que hubiese sido incorporado o inscrito en un Registro Público, desde la muerte de cualquiera de los que le firmaron, o desde el día en que se entregase a un funcionario público por razón de su oficio»*. De esta manera ese título previo puede ser acreditado mediante un documento público, o bien mediante, por ejemplo, un documento privado siempre y cuando la fecha del mismo haga prueba contra tercero, y estos supuestos son los regulados en el ya citado artículo 1.227 del Código Civil.

En la práctica los problemas pueden surgir en relación a este tipo de documentos privados, ya que, por ejemplo, para conseguir esa fehaciencia de la fecha contra tercero, deberán haber sido presentados, por ejemplo, a liquidación en una Oficina Liquidadora, o bien en la Administración Tributaria Autonómica correspondiente; ello arrastra como consecuencia, el que si el documento no fue liquidado en su momento, por ejemplo, debe serlo ahora a los efectos de justificar esa previa adquisición por el transmitente o por el causante, y se plantea el problema de cómo liquidarlos, ya que antes de que su fecha haga prueba contra tercero, tienen una fecha determinada en el pro-

pio documento, y en nuestra opinión si esa fecha no corre a favor de la prescripción como, por ejemplo, en el Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales, tampoco debería correr en contra, en el sentido de que tuviera sanciones o recargos por estar fuera de plazo, debiendo entenderse la fecha del documento como la fecha de presentación en la oficina liquidadora, y en consecuencia con los criterios de valoración en el momento de su presentación, pero sin ningún tipo de recargo, por multa o intereses de demora.

No obstante, creemos que si se presenta algún documento que pudiera acreditar que dicho bien se encuentra en el patrimonio del sujeto adquirente, por ejemplo, se debería tener en cuenta la valoración del bien en ese momento como, por ejemplo, documentos de alta en el Catastro, alta en la electricidad, etc.

Otra cuestión que puede surgir, a los efectos de acreditar la fehaciencia de la fecha, es mediante la presentación a la hora de liquidar el documento, del certificado de defunción de alguno de los firmantes del documento privado, para acreditar la fehaciencia de la fecha, frente a terceros, que lo será desde ese fallecimiento, fecha que en muchos casos tendrá que ser esencial para que el impuesto haya prescrito.

No creemos se deban exigir otros requisitos complementarios, en estos casos, en las correspondientes oficinas liquidadoras, a los efectos de acreditar esa correspondencia entre el sujeto que ha firmado el documento privado y el fallecimiento del mismo. En principio creo que debería bastar con la presentación del certificado de defunción (2).

---

(2) A continuación transcribimos un documento que se me ha facilitado por la Oficina Liquidadora de un Registro de la Propiedad de Castilla-León, en cuanto a los criterios de actuación a seguir en los casos de presentación de documentos privados, en relación con el Impuesto de Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados: «IMPUESTO SOBRE TRANSMISIONES PATRIMONIALES Y ACTOS JURÍDICOS DOCUMENTADOS. CRITERIOS DE ACTUACION EN LOS CASOS DE PRESENTACION DE DOCUMENTOS PRIVADOS (art. 50 del Texto Refundido).

**1. AUTOLIQUIDACION DEL DOCUMENTO PRIVADO:**

**NORMA GENERAL:** Se considerará la fecha de presentación de la declaración tributaria, salvo fallecimiento anterior de uno de los contratantes o incorporación o inscripción en Registro Público.

**EXCEPCION:** Si además del contrato privado se aportasen pruebas que acreditasen con alto grado de probabilidad la veracidad de su fecha (\*), se aceptaría ésta. En este caso se liquidaría, según valor de la fecha del contrato privado, aplicando el tipo entonces vigente, y si se presenta a partir del 1-1-92 el recargo único.

— Si se presentó con anterioridad al 1-1-92, se liquidarán intereses de demora desde la fecha del contrato y sanción del 25 por 100 sobre la cuota de liquidación.

**2. ELEVACION A PUBLICO DE DOCUMENTO PRIVADO:**

— Si se había liquidado TPO en el documento privado, se diligenciará como no sujeto el documento público.

— Si no se había liquidado TPO en el documento privado, se procederá igual que en el otorgamiento de escritura de compra-venta.

Otro supuesto, y en defecto de documento fehaciente, **es aquél en que se complemente el título público adquisitivo con un ACTA DE NOTORIEDAD acreditativa de que el transmitente o causante es tenido por dueño.** No son ajenas, ni extrañas al Notariado, este tipo de actas, ya que en determinadas ocasiones, y en supuestos especiales con el devenir de la práctica diaria, se han realizado en algunos momentos. Este acta de notoriedad se tramitará conforme al artículo 209 del Reglamento Notarial, pudiendo autorizarse al tiempo o con posterioridad al título público al que complementa.

El artículo 209 del Reglamento Notarial regula con carácter genérico estas Actas de Notoriedad, en las que se declaran notorios determinados hechos o circunstancias, y en las que la propia regulación normativa deja una gran libertad de actuación al Notario, mediante la práctica de cuantas pruebas considere necesarias, a fin de poder llegar a un juicio de notoriedad, si ello es posible. Por ello, no existe un carácter reglado y específico a la hora de tramitar estas Actas de Notoriedad, y será la decisión del Notario la que en cada momento determinará el modo de proceder. A efectos prácticos, no cabe duda que es, en las zonas rurales, donde el procedimiento de inmatriculación de fincas ha tenido, tiene y tendrá, su máxima aplicación práctica. Por ello, desde el punto de vista práctico, consideramos que en muchos casos será posible, en el mismo título público de adquisición, el realizar la notoriedad, ya que el propio Reglamento Hipotecario permite declararla al tiempo o con posterioridad al título público.

Como criterio práctico puede ser en la propia escritura de transmisión donde se integre la notoriedad en el mismo documento, determinando su mejor ubicación, así como también el lugar de la declaración de notoriedad. Ciertamente podrá haber algunos supuestos en los que no sea posible declarar dicha notoriedad en el propio título público de adquisición por la problemática específica del caso, que requiera, por ejemplo, la publicación de edictos, aún cuando en este caso se podrá empezar a tramitar la notoriedad en el propio título adquisitivo, ello dejaría abierto dicho título, e incluso un poco descolgado, por ello en estos supuestos me inclino más a que el Acta de Notoriedad desde el principio al fin, se empiece y termine en un número y en un documento distinto.

---

### 3. OTORGAMIENTO DE ESCRITURA PUBLICA DE COMPRA-VENTA:

NORMA GENERAL: Se liquidará atendiendo a la fecha de la escritura.

EXCEPCION: Si junto con la escritura y declaración tributaria aportan el documento privado y pruebas que acrediten la veracidad de la fecha de éste (\*), se procederá como en la excepción del apartado 1.

(\*) Las pruebas han de ser: alta en la contribución, recibos de agua o de luz y, además: letras de cambio o resguardos de pago en entidades bancarias acordes con lo indicado en el contrato (Sentencia del Tribunal Supremo de 19-6-89 y 21-5-90)».

En cuanto a los medios de prueba que el Notario puede utilizar, éstos son variados, pues como dijimos líneas arriba, el 209 del Reglamento Notarial deja un gran margen de actuación a la actividad del Notario. Los supuestos pueden ser muy variados, no es lo mismo esa declaración de notoriedad para una viña, o un pinar o una finca rústica, que para un solar en un sitio costero, no ya solo por el valor que implican unas y otras fincas, sino por el conocimiento que de las zonas rústicas se tiene y la mayor facilidad en estas últimas de que el Notario llegue a un conocimiento más inmediato y directo de que el transmitente o causante es tenido por dueño. Aparte de la prueba testifical, que creo debe estar presente en todos estos procedimientos de notoriedad como prueba documental, y de la certificación catastral gráfica y descriptiva, es necesario, por ejemplo, el exigir algún otro documento que pudiera ser una certificación del propio Ayuntamiento del término municipal donde se ubique la finca en el que constara de alguna manera la circunstancia de que el transmitente es efectivamente tenido por dueño, con ello se implicaría al municipio en esta declaración para apoyarse el Notario en su juicio final de notoriedad. Por supuesto en los casos conflictivos, oscuros y pocos claros, deberá acudir-se a otros medios de publicación, bien en el tablón de anuncios del Ayuntamiento, bien en algún periódico de la provincia, o incluso en algún Boletín Oficial. También existen multitud de otras pruebas documentales de las que se puede servir el Notario como, por ejemplo, el alta en la electricidad, en el gas, en el agua, y un largo etcétera de posibles pruebas documentales. Por supuesto, será imprescindible mediante nota simple o certificación registral, acreditar que la finca no está ya inmatriculada en el Registro de la Propiedad.

En los dos supuestos que prevé el artículo 298 del Reglamento Hipotecario para la inmatriculación, el título público de adquisición habrá de expresar necesariamente la referencia catastral de la finca o fincas que se traten de inmatricular, y deberán incorporarse o acompañarse al mismo, certificación catastral, gráfica y descriptiva de tales fincas, en términos totalmente coincidentes con la descripción de éstas en dicho título, de las que resulte además que la finca está catastrada a favor del transmitente o del adquirente. En cuanto a estas últimas exigencias, hay que indicar que en muchos casos, sobre todo en determinadas zonas rurales, y en concreto en las fincas rústicas, el catastro o no existe para muchas de ellas, o sufre graves errores.

En los casos en los que no exista esa certificación catastral descriptiva y gráfica, habrá que conseguir la inclusión en el catastro de la finca transmitida, mediante el título de adquisición, a favor del adquirente, presentando copia simple de dicho documento público, a los efectos de dicha inclusión.

En estos casos la notoriedad deberá realizarse, en mi opinión, con posterioridad, ya que dicha certificación es un elemento esencial, no sólo para conseguir la inmatriculación sino, sobre todo, para que el Notario tenga la prueba documental más rotunda para poder dar el juicio de notoriedad posi-

tivo. En cuanto a que habrá de expresarse necesariamente la referencia catastral de las fincas, ello es consecuencia de que para inmatricular hay que acompañar o incorporar la certificación catastral, pero en mi opinión sólo por este motivo, ya que por Ley 13/96, de 30 de diciembre, y la posterior de 30 de diciembre de 1997, toda la referencia a la sección del Catastro no se aplicaría a las fincas rústicas; pero en lo referente a dicha Certificación Catastral Descriptiva y Gráfica, esta Reforma Reglamentaria lo ha incluido para la inmatriculación en las rústicas también, saltándose lo indicado en la Ley. Posteriormente haremos referencia a la muy discutible Disposición Transitoria 2.<sup>a</sup>, en relación con la inmatriculación de fincas e inscripción en el Registro de la Propiedad. Asimismo, analizaremos la Circular del Consejo General del Notariado sobre esta materia, en la que se intenta regular el procedimiento a seguir en estas Actas de Notoriedad.

Otro tema importante es el del aspecto fiscal, en cuanto a la liquidación de estas actas, donde no se ve claro que no vayan a tributar como reconocimiento de dominio, con lo que ello comporta de encarecimiento para los sujetos pasivos.

**El número 2 del artículo 298** hace una especial mención a que la inscripción a través de estos procedimientos de inmatriculación, se practica conforme al artículo 205 de la Ley, con la limitación del artículo 207 de la misma, es decir, la suspensión de efectos frente a terceros durante el plazo de dos años y quedando suspendida su eficacia a la constancia registral de la publicación del edicto que se regula en el propio apartado 4.º del artículo 298 del Reglamento Hipotecario, en donde esas inscripciones se notificarán a todos los que pudieran estar interesados en ellas por medio de edictos, que autorizará el Registrador, y que se fijarán por espacio de un mes en el tablón de anuncios del Ayuntamiento donde radique la finca, acreditando este hecho por certificación o diligencia suscrita por el secretario, teniendo en cuenta que hasta que no conste la publicación de los edictos, no se iniciará el cómputo del plazo de suspensión de los efectos de la inscripción a que se refiere el artículo 207 de la Ley. En este punto ha habido una modificación, en el sentido de que antes de la Reforma si no se acreditaba y devolvía esa publicación del edicto cumplimentado en el plazo de tres meses siguientes a la fecha de la inscripción, caducaba la inscripción de inmatriculación, y procedía su cancelación de oficio por el Registrador. Ahora no se dice esto, sino que el asiento de inscripción queda condicionado o supeditado en cuanto a su eficacia, a la constatación registral de la publicación del edicto correspondiente. Se trata, en definitiva, de una inscripción que podríamos denominar «condicional». Como establece el artículo 298. 4): «...hasta que no conste registralmente la publicación de edictos, no se iniciará el cómputo del plazo de suspensión de los efectos de la inscripción a que se refiere el artículo 207...», plazo que es de dos años. El cumplimiento de haberse realizado la correspondiente publicación en el Ayuntamiento, se hará

constar por nota al margen de la inscripción de inmatriculación. En este caso, el cómputo del inicio del plazo (de los dos años) de suspensión a los efectos de la Fe Pública Registral será el de la fecha en que se haga constar en el Registro que se ha realizado la publicación pertinente.

En este sentido se ha indicado (3), «...lo que es cierto es que esta norma supone un cambio sobre el texto de la Ley (art. 207), que prevé para las inscripciones de inmatriculación a que alude la suspensión de dos años a contar desde su fecha (la de la inscripción); mientras ahora lo serán a contar desde la nota marginal de constancia de la publicación del edicto, salvo que se entienda que al ser inscripciones condicionales a aquella cumplimentación, la fecha a que se refiere el precepto será la de la nota marginal que la consolida...»

#### B) LOS EXCESOS DE CABIDA

El número 3 del artículo 298 regula lo que podríamos denominar cuatro supuestos para la inmatriculación de los excesos de cabida. Expondremos a continuación cada uno de ellos, para luego intentar conexionarlos, engarzarlos y analizarlos, y que nosotros denominaremos a efectos de exposición con las letras «A», «B», «C» y «D».

Los cuatro supuestos serían:

**A) Inmatriculación de excesos de cabida que resulten de títulos públicos de adquisición**, siempre que se acredite en la forma prevista en el apartado 1, la previa adquisición de la finca por el transmitente con mayor cabida resultante, se exprese la referencia catastral y se incorpore o acompañe certificación catastral descriptiva y gráfica que permita la perfecta identificación de la finca y de su exceso de cabida, y de la que resulte que la finca se encuentra catastrada a favor del titular inscrito o del adquirente.

**B) Inscripción de excesos de cabida que se acrediten mediante certificación catastral o, cuando fueren inferiores a la quinta parte de la cabida inscrita, con el certificado e informe de técnico competente** en los términos previstos en el artículo 53 de la Ley de 30 de diciembre de 1966, que permitan la perfecta identificación de la finca y del exceso de cabida sin necesidad de título traslativo.

**C) Inscripción de los excesos de cabida en virtud de Expediente de Dominio** conforme a lo previsto en la Ley y en el Reglamento Hipotecario,

---

(3) JOSÉ TOMÁS BERNAL-QUIRÓS CASCIANO, «Inmatriculación de fincas e inscripción de excesos de cabida. Reforma del artículo 298 del Reglamento Hipotecario por Real Decreto 1867/1998, de 4 de septiembre», en *Boletín del Colegio de Registradores de España*, año 1998, octubre, núm. 41.

o en virtud del Acta de Presencia y Notoriedad regulada en la legislación citada anteriormente sobre referencia catastral.

**D) Como rectificación de superficie se podrán hacer constar los excesos de cabida que no excedan de la vigésima parte de la cabida inscrita.**

En cuanto al **apartado A)** podemos denominarlo como el básico que quiere estar en consonancia con lo que establece el número 1 del propio artículo 298, exigiendo los mismos requisitos que para la inmatriculación de fincas no inscritas en su totalidad. En este sentido repetimos los mismos comentarios que hicimos anteriormente cuando estudiamos aquellos supuestos.

**Lo que ocurre es que el apartado B)** ofrece un medio, en nuestra opinión, más sencillo, más cómodo para inscribir cualquier exceso de cabida, ya que con criterio general se exige certificación catastral, aunque curiosamente no se dice que sea descriptiva y gráfica, aunque creo que se trata más bien de un lapsus o error, o bien si el exceso es inferior a la quinta parte, bastará el certificado o informe del técnico competente en los términos que regula el artículo 53 de la Ley 30 del 96, sin necesidad de título traslativo.

Se puede plantear la cuestión relativa a si en este supuesto B) es necesario o no que esa certificación catastral esté necesariamente a nombre del titular inscrito o del adquirente; el legislador, en este caso, no lo exige de forma expresa, a diferencia de lo que establece con criterio general en el denominado apartado A).

Podría entenderse que bastaría la certificación catastral, aunque hiciera referencia a personas distintas de las antes indicadas, siempre que no existan dudas de la finca sobre la que se está operando el exceso de cabida (4).

De todo ello deducimos que se aportará esa certificación catastral en el propio título transmisivo o declarativo, por ejemplo, una escritura pública de compraventa u obra nueva, sin necesidad de tener que, o bien complementarlo con un acta de notoriedad, ni que la previa adquisición de ese exceso no inscrito tenga que tener un apoyo en documento fehaciente. Puede ocurrir, por ejemplo, que sí exista ese título público anterior que acredite el exceso no inscrito, pero puede ocurrir también lo contrario, y en este caso está claro que acudiremos al supuesto b). Pero en todo caso, el soporte documental, para conseguir el exceso de cabida, debe ser el documento público por la aplicación del artículo 3 de la Ley Hipotecaria, sin que en ningún caso puedan acceder por sí solas al Registro de la Propiedad, la certificación catastral, o bien el certificado técnico.

En los casos del **apartado C)** se puede utilizar la vía del expediente de dominio, o el acta de presencia y notoriedad, aunque ciertamente en la práctica consideramos que no se darán muchos supuestos de aplicación de estas

---

(4) La opinión favorable a exigir también en este supuesto que la finca se encuentre catastrada, a favor del titular inscrito o del adquirente, ha sido ya indicada por JOSÉ TOMÁS BERNAL-QUIRÓS CASCIANO, *ob. cit.*, pág. 2733.

vías, debido a que ya existen otros variados medios que facilitan la posibilidad de la inmatriculación de los excesos de cabida de fincas ya inscritas. En cuanto al acta de presencia y notoriedad, se dice que habrá que acudir a la legislación sobre referencia catastral, es decir, la Ley de 30 de diciembre del 96; esto es así, pero con una matización, ya que deberá acudirse al acta prevista con todos sus trámites del artículo 203 de la Ley Hipotecaria y 288 a 297 de su Reglamento; lo que ocurre es que la Ley del 96, en su artículo 53, apartado 10, suprime la regla octava que exigía la aprobación judicial (art. 203 LH), que había llevado en la práctica a ser muy extraña la utilización de esta vía que exigía además una aprobación judicial posterior. Por determinar el posible ámbito de aplicación, esta vía podrá ser utilizada, creemos, en aquellos supuestos en los que, por ejemplo, la certificación catastral no ampare la superficie que se pretenda inscribir en cuanto al exceso de cabida, por tener esta certificación una superficie muy diferente a la de la realidad jurídica extra registral y extra catastral.

En cuanto a los supuestos del **apartado D)**, como hemos denominado nosotros, hacen referencia a esos excesos que no superen de la vigésima parte de la cabida inscrita.

El anterior número 5 del artículo 298 del RH, previsto bajo letra D, permitía esa inmatriculación cuando no se superara la quinta parte, produciéndose en el nuevo texto una rebaja considerable de la cifra o del porcentaje anteriormente establecido. Hemos de hacer notar que en este caso el legislador no habla de inmatriculación de exceso de cabida, sino de simple rectificación de superficie para los supuestos en que no se exceda de la vigésima parte de la cabida inscrita. No parece considerarlo como una auténtica inmatriculación del exceso de cabida.

En todos los supuestos que hemos visto se establece que será indispensable que no tenga el Registrador dudas fundadas sobre la identidad de la finca, tales como aparecer inscrito con anterioridad otro exceso de cabida sobre la misma finca, o bien tratarse de finca formada por segregación, división o agrupación en la que se haya expresado con exactitud su superficie. Este párrafo, en lo referente a *no tener dudas fundadas*, que se mantiene como ocurría en el texto anterior, es ciertamente un «cajón de sastre», ya que en todo caso queda a la interpretación del Registrador el no tener esas dudas fundadas, siendo los términos tan ambiguos y genéricos, que en cualquier caso o circunstancia pudiera ser acreditada la misma. La matización que se hace en relación a que se trate de finca formada por segregación es para evitar en muchos casos lo que la experiencia práctica ha dado, en el sentido de que se iban segregando fincas de una matriz, y aprovechando estas circunstancias, en cada título transmisivo se iban haciendo sucesivos excesos de cabida, llegando a la conclusión que una finca de «X» metros se convertía en casi toda una provincia. Pero esos dos supuestos, específicamente reseñados en la

norma (provenientes de Resoluciones de la DGRN), no son vinculantes para el Registrador *per se*, sino que están reseñados a modo de ejemplo, pudiendo haber otros en los que el Registrador se base para llegar a la duda fundada. Lo cierto es que son orientativos y pueden servir de apoyo al Registrador para llegar a tomar una decisión. También, en los supuestos de inscripción del exceso de cabida, el artículo 298.3, último párrafo del Reglamento Hipotecario, establece que se harán constar expresamente en el acta de inscripción, con referencia al artículo 205 de la Ley y al supuesto reglamentario en que se ampara, con la limitación de su artículo 207, y además para el supuesto de aplicarse el procedimiento general de inmatriculación previsto en el primer párrafo del apartado 3 del citado artículo 298 del Reglamento Hipotecario, se indicará en el acta de inscripción la supeditación de su eficacia, a la constancia registral de la publicación del edicto.

En cuanto a la interpretación que deba darse a esta redacción, se ha indicado (5) que *«...pero, además, exige que en el acta de inscripción se haga referencia al artículo 205 de la Ley y al supuesto reglamentario en que se ampara con la limitación de su 207. Lo cual parece dar a entender que todo caso de inscripción de excesos de cabida quedará comprendido dentro del artículo 205 de la Ley, y por lo tanto como un caso de inmatriculación y consecuentemente sujetos a la limitación por dos años en cuanto a terceros adquirentes para que puedan quedar protegidos por la fe pública. Sin embargo, esta interpretación es dudosa y en algún sentido no coherente técnicamente. Así, en los supuestos de excesos inferiores a la vigésima parte de la cabida inscrita, la redacción de su párrafo parece separarlos de los demás casos de excesos de cabida ... Sería excesivo aplicarle a este supuesto los efectos y limitaciones de la inmatriculación por título público. Más discutible lo es para los restantes casos, salvo, naturalmente, el que se basa en el párrafo primero, que es el que se justifica propiamente en el título público de adquisición y para el cual tiene absoluta coherencia, pero no así para los demás que incluso, expresamente, como sucede en el párrafo segundo, no precisan título traslativo. Sin embargo, del párrafo comentado no parece deducirse la exclusión de ningún supuesto, ...desde luego, lo exigido por dicho párrafo no será aplicable en modo alguno, ...a los declarados en expediente de dominio, pues sería injustificado aplicarle esa limitación de efectos al expediente de dominio para la inscripción de excesos y no al que tiene por finalidad inmatricular la finca, como resulta del propio artículo 207 de la Ley. Por eso, una interpretación más coherente con el sistema podría ser entender hechas las referencias al artículo 205 y 207, así como al edicto, sólo a los excesos de cabida inscritos en base a título público de adquisición.*

---

(5) JOSÉ TOMÁS BERNAL-QUIRÓS CASCIANO, *ob. cit.*, pág. 2734.

*Pero habría que reconocer entonces la redacción desafortunada del precepto y que la misma da escaso margen a tal interpretación...»*

### III. ANALISIS DE LA DISPOSICION TRANSITORIA SEGUNDA

La Disposición Transitoria segunda del Real Decreto, objeto del presente trabajo, relativa a la inmatriculación de fincas e inscripción de excesos de cabida, establece que: *«Durante el año siguiente a la fecha de entrada en vigor de este Real Decreto podrá practicarse la inmatriculación de fincas y la inscripción de excesos de cabida basados en títulos otorgados con anterioridad a dicha fecha, conforme a la redacción anterior del texto del artículo 298 que se modifica, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 53.7 de la Ley 13/1996, de 30 de diciembre, que será aplicable inmediatamente a todo tipo de fincas rústicas y urbanas».*

Para poder llegar al análisis crítico de esta Disposición Transitoria segunda, es necesario que antes «refresquemos la memoria» sobre determinadas leyes que están implicadas en la misma. La Ley 13/96, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y de Orden Social, establece en su artículo 53, número 7, que: *«En lo sucesivo, no se inmatriculará ninguna finca en el Registro si no se aporta, junto al título inmatriculador, certificación catastral descriptiva y gráfica de la finca, en términos totalmente coincidentes con la descripción de ésta en dicho título».* Por su parte, la Disposición Transitoria octava de la citada Ley, establecía que: *«La aplicación de lo establecido en la Sección cuarta del Capítulo IV del Título I de esta Ley, a los bienes inmuebles rústicos, comenzará a exigirse el día 1 de enero de 1998. Hasta la fecha indicada, la referencia que en la Sección cuarta del Capítulo IV del Título I de esta Ley, se hace a los bienes inmuebles, se entenderá realizada exclusivamente a los urbanos enumerados en el artículo 62 de la Ley 39/88, de 28 de diciembre, reguladora de las Haciendas Locales».*

Con posterioridad, la Ley 66/97, de 30 de diciembre, sobre Medidas Fiscales, Administrativas y de Orden Social, en su Disposición Final tercera, establece: *«Queda sin efecto lo establecido en el primer párrafo de la Disposición Transitoria octava de la Ley 13/96, de Medidas Fiscales, Administrativas y de Orden Social. Mediante Ley se determinará la fecha en que comenzará a exigirse la aplicación de lo establecido en la Sección cuarta del Capítulo IV del Título I de la citada Ley a los bienes inmuebles rústicos».*

De todo ello se deduce con claridad meridiana que la Sección cuarta denominada de la referencia catastral que cubre los artículos 50 a 57 de la ya citada Ley 13/96, de 30 de diciembre, incluido por tanto el artículo 53.7, relativo a la necesidad de aportar la certificación catastral descriptiva y grá-

fica para la inmatriculación de fincas en el Registro de la Propiedad, no se aplicaría a los inmuebles rústicos hasta que una Ley determinara la fecha en que comenzaría a exigirse. Pero el Real Decreto, ya citado, determina que un concreto artículo, en un concreto apartado (art. 53.7 de la Ley 13/96, de 30 de diciembre) va a ser aplicable inmediatamente a todo tipo de fincas rústicas y urbanas, saltándose, en nuestra opinión, el claro mandato imperativo del legislador que establecía todo lo contrario.

Pero no solamente se aplica a los títulos que se otorguen con posterioridad a la entrada en vigor del Real Decreto, sino también a los anteriores a esta entrada en vigor, es decir, a una escritura de compraventa de finca rústica, autorizada hace treinta años, por ejemplo.

Al menos, y como mal menor, se debería haber dado ese «año sabático» en este punto, a lo que establece la Disposición Transitoria segunda en relación a la inmatriculación de fincas y la inscripción de excesos de cabida, basados en títulos otorgados con anterioridad a la fecha de entrada en vigor del Real Decreto, en donde se permite el acceso registral, conforme a la redacción anterior del texto del artículo 298 del Reglamento Hipotecario. Ello como mínimo indispensable, aunque no debería de aplicarse a los anteriores en ningún caso, pero teniendo en cuenta de cualquier modo que no encuentro ningún tipo de habilitación legal, para que a través de un Real Decreto se modifique lo establecido en una Ley, tanto para los títulos anteriores a la entrada en vigor del Real Decreto que modifica el Reglamento Hipotecario, como tampoco para los títulos otorgados con posterioridad a la misma (6).

Otro tema sería en relación a los bienes inmuebles de naturaleza urbana, donde la obligación de aportar la certificación catastral descriptiva y gráfica para la inmatriculación procede de la citada Ley 13/96, de 30 de diciembre. Se podría plantear la posibilidad de no dar efectos retroactivos a dicha Ley para los títulos autorizados antes de la entrada en vigor de la misma, y por lo tanto no se exigiera para éstos la certificación catastral gráfica y descriptiva para su inmatriculación.

Por si esto no fuera suficiente, y descendiendo a la práctica diaria, se ha de indicar que si ya el catastro de por sí plantea muchos problemas en orden a las fincas urbanas, esto se acrecienta hasta límites insospechados en el catastro de fincas rústicas, teniendo en cuenta que en algunos lugares de España, hasta este catastro es casi inexistente.

Los Notarios y Registradores de zonas rústicas van a tener más de un disgusto y muchos problemas, esperando que el sentido común pueda imperar. Además, el problema con respecto a los títulos anteriores, es que la

---

(6) No compartiendo la idea de los que piensan que la habilitación legal procede del artículo 205 de la LH.

descripción de la finca debe coincidir con la de la certificación, cosa que será imposible.

Por último, y como colofón a esta pequeña exposición, la Ley 50/98, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y de Orden Social, nada ha dicho sobre la aplicación de todo el articulado de la referencia catastral en relación a las fincas rústicas, es decir, mantiene en vigor lo establecido en la ya citada Ley de 1997.

#### IV. LA CIRCULAR DEL CONSEJO GENERAL DEL NOTARIADO

La Circular del Consejo General del Notariado de fecha 18-19 de diciembre de 1998, aprueba una serie de medidas, en relación con las Actas de Notoriedad complementarias del Título Público Adquisitivo del artículo 298 del Reglamento Hipotecario (7).

---

(7) CIRCULAR 6/98. ACTAS DE NOTORIEDAD COMPLEMENTARIAS DEL TÍTULO PÚBLICO ADQUISITIVO DEL ARTÍCULO 298 DEL REGLAMENTO HIPOTECARIO. El artículo 298.1.2.º del Reglamento Hipotecario en la redacción dada al mismo por el Real Decreto 1867/1998, de 4 de septiembre, regula la inmatriculación de fincas no inscritas a favor de persona alguna, mediante el título público de su adquisición por el transmitente o causante de la finca que se pretende inscribir con documento fehaciente, mediante el título público de su adquisición, «complementado con un acta de notoriedad acreditativa de que el transmitente o causante es tenido por dueño».

Asimismo establece que «el acta de notoriedad complementaria tendrá por objeto comprobar y declarar la notoriedad de que el transmitente de la finca o fincas que se pretendan inmatricular es tenido como dueño de ellas, a juicio del notario autorizante, y se tramitará conforme al artículo 209 del Reglamento Notarial, pudiendo autorizarse al tiempo o con posterioridad al título público al que complementa».

El artículo 209 del Reglamento Notarial regula con carácter general las actas de notoriedad; sin embargo, nuestra legislación conoce o ha conocido otras que han sido objeto de regulación especial, tanto en la legislación notarial como en la legislación hipotecaria.

La drástica disminución de procedimientos inmatriculadores, provocada por la reforma hipotecaria, hacen suponer un mayor número de autorizaciones de estas actas, pese a subsistir las razones fiscales que las desaconsejaron durante la vigencia del texto anterior del mismo precepto.

El Consejo General tiene como función «adoptar las medidas necesarias para procurar la unificación de la práctica notarial» (art. 344.4 del Reglamento Notarial), y con el fin de ejercerla en beneficio de la seguridad jurídica preventiva que el Notariado tiene encomendada, ha acordado las siguientes normas, con el carácter de requisitos mínimos, que deben ser observadas en la autorización de las actas complementarias del título público de adquisición previstas en el artículo 298 del Reglamento Hipotecario.

«1. En las actas de notoriedad complementarias del título público de adquisición para la inmatriculación de fincas no inscritas conforme a los artículos 205 de la Ley Hipotecaria y 298 del Reglamento, se observarán los requisitos establecidos en el artículo 209 del Reglamento Notarial y en especial:

Como punto de partida hemos de indicar que es bueno y necesario que el Consejo General establezca unas pautas de conducta a los efectos de procurar la unificación de la práctica notarial, haciendo ver a los Notarios la importancia y responsabilidad que asumen en las Actas de Notoriedad del artículo 209 del Reglamento Notarial cuando se aplican a los efectos del artículo 298 del Re-

---

*Primero.* El acta tendrá por objeto comprobar y declarar la notoriedad de que el transmitente o causante de las fincas que se pretendan inmatricular es tenido como dueño de ellas en el término municipal donde radiquen las mismas.

*Segundo.* Será Notario hábil para autorizarla cualquiera que sea competente para actuar en la población en cuyo término municipal se halle la finca objeto de inmatriculación.

*Tercero.* El requerimiento para instrucción del acta será hecho al Notario por persona que demuestre interés legítimo en acreditar los hechos que constituyen su objeto.

*Cuarto.* El Notario practicará, para comprobación de la notoriedad pretendida, cuantas pruebas estime necesarias, sean o no propuestas por el requirente, y especialmente las siguientes:

a) *Documental.* El interesado deberá presentar al Notario:

1. El título público de adquisición que el acta ha de complementar.

2. Los documentos que posea relativos a la titularidad de la finca por el transmitente o causante, tales como recibos, contribuciones, documentos privados y otros de cualquier naturaleza.

3. La certificación catastral descriptiva y gráfica de las fincas, en términos totalmente coincidentes con la descripción de éstas en el título público que ha de complementarse, y de las que resulte además que la finca está catastrada a favor del transmitente o adquirente.

4. Certificación o nota simple informativa del Registro de la Propiedad acreditativa de que la finca cuya inmatriculación se pretende no se halla inscrita en el Registro de la Propiedad.

b) *Testifical.* En el acta habrá de constar necesariamente, al menos, la declaración de dos testigos que aseveren que de ciencia propia o por notoriedad les consta que el transmitente o causante es tenido como dueño en el término municipal en el que radica la finca.

c) *Edictos.* Se publicarán edictos comunicando la tramitación del acta, su objeto y la finca o fincas a que la misma se refiere, con el fin de que cualquier interesado en plazo de veinte días naturales pueda alegar lo que estime oportuno en defensa de sus derechos, debiendo el Notario interrumpir la instrucción del acta, cuando así proceda, por aplicación del número quinto del artículo 209 del Reglamento Notarial.

Los edictos se fijarán en el tablón de anuncios del Ayuntamiento de la población a que corresponda la finca.

2. *El Notario autorizante del acta de notoriedad a que se refiere el apartado 1 anterior, deberá poner en conocimiento del Decanato del respectivo Colegio Notarial, el mismo día en que se hubiese admitido el requerimiento, la iniciación de la tramitación del acta mediante oficio en el que se indicará:*

a) *Fecha del requerimiento.*

b) *Datos personales del transmitente o causante que es tenido como dueño.*

c) *Descripción de la finca a que se refiere el acta.*

3. *Con carácter previo a la aceptación del requerimiento para la inmatriculación de las actas a que se refiere esta norma, el Notario requerido deberá solicitar del Colegio Notarial certificación acreditativa de haberse autorizado o no otra acta de notoriedad complementaria de título público de adquisición, relativo a la misma finca. En el caso de*

glamento Hipotecario. Responsabilidad, no sólo del propio Notario, sino la responsabilidad de nuestra imagen y función, cara a los terceros y al propio Estado, en el sentido de aplicar la colaboración y ser rigurosos con nuestra profesión.

Pero una cosa es eso, y otra el hacer extralimitaciones no amparadas por el Reglamento Notarial. En efecto, el artículo 344.4 del Reglamento Notarial establece que el Consejo General tiene como función *«adoptar las medidas necesarias para procurar la unificación de la práctica notarial»*. Ahora bien, esa Norma Reglamentaria, no creemos en absoluto permita facultar a la redacción del contenido de esta Circular, en la que se establecen los requisitos mínimos que debe observar todo Notario, y no como requisitos orientativos en todo caso. Además, existe el artículo 209 del Reglamento Notarial que es el único Texto Normativo, por el momento, al que el Notario debe acogerse, de ahí aplicarlo en su leal entender y saber.

Descendiendo al propio texto de la Circular, el número 1. Segundo, establece *«...Será Notario hábil para autorizarla cualquiera que sea competente para actuar en la población en cuyo término municipal se halle la finca objeto de inscripción»*. Nos guste más o menos este punto, lo que queda fuera de toda duda es que no puede una Circular establecer la competencia territorial del Notario para autorizar estas actas; por supuesto, el artículo 344.4 del Reglamento Notarial, en absoluto concede esa habilitación legal. Si se quiere que eso sea así, habría que introducir un nuevo artículo en el Reglamento Notarial que hiciera referencia a estas actas, como ocurrió con el artículo 209.bis, relativo a las Actas de Declaración de Herederos. La remisión del artículo 298 del Reglamento Hipotecario lo es a las Actas de Notoriedad del 209 del Reglamento Notarial, y no al artículo 203 de la Ley Hipotecaria, que hace referencia a la reanudación del tracto sucesivo o a los excesos de cabida.

En cuanto al punto 1, apartado cuarto, hace referencia a las pruebas que el Notario ha de exigir, y además con el carácter de requerimiento mínimo, según se desprende y se expresa en la propia circular cuando dice: *«...ha acordado las siguientes normas, con el carácter de requisitos mínimos, que deben ser observadas en la autorización de las actas complementarias del título público de adquisición...»* De nuevo existe un salto en el vacío, en relación con el artículo 209 del Reglamento Notarial, donde se deja libertad al Notario para que practique o pida las pruebas que considere oportunas.

---

*ser positiva la certificación, el Notario deberá abstenerse de aceptar el requerimiento, haciendo saber al interesado la causa de la denegación.*

*4. En los Colegios Notariales se llevará un fichero alfabético de los causantes o transmitentes a que se refieren las actas de notoriedad complementarias de título público de adquisición, debiendo conservarse los oficios remitidos, al efecto, por los Notarios.*

18-19 de diciembre de 1998.

La Circular puede dar criterios orientativos y consejos en este punto, pero no dictar cuáles son las pruebas mínimas que tenga que pedir o practicar el Notario; ello dependerá de cada caso y circunstancia, que muchas veces serán las previstas en este apartado, pudiendo, en determinadas situaciones, suprimirse alguna, como la notificación por cédula o edictos, y en ocasiones practicar otras distintas, además, que sean necesarias para el supuesto de hecho concreto.

Por otro lado, parece obvio pedir antes una certificación o nota simple informativa de la finca cuya inmatriculación se pretende, para asegurarse de que la finca no se encuentra adscrita, y el Notario que así no lo hiciera, quedaría sometido a todas las responsabilidades.

En materia de Edictos, también discrepamos, pues vuelve la circular a hacer una interpretación del artículo 209 del Reglamento Notarial, donde se deja al Notario libertad de actuación para practicar las pruebas que considere necesarias. A veces, por la claridad del supuesto, no será necesario hacer ninguna publicación, y otras hacerla además en periódicos de tirada provincial o nacional, o en publicaciones oficiales, etc., por ejemplo. Todo ello en conexión con el ya citado artículo 209 del RN, que establece «...en el caso de que fuera presumible, a juicio del Notario, perjuicio para terceros, conocidos o ignorados, se notificará la iniciación del acta por cédula o edictos, a fin de que en plazo de veinte días puedan alegar lo que estimen oportuno en defensa de sus derechos, debiendo el Notario interrumpir la instrucción del acta cuando así proceda por aplicación del número quinto de este artículo...»

De la interpretación literal del apartado cuarto del número, parece deducirse, que no podría hacerse y declararse la notoriedad, en el mismo título adquisitivo, ya que dice en el punto a): «que el interesado deberá presentar al Notario el título público de adquisición que el acta ha de complementar». Si ésta fuera la intención, discrepamos, porque pensamos, como ya hemos expuesto en otro lugar del trabajo, que en muchas ocasiones sí será posible realizarlo conjuntamente, porque el caso concreto esté claro para el propio Notario, dando así una mayor claridad y unidad negocial al documento, evitando que se encuentren dispersos los dos, el del Título Adquisitivo y el del Acta de Notoriedad. Incluso si se decidieran a hacer edictos, éstos se podrían incluir en el propio título adquisitivo por diligencias posteriores. No olvidemos que el artículo 298 del Reglamento Hipotecario, en el último párrafo del apartado primero, establece que *el acta puede autorizarse al tiempo o con posterioridad al título público al que complementa*, por lo que nuestro razonamiento es congruente con el propio legislador. Incluso podría plantearse que el acta pueda ser anterior al propio título público adquisitivo, siempre que en dicho acta se establezca con claridad la conexión con el otorgamiento del título público adquisitivo muy próximo en el tiempo, a pesar de poder enten-

der, desde un punto de vista jurídico, esta posibilidad es la que menos me gusta, porque es cuando se otorga el título de adquisición el momento en que el transmitente debe ser tenido como dueño, y podría ocurrir que se difiriera en exceso en el tiempo el otorgamiento de este título, pudiendo haber variado el que el transmitente sea ya tenido como dueño.

Para concluir, la mejor solución es reflejar en el mismo documento notarial, la notoriedad y la adquisición o transmisión, siempre que ello sea posible, teniendo en cuenta que lo ideal es que el requerimiento para declarar la notoriedad sea hecho por el propio transmitente, y asuma bajo su responsabilidad la manifestación de que es tenido como dueño, incluso será la persona más adecuada para poder proponer al Notario la práctica de las pruebas oportunas para conseguir esa declaración de notoriedad. Cuando el acta complementaria es posterior en el tiempo al título adquisitivo, el requerimiento lo va a practicar el adquirente, teniendo que hacer manifestaciones de un transmitente con el que quizá ya no tenga ninguna conexión, y pudiendo carecer de los suficientes datos que acrediten que el transmitente, en tiempo pasado, era tenido como dueño a la hora de hacer la transmisión; además, corriendo el riesgo de que al ser posterior puede llegar a no declararse la notoriedad, y por lo tanto no poder llegar a inscribirse su título de adquisición.

En lo referente al punto 2, éste se acerca más al artículo 344.4 del Reglamento Notarial, aunque su virtualidad práctica va a ser compleja. Se establecen dos medidas, una anterior a la aceptación del requerimiento, debiendo pedir el Notario, con carácter previo, al Colegio Notarial correspondiente, certificación acreditativa de haberse autorizado o no otra acta de notoriedad complementaria del título público de adquisición, relativa a la misma finca. En el caso de ser positiva la certificación, el Notario deberá abstenerse de aceptar el requerimiento, haciendo saber la causa de la denegación.

La otra medida es la relativa a que el Notario autorizante del acta deberá poner en conocimiento del Decanato del respectivo Colegio Notarial, en el mismo día en que hubiese admitido el requerimiento, la iniciación de la tramitación del acta mediante oficio, en el que se indicará la fecha del requerimiento, los datos personales del transmitente o causante que es tenido como dueño, y la descripción de la finca a que se refiere el acta.

Como complemento a estos dos tipos de medidas, y a los efectos de poder hacer operativas las mismas, deberá llevarse en los Colegios Notariales un fichero alfabético de los causantes o transmitentes a que se refieren las actas de notoriedad complementarias de título público de adquisición, debiendo conservarse los oficios remitidos, al efecto, por los Notarios.

Como principio general, todo Notario, en razón a su función, puede denegar la prestación de esa misma función a la autorización de cualquier instrumento público, cuando el acto que se pretende autorizar sea contrario a la Ley, la Moral y al Orden Público.

Denegación de funciones que tiene como contrapartida y protección de cualquier solicitante o requirente de la actuación notarial, el recurso de queja ante la Dirección General de los Registros y del Notariado.

La Circular establece con rotundidad que si el Colegio Notarial certifica que se ha autorizado otra acta relativa a la misma finca, el Notario deberá abstenerse de aceptar el requerimiento y así lo hará saber al interesado. La solución puede presentarse con el carácter de seguridad preventiva, pero el interesado puede tener derecho a instar ese acta de notoriedad, puesto que presenta en su caso un título público de adquisición, y si la única conexión es que se trate de la misma puede ocurrir que presente pruebas que puedan hacer llegar al Notario autorizante a la conclusión de declarar la notoriedad.

Por ello, esa Certificación del Colegio debe servir, en primer lugar, para advertir al interesado de que se ha autorizado un acta de notoriedad sobre la misma finca, y una vez hecha esa advertencia, si el interesado insiste en el requerimiento, creo que el Notario no puede negarse a aceptar el mismo e iniciar la tramitación del acta. Otro tema será que en este caso el Notario partirá de un elemento negativo que hará más difícil, quizá, que pueda llegar a declarar una determinada notoriedad, si ello es así deberá plasmarlo en el documento notarial, y terminar, en su caso, el acta de que a su juicio no se estima justificada la notoriedad pretendida.

Además, por el artículo 209, párrafo quinto del Reglamento Notarial, la instrucción del acta se interrumpirá si se acreditar al Notario haberse entablado demanda en juicio declarativo con respecto al hecho cuya notoriedad se pretenda establecer, y la interrupción de la misma se levantará, y el acta será terminada a petición del requirente cuando la demanda haya sido expresamente desistida, cuando no se haya dado lugar a ella por sentencia firme, o cuando se haya declarado caducada la instancia del actor.

Asimismo, hay que tener en cuenta que esa certificación que expide el Colegio Notarial, lo único que nos dice es que se ha iniciado la tramitación del acta de notoriedad, puesto que éste es el punto que se exige en la Circular al poner en conocimiento del Decanato la iniciación de la misma; pero lo que no se determina es si al terminarse dicha acta, se ha llegado o no a declarar la notoriedad pretendida, con lo que nos encontraríamos en la imposibilidad de darle satisfacción al requirente que solicitaba la función en esa futurible segunda acta.

Como vemos el mecanismo sobrepasa incluso lo que prevé el artículo 209.bis del Reglamento Notarial para las Actas de Declaración de Herederos, en donde se suspenden las actas segundas o posteriores. En esta Circular ni se inician; teniendo en cuenta la distinta naturaleza y características del hecho o hechos cuya notoriedad se pretende en unas y otras. Además, el 209.bis es norma que regula ese mecanismo, y aquí volvemos a estar «huérfanos» de una norma que regule todo lo que la Circular pretende.

Como podemos observar, el mecanismo tiene buenas intenciones, pero difícil aplicación práctica, y sobre todo, que lo que pretende preservar, no lo consiguie.

## V. BREVE REFERENCIA A OTRAS MODIFICACIONES INTRODUCIDAS EN EL REGLAMENTO HIPOTECARIO (8)

**El artículo 11, referente a la inscripción a favor de entidades sin personalidad jurídica,** hace una especial consideración de las uniones temporales de empresas, comisiones de acreedores, los fondos, ya sean fondos de pensiones, de inversión interior o exterior, de titulación hipotecaria o de titulación de activos, así como también permite practicar anotaciones preventivas de demanda y embargo a favor de las comunidades de propietarios en régimen de propiedad horizontal. En cuanto a las uniones temporales de empresas, la inscripción se realiza a nombre de los socios que la componen, con independencia a que se haga constar la composición de las mismas y el régimen de administración y disposición sobre tales bienes, solución parecida a la que se dio con las sociedades civiles, en la Doctrina del Centro Directivo.

**Las Sociedades Civiles no son contempladas en el texto definitivo del artículo 11,** pero la Disposición Adicional única permite, por fin, la inscripción de estas Sociedades Civiles en el Registro Mercantil, no sólo de las sociedades mixtas, que ya estaba permitida, sino incluso las llamadas sociedades civiles puras, objetiva y subjetivamente, y como consecuencia de ello, la posibilidad en cuanto a estas últimas de que puedan inscribir la titularidad de Derechos Reales a su favor en el Registro de la Propiedad. En futuros trabajos trataré de nuevo su problemática.

**El nuevo artículo 13 introduce por primera vez la regulación de las Cesiones de Suelo por Obra Futura,** estableciendo el supuesto de que se estipule que la contraprestación a la cesión consista en la transmisión de pisos o locales del edificio a construir, descritos en el título de permuta con fijación de la cuota que les corresponderá en los elementos comunes, así como el supuesto en que los contratantes hayan configurado la contraprestación a la cesión en forma distinta a la anterior o como meramente obligacional.

**Se da una nueva regulación al Derecho de Superficie,** en concreto se modifica el artículo 16 en cuanto al plazo máximo de duración de setenta y

---

(8) Con criterio general se ha recogido el resumen realizado sobre esta reforma del Reglamento Hipotecario, por JESÚS CUÉLLAR MARÍN, en «La reciente modificación del Reglamento Hipotecario. Avance de las novedades más importantes, sin comentarios críticos», en *Boletín del Colegio de Registradores de España*, año 1998, noviembre, núm. 42, págs. 2749 y sigs. Los comentarios personales están reflejados, fundamentalmente, en el artículo 11 y en el artículo 177, relativo a las cancelaciones por caducidad.

cinco años el concedido por el Ayuntamiento y demás personas públicas, y el de noventa y nueve en el convenido entre particulares.

**En cuanto al Derecho de Vuelo** se introduce en el mismo artículo como novedad, el que ha de concretarse el número máximo de plantas a construir, y que hay que señalar el plazo máximo para el ejercicio del mismo, que no podrá exceder de diez años.

En cuanto a las circunstancias de las inscripciones, lo relativo a la descripción de las fincas y la posibilidad de contemplar su identificación mediante la incorporación de una base gráfica y un plano topográfico que es archivable en el Registro y que se regula en la regla 4.<sup>a</sup> del nuevo artículo 51, incluso permitiendo la posibilidad de que constituya una operación registral independiente. En cuanto a la inscripción de cuotas indivisas de finca destinada a garaje, el nuevo artículo 68 recoge en su párrafo tercero lo que ya establecía el artículo 53.b) de las normas complementarias en materia de urbanismo, exigiendo un requisito más, el que la descripción correspondiente a los elementos comunes deberá hacerse con referencia a un plano, cuya copia testimoniada se archivará en el Registro, siendo de aplicación el mismo régimen a los trasteros.

**En cuanto al plazo para verificar la inscripción**, el nuevo artículo 97 recoge el sistema anterior de los quince o treinta días, pero en los casos de retirada del título y de la existencia de defectos subsanables establece otro, que existiera pendiente de despacho un título presentado con anterioridad, en cuyo caso dicho plazo se contará desde que se despachara el título previo.

En cuanto a la prórroga de diez días que se establecía para los supuestos en que los documentos se retiraran o tuviesen defectos subsanables y se presentaran en los últimos diez días de vigencia del asiento de presentación, sufre ahora varias modificaciones: la aportación se refiere a los últimos quince días, la prórroga es para un período igual al que falte para completar dichos quince días, abarca también el supuesto de que el despacho del título previo se produjera dentro de los quince últimos días de vigencia del asiento de presentación, y por último en el caso del título retirado por defecto subsanable, si la subsanación hubiera sido aportada dentro del plazo de la prórroga y fuera suficiente a juicio del Registrador para permitir la inscripción, su plazo de despacho quedará prorrogado nuevamente hasta completar los quince días.

**En cuanto al recurso gubernativo** se modifica notablemente en la nueva redacción de los artículos 113 a 124. Pensamos que era una reforma necesaria, puesto que la anterior redacción del Reglamento Hipotecario se encontraba desfasada en muchos aspectos. Entre otros extremos el recurso gubernativo se promoverá dentro del plazo de tres meses a contar de la fecha de la nota contra la cual se recurra, y el escrito se presentará en el propio Registro. La Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado se dic-

tará en el plazo de tres meses desde la recepción del expediente, y será recurrible ante la Jurisdicción Civil en el plazo de tres meses siguientes a su notificación, manteniéndose la redacción del artículo 125 y del 126, dándose nueva redacción al artículo 127, 128, 129 y 131, y manteniéndose la del artículo 130.

**En cuanto a las anotaciones de embargo,** el nuevo artículo 144 agrega un nuevo párrafo al número 4, conforme al cual, cuando constare en el Registro la liquidación de la sociedad de gananciales, el embargo será anotable si el bien ha sido adjudicado al cónyuge contra el que se dirige la demanda o la ejecución, o del mandamiento resulta la responsabilidad del bien por la deuda y consta la notificación al cónyuge titular. Asimismo, el nuevo número 5, en el supuesto de vivienda privativa de uno de los cónyuges, no exige la notificación del embargo al otro ni que resulte del mandamiento que la vivienda no tiene carácter habitual de la familia, salvo que ese carácter conste en el Registro.

**En cuanto a las anotaciones de suspensión** desaparece el libro especial regulado en el antiguo artículo 401. En la actualidad, conforme al nuevo artículo 170, se practicarán en el libro de inscripciones las anotaciones de suspensión por defecto subsanable, aunque las fincas no aparezcan inscritas, cualquiera que sea el procedimiento en que se hubieran dictado. Si la finca apareciera inscrita a favor de la persona contra la que se dirija el procedimiento, la anotación de suspensión se practicará en el folio ya abierto a aquélla.

**En cuanto a las cancelaciones por caducidad,** el nuevo artículo 177 plantea nuevas formas para conseguir la cancelación por caducidad, disponiendo en su apartado primero que los asientos relativos a derechos que tuviesen un plazo de vigencia para su ejercicio convenido por las partes, se cancelarán por caducidad transcurridos cinco años desde su vencimiento, salvo caso de prórroga legal y siempre que no conste asiento alguno que indique haberse ejercitado el derecho, modificado el título o formulado reclamación judicial sobre su cumplimiento. El apartado segundo establece la cancelación por caducidad de las condiciones resolutorias explícitas en garantía del precio aplazado por el transcurso de quince años y de las hipotecas en garantía de cualquier obligación por el transcurso de veinte (salvo en ambos casos que las partes pacten un plazo más breve), contados desde el día en que la prestación garantizada debió ser satisfecha en su totalidad según el Registro. La petición ha de realizarla el titular registral que no fuera parte en la constitución de la condición resolutoria o de la hipoteca, mediante la presentación de una instancia al efecto con firma legitimada notarialmente o ratificada ante el Registrador.

Nos parece un poco absurdo esa limitación en cuanto a las personas que se encuentran legitimadas para realizar la petición. Esperemos que la práctica diaria pueda llevar quizá al sentido común, ya que, por ejemplo, en el caso

de una compraventa con precio aplazado garantizado con condición resolutoria, parece absurdo que el comprador que ha inscrito su título y que fue parte en la constitución de la condición resolutoria, al cabo de los años cuando quiera transmitir su derecho, no pueda éste solicitar la cancelación por caducidad, y en cambio tenga que hacerse por el nuevo comprador.

No obstante siguiendo la interpretación literal del precepto, en la práctica podría solicitarse esa cancelación por el nuevo comprador que aunque no fuera titular inscrito, en la propia escritura pública de transmisión, después de la cláusula de transmisión, se solicitara por el nuevo comprador la inscripción de su derecho y solicitando del Registro de la Propiedad, una vez practicada dicha inscripción, la correspondiente cancelación por caducidad, de esa manera en el propio negocio de transmisión cubriríamos todas las operaciones sin necesidad de acudir a una instancia posterior complementaria, y quedando la unidad negocial más clara. En virtud de la Disposición Transitoria primera, este artículo 177 será aplicable a los derechos inscritos con anterioridad, transcurrido un año desde la entrada en vigor del Real Decreto.

**En cuanto a la doble inmatriculación**, la nueva redacción que se da al artículo 313 introduce dos nuevas reglas:

La primera, para el supuesto de que la finca estuviera inscrita en diferentes folios a favor de la misma persona, en cuyo caso la contradicción podrá salvarse, a solicitud de titular, mediante el traslado por el Registrador de las inscripciones o asientos posteriores al folio registral más antiguo, extendiendo al final del más moderno un asiento de cierre del mismo, aunque sí hubiera titulares de asientos posteriores afectados por el traslado, será preciso su consentimiento en escritura pública.

La segunda, para el caso de que la doble inmatriculación sea a favor de personas distintas y existiera acuerdo entre ellas, en cuyo caso, a solicitud de ambos y conformidad, en su caso de todos los interesados, expresada en escritura pública, se procederá a cancelar o rectificar el folio convenido.

**En cuanto a las manifestaciones del contenido de los libros del Registro**, aparece regulada en el artículo 332, que contiene nueve apartados, y donde se exponen todas las expresiones de la Fe Pública Registral en su aspecto formal.

**En cuanto a la nota al pie del título**, el nuevo artículo 333 recoge las circunstancias de la nueva nota al pie del documento, así como la necesidad de extender simultáneamente nota simple informativa.

En los supuestos de suspensión o denegación, el interesado podrá solicitar dictamen vinculante o no vinculante sobre la forma de subsanar, y siempre que se suspenda o deniegue un documento, se hará constar en la nota al pie del título de los recursos procedentes contra la calificación.

**En cuanto a la cancelación de menciones, derechos personales, etc.**, el nuevo artículo 353 establece que si la solicitud de certificación se realiza por

quien no es titular de la finca o derecho, o cuando el asiento a practicar no sea de inscripción, el Registrador advertirá al solicitante o presentante que el despacho de la certificación o la práctica del asiento dará lugar a la cancelación de las cargas caducadas. Para el supuesto de solicitud de certificación de vivienda de protección oficial, que no haya obtenido aún la calificación definitiva, podrán cancelarse las afecciones fiscales, transcurridos diez años desde la fecha de la nota marginal que las contenga, siempre que no conste en el Registro asiento alguno sobre reclamación por la Administración del Impuesto a que se refieren tales notas de afección.

**En cuanto al informe emitido por el Registrador**, el nuevo artículo 355 agrega un nuevo apartado 2, conforme al cual el informe sobre la situación jurídico-registral de una finca o derecho o del modo más conveniente de actualizar el contenido registral, podrá solicitarse con carácter vinculante bajo la premisa del mantenimiento de la misma situación registral. Sólo será vinculante para el Registrador que lo hubiera realizado.

**En cuanto al anteriormente denominado libro de incapacitados**, el nuevo artículo 386 los denomina ahora como «libro de las facultades de administración y disposición», y establece que en él se extenderán los asientos relativos a estas materias, así como las resoluciones judiciales del número 4 del artículo 2.º de la Ley y 10 del Reglamento.

Por último, **se hace una matización en relación al uso de la licencia, así como desaparece la figura del sustituto en el nuevo artículo 555**, aunque se conserva la figura del empleado del Registrador o persona de su confianza elegido por el Registrador para firmar las diligencias de cierre del Diario en los casos de licencia y ausencia reglamentarias.

FRANCISCO JAVIER GARCÍA MÁS  
Notario de Cuéllar  
Letrado adscrito a la Dirección General  
de los Registros y del Notariado

# Nuevas tendencias de la protección al menor

**SUMARIO:** I. INTRODUCCION.—II. EL DEFENSOR JUDICIAL EN LA PATRIA POTESTAD.—III. LA REFORMA DE LA TUTELA: A) ANTECEDENTES DOCTRINALES Y PRELEGISLATIVOS. B) LA LEY 13/1983, DE 24 DE OCTUBRE: a) *Principios de la reforma*; b) *El defensor judicial en esta Ley*.—IV. EL DEFENSOR JUDICIAL EN LA JURISPRUDENCIA: A) TRIBUNAL SUPREMO. B) DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS.—V. LA GUARDA DE LOS MENORES EN EL CODIGO CIVIL.—VI. LA LEY ORGANICA 1/1996, DE 15 DE ENERO, DE PROTECCION JURIDICA DEL MENOR.—VII. NORMAS AUTONOMICAS: A) ANDALUCÍA. B) ASTURIAS. C) ISLAS BALEARES. D) CASTILLA Y LEÓN. E) CATALUÑA. F) EXTREMADURA. G) GALICIA. H) MADRID. I) MURCIA. J) NAVARRA. K) LA RIOJA. L) CASTILLA-LA MANCHA. M) CANTABRIA.—VIII. CONCLUSION.

## I. INTRODUCCION

El Derecho de familia se caracteriza en general porque sus normas tienen un marcado carácter moral más que jurídico.

El maestro CASTÁN (1) recoge de RUGGIERO tal fondo ético de las normas familiares resaltando el fenómeno peculiar del Derecho de familia de recoger relaciones que implican la existencia de obligaciones que jurídicamente aparecen incoercibles en principio, porque el Derecho a veces se muestra incapaz de provocar mediante la coerción la observancia de estos preceptos, y por eso acude con frecuencia a confiar su observancia al sentimiento ético, a la costumbre y a otras fuerzas que actúan en el ambiente social.

De esta nota deriva CASTÁN, como consecuencia importante de la especial naturaleza de las normas y relaciones jurídico-familiares, el dato de que éstos tienen, por lo general, la consideración de normas de orden público y son por

---

(1) CASTÁN, *Derecho Civil Español, Común y Foral*, tomo V, vol. 12, Madrid, 11.ª edición, 1987, pág. 53 y sigs.

ello imperativas e inderogables; por ello, es la ley, y no la voluntad de los particulares, la que regula el contenido, extensión y eficacia de las relaciones familiares.

Pero hay una parte del Derecho de familia donde el fondo ético o más bien moral está más acusado, y es, sin duda, el que se refiere a los elementos más necesitados de protección, que son los menores e incapacitados.

Por eso, gran número de legislaciones han recogido esta idea, y es regla general en el Derecho comparado la existencia de normas en las que los poderes públicos aceptan el cometido de regular con esmerada atención lo referente al cuidado y guarda de los necesitados de protección. Tales regulaciones son el resultado de un ambiente generalizado que se concreta en tratados internacionales, entre los cuales destaca la Convención de Derechos del Niño, dada en el ámbito de las Naciones Unidas, que fue aprobada el 20 de noviembre de 1989, y que se ratificó por España el 30 de noviembre de 1990. En la misma línea está la Carta Europea de los Derechos del Niño, aprobada en 1992 por el Parlamento Europeo en su Resolución A-3-0172/92. También puede citarse la Carta de los Derechos de la Familia, de la Santa Sede, de 22 de octubre de 1983, que en su artículo 4.f) recomienda que en lo referente a la tutela y la adopción, los Estados deben promover una legislación que facilite a las familias idóneas recoger a niños que tengan necesidad de cuidado temporal o permanente y que al mismo tiempo respete los derechos naturales de los padres.

Parece como si se viniese a dar la razón al autor italiano ANTONIO CICU, el cual en varias de sus obras mantuvo la gran influencia del factor público en las normas familiares (2), defendiendo que en éstas predomina el principio de la dependencia a fin de defender la familia sobre la autonomía de la voluntad que predomina en las relaciones privadas.

Lo cierto es que esta tendencia también se ha manifestado en nuestra legislación. El Código Civil, siguiendo la línea individualista del Code francés, sólo contempló la figura del defensor de menores en el restringido ámbito de la contraposición de intereses en la relación paterno-filial y apenas esbozó una protección en las instituciones tutelares y de la adopción; en todo caso con unos tintes privatistas acusados y sin apenas intervención de los poderes públicos o de los órganos judiciales.

El profesor JOSÉ MARÍA CASTÁN VÁZQUEZ (3) señala que las críticas doctrinales al sistema tutelar del Código Civil ya se manifestaron en realidad desde los años inmediatos a su promulgación, pero que fue a mediados de este siglo

---

(2) Especialmente en su libro *Il Diritto di famiglia*, escrito en 1915, traducido al español por SENTIS, con adiciones al Derecho argentino, Buenos Aires, 1947.

(3) En su conferencia *La reforma de las instituciones tutelares*, pronunciada en el Colegio de Registradores en noviembre de 1984 y recogida en el libro *Actos conmemorativos del cincuentenario* de dicho Colegio, págs. 29 y sigs.

cuando esos estudios fueron alcanzando mayor amplitud. En las décadas de los cuarenta y cincuenta se publicaron varios libros sobre la tutela y otros muchos trabajos monográficos sobre el particular. Sigue diciendo que a esta preocupación doctrinal se unía la más concreta generada en el ámbito de ciertas asociaciones dedicadas a la protección de subnormales, los cuales consideraban inadecuada e insuficiente la protección otorgada por nuestro ordenamiento.

Los estudios doctrinales y la presión de las instituciones condujeron a la redacción de preceptos de reforma legal, que, por otra parte, era obligada como consecuencia de la necesidad de conformar nuestra legislación familiar con las directrices de la Constitución de 1978.

Entre las leyes que han regulado el ámbito familiar y en consecuencia la protección a los menores e incapaces, y que estudiaremos en cuanto a este aspecto concreto, hay que citar:

- La Ley 11/1981, de 13 de mayo, de modificación de la filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio, que reguló el ejercicio de esa patria potestad por el padre y la madre.
- La Ley 13/1983, de 24 de octubre, sobre la tutela, que trasladó a esta institución la figura del defensor judicial, que antes aparecía como privativa de la patria potestad, y suprimió el organigrama familiar para pasar al Juez la misión protectora de la tutela.
- La Ley 21/1987, de 11 de noviembre, sobre la adopción, modificando varios artículos del Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil, en el sentido de dar mayor entrada a los entes públicos en estas relaciones, con la finalidad de proporcionar mayor atención a los adoptados.
- Por último, por ahora, la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, modificando también varios artículos del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil, incluso algunos de los recientemente redactados. En la Disposición Final 21.<sup>a</sup> de esta Ley se dejan a salvo las competencias de las Comunidades Autónomas que dispongan de Derecho Civil foral o especial propio; por ello acudiremos al final a esas normas autonómicas.

Y para completar este trabajo, veremos antes la trayectoria desde aquel defensor judicial frente a los padres y en la tutela, tanto en el Código como en la jurisprudencia, hasta las figuras más genéricas y de carácter predominantemente público que procuran la guarda y protección de los menores.

## II. EL DEFENSOR JUDICIAL EN LA PATRIA POTESTAD

En su primitiva redacción, que llegó a 1983, el artículo 165 del Código Civil estableció que siempre que en algún asunto el padre o la madre tengan

un interés opuesto al de sus hijos no emancipados, se nombrará a éstos un defensor que los represente en juicio o fuera de él. En su segundo párrafo se daba al Juez la pauta para nombrarlo, prefiriendo al pariente del menor a quien le correspondería la tutela legítima y después a otro pariente o a un extraño.

Varios autores se ocuparon de este cargo (4), y el Tribunal Supremo pronunció varias sentencias sobre su naturaleza, siendo expresiva la de 17 de abril de 1933, que señaló que la misión del defensor de menores es *ad hoc*, meramente representativa y no de vigilancia y de administración permanente, y en otra sentencia de 8 de enero de 1917 ya se había declarado que se le nombre sólo para un asunto determinado. En cuanto a cuándo debe entenderse que hay incompatibilidad de intereses entre padres e hijos, la jurisprudencia ha ido declarándolo en diversos casos concretos, y la doctrina aventuró algunos criterios, aunque no siempre seguros.

Lo cierto es que casi únicamente se ha considerado el nombramiento del defensor en los casos de partición de bienes, lo que hace que, a nuestros efectos de institución no tuviere una suficiente utilización, tal como se regulaba inicialmente en el Código, tanto por el estrecho margen de actuación como por carecer de competencias en cuanto al aspecto de defensa personal de los menores.

Así la configuraba la jurisprudencia, acorde con el artículo 165 del Código, que no daba para más. Veremos al estudiar las nuevas sentencias del Tribunal Supremo como, en especial una que veremos, concede una mayor utilidad al dar al defensor el cometido de defender al menor en un pleito sobre el estado civil.

Por ello, entramos en las normas siguientes.

### III. LA REFORMA DE LA TUTELA

Se hizo por Ley 13/1983, de 24 de octubre, que dio nueva regulación a la tutela, modificando el Código Civil, en el sentido de disminuir su característica de órgano predominantemente familiar y acrecentar la intervención judicial.

Estudiemos esta regulación, empezando por los antecedentes y completándola con la jurisprudencia más reciente.

---

(4) Pueden verse: JERÓNIMO GONZÁLEZ, «El defensor judicial», en *RCDI*, 1430, pág. 193, y la conferencia de TOMÁS OGIYAR, en la Academia Valenciana de Jurisprudencia y Legislación en 1947, y comentario a esta conferencia de TAULET, en la *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, año dicho, pág. 153. La trata brevemente CASTÁN en su 7.ª edición, 1958, tomo 5.º, pág. 148.

## A) ANTECEDENTES DOCTRINALES Y PRELEGISLATIVOS

Para redactar este capítulo nos sirve de guía inmejorable la conferencia del profesor CASTÁN VÁZQUEZ en el Colegio de Registradores (5), que conoce estos avatares por haber tenido una destacada intervención personal en ellos.

Nos dice el profesor CASTÁN VÁZQUEZ que la reforma de nuestro sistema tutelar ya estaba bastante justificada con los fracasos prácticos que se habían manifestado a lo largo de casi un siglo de aplicación de aquellas vetustas normas.

Pero además concurrían otras motivaciones, entre las que señala:

1.<sup>a</sup> El ejemplo de varias legislaciones extranjeras que últimamente habían modificado sus respectivas normas.

2.<sup>a</sup> La presión moral de algunos documentos supranacionales como la Declaración de los Derechos del Niño y la de los Derechos del Retrasado Mental, de la ONU y la Carta de los Derechos de la Familia de la Iglesia católica.

3.<sup>a</sup> La presión real de nuestra sociedad, que quería cambiar las normas de nuestras viejas instituciones civiles por otras penetradas de un sentido social nuevo, tratando de imbuir a la tutela de un contenido personal que debía sobreponerse al patrimonial antiguo.

4.<sup>a</sup> La especial atención actual hacia los discapacitados, que carecían de protección específica en las viejas normas.

5.<sup>a</sup> El cambio en la consideración que se da a los pródigos e interdictos, que ya no son verdaderos incapaces, pero necesitan una protección.

Tanto las críticas doctrinales como la presión de los documentos supranacionales y la de varias instituciones interesadas dieron lugar a varios intentos de propiciar la reforma de la tutela.

El profesor CASTÁN VÁZQUEZ cita el proyecto que se elaboró en la Facultad de Derecho de San Sebastián por un equipo universitario dirigido por el prestigioso especialista profesor don GABRIEL GARCÍA CANTERO, de gran importancia, aunque se limitase a contemplar solamente la tutela de los discapacitados.

Mayor amplitud e importancia, porque sirvió de base a los trabajos ya prelegislativos orientadores de las nuevas normas, tuvo el estudio redactado por el equipo de civilistas de la Universidad Autónoma de Madrid, dirigido por el profesor don LUIS DíEZ-PICAZO. Se tituló *Estudios para la reforma de los preceptos del Código Civil relativos a la tutela*.

En la conferencia que venimos siguiendo, dice el profesor CASTÁN VÁZQUEZ que partía este estudio del fracaso práctico de las instituciones tutelares

---

(5) Conferencia citada en la nota 3.

de nuestro Código, así como de la transformación de la familia moderna, que, según la extensa Introducción del estudio, tiene hoy como notas más características las de estatización, proletarización, desencarnación y democratización. Para adaptar el Código a este tipo de familia, el estudio ofrecía una nueva regulación de los Títulos IX y X del Libro I. En ella se contenían innovaciones importantes, como la supresión del cargo de protutor, la reaparición de la curatela, la incorporación del defensor judicial a las instituciones tutelares y la regulación de la guarda de hecho. Junto a estas novedades esenciales y que han sido aceptadas, en definitiva, por el legislador, había otras muchas de interés, algunas de las cuales han sido también recogidas en la Ley.

Sobre la base del estudio citado del grupo de DÍEZ-PICAZO, en la Comisión General de Codificación se comenzó a redactar en 1978 un borrador para la reforma de la tutela, produciendo un primer texto del «Anteproyecto de reforma del Código Civil en materia de tutela», que fue presentado para su revisión a la Sección de Derecho Civil, presidida por el mismo profesor DÍEZ-PICAZO y asumiendo el profesor CASTÁN VÁZQUEZ la labor de ponente en los trabajos de revisión.

Tras una discusión minuciosa, la Sección dio por terminado el texto del Anteproyecto el 23 de abril de 1981; fue elevado al Gobierno y éste lo remitió a las Cortes.

El proyecto pasó por las Cortes dos veces, pues, presentado por el Gobierno de UCD en 1981, se disolvieron las Cortes antes de su aprobación. El nuevo Gobierno socialista presentó otro Proyecto, esencialmente igual al anterior, que fue finalmente aprobado, dando lugar a la Ley que pasamos a estudiar.

## B) LA LEY 13/1983, DE 24 DE OCTUBRE

### a) *Principios de la reforma*

La Ley apareció en el *BOE* sin Exposición de Motivos, aunque sí se había incluido en el Proyecto de 1983, que se presentó a las Cortes. Este puede servir como elemento importante para la interpretación de la norma en cuanto que da a conocer el pensamiento del legislador.

Decía que su sistema se basa *sobre principios opuestos a los del anterior* y que *dos son fundamentalmente los nuevos: el principio de pluralidad de la guarda legal que, junto con la tutela, introduce la curatela (recuperando una institución de larga tradición jurídica) y la figura del defensor judicial; y el principio de la tutela de autoridad, que suprime el Consejo de familia y dota al Juez de amplias facultades, situándolo como pieza fundamental decisoria.*

Como dice el Notario ALFONSO VENTOSO ESCRIBANO (6), estas dos ideas venían a dar respuesta a las críticas que se venían haciendo al sistema anterior del Código, especialmente en cuanto a que el Consejo de familia constituyera el eje de la regulación.

1. En cuanto a la pluralidad de figuras de guarda, la nueva redacción recoge, además de la llamada *guarda de hecho*, tres figuras de protección, que son la tutela, la curatela y el defensor judicial, con lo que este último, como veremos en seguida, pasa de su antiguo ámbito restringido de la patria potestad al más amplio de la protección de menores e incapaces en general. Después han proliferado otros cauces, con otro tinte administrativo, a los que aludiremos también.

La distinción entre las figuras del tutor y el curador ya existían en el Derecho romano, aunque no con la significación actual: la tutela, según el nuevo artículo 222, alcanza: 1.º A los menores no emancipados que no estén bajo la patria potestad. 2.º A los incapacitados, cuando lo haya establecido la sentencia de incapacitación, y 3.º Los sujetos a la patria potestad prorrogada, al cesar ésta, salvo que proceda la curatela. Están sujetos a la curatela, según el artículo 286: 1.º Los emancipados cuyos padres fallecieron o quedaren impedidos para el ejercicio de la asistencia prevenida por la Ley. 2.º Los que obtuvieron el beneficio de la mayor edad. 3.º Los declarados pródigos; y, según el artículo 287, igualmente, procede la curatela para las personas a quienes la sentencia de incapacitación o, en su caso, la resolución judicial que la modifique coloquen bajo esta forma de protección en atención a su grado de discernimiento.

La resurrección de la curatela en el Derecho español procede del estudio del equipo DIEZ-PICAZO, que la concibió como *un instituto tutelar de cariz patrimonial*, reservándola para ciertos emancipados y ciertos incapacitados. La Comisión de Codificación aceptó esta reaparición de la curatela, extendiéndola a los pródigos (tras las discusiones que antes he recogido), y su criterio pasó al nuevo texto del Código Civil; éste señala las limitadas funciones del curador en los nuevos artículos 287 a 290. El 291 extiende a los curadores las normas sobre nombramiento, inhabilidad, excusa y remoción de los tutores.

2. El principio de tutela de autoridad adoptado por la nueva legislación era obligado desde el momento en que se ha suprimido el antiguo Consejo de familia, que antes ocupaba una posición fundamental, y que no había funcionado en la práctica. En la nueva regulación, la autoridad judicial se convierte en eje fundamental de la tutela, que tiene funciones decisivas para orientar el funcionamiento de sus órganos y decidir la mayoría de las cuestiones.

---

(6) En su libro *La reforma de la tutela*, Editorial Codex, Madrid, 1985, pág. 13.

Los primeros estudios doctrinales posteriores a la Ley 13/1983, suelen ser favorables a estos principios. CASTÁN cita el trabajo *La tutela e instituciones afines conforme a la Ley de 24 de octubre de 1983*, apéndice al *Derecho de familia* de LACRUZ y SANCHO, Barcelona, 1983, págs. 12 y 13, donde se dice:

*En el aspecto crítico poco hay que objetar —me parece— a la recuperación de la histórica curatela, separándola de la tutela para los supuestos en que no se trata de suplir la capacidad de obrar de un incapaz sino de completar, en actuaciones determinadas, las limitaciones de capacidad de quien, en principio, es persona capaz. Creo, también, que nadie añorará las suprimidas figuras del protutor y Consejo de familia, cuyo fracaso en la práctica resulta evidente y probado. Acaso alguna objeción quepa oponer al abandono del sistema de tutela de familia y sustitución por el de autoridad, refiriendo la expresión tutela de familia no tanto a los órganos cuanto al espíritu inspirador de su régimen e informador de las competencias y actuaciones. Por otra parte —concluye—, no es seguro que, en su situación actual, los órganos judiciales estén en condiciones de soportar el peso que la reforma les echa encima.*

#### b) *El defensor judicial en esta Ley*

El profesor CASTÁN VÁZQUEZ, en su conferencia citada (7), dice que la figura del defensor judicial venía regulada en el Código Civil desde 1889, como es bien sabido, en el área de la patria potestad. El estudio del equipo DIEZ-PICAZO la trajo al campo de la tutela y esta innovación fue aceptada por la Comisión General de Codificación, cuyo proyecto señaló en la Exposición de Motivos que la institución del defensor judicial *se extiende ahora a las instituciones tutelares para la representación y amparo de los intereses de los menores o incapaces en supuestos que la determine expresamente*. Tales supuestos han sido, en definitiva, los señalados en el nuevo artículo 299 del Código Civil. De la misma norma se desprende la función del defensor judicial en este campo: representar y amparar los intereses de los pupilos en aquellos supuestos: el nombramiento viene regulado en los nuevos artículos 300 y 301.

La nueva regulación del defensor judicial se contiene en los siguientes preceptos:

**Artículo 299.** Se nombrará un defensor judicial que represente y ampare los intereses de quienes se hallen en alguno de los siguientes supuestos:

---

(7) Citada en la nota 3, pág. 53.

1.º Cuando en algún asunto exista conflicto de intereses entre los menores o incapacitados y sus representantes legales o el curador. En el caso de tutela conjunta ejercida por ambos padres, si el conflicto de intereses existiere sólo con uno de ellos, corresponderá al otro por ley, y sin necesidad de especial nombramiento, representar y amparar al menor o incapacitado.

2.º En el supuesto de que, por cualquier cosa, el tutor o el curador no desempeñare sus funciones hasta que cese la causa determinante o se designe otra persona para desempeñar el cargo.

3.º En todos los demás casos previstos en este Código.

**Artículo 299 bis.** Cuando se tenga conocimiento de que una persona debe ser sometida a tutela y en tanto no recaiga resolución judicial que ponga fin al procedimiento, asumirá su representación y defensa el Ministerio Fiscal. En tal caso, cuando además del cuidado de la persona hubiera de procederse al de los bienes, el Juez podrá designar un administrador de los mismos, quien deberá rendirle cuentas de su gestión una vez concluida.

**Artículo 300.** El Juez, en procedimiento de jurisdicción voluntaria, de oficio o a petición del Ministerio Fiscal, tutor, curador o de cualquier persona capaz de comparecer en juicio, nombrará defensor a quien estime más idóneo para el cargo.

**Artículo 301.** Serán aplicables al defensor judicial las causas de inhabilidad, excusas y remoción de los tutores y curadores.

**Artículo 302.** El defensor judicial tendrá las atribuciones que le haya concedido el Juez al que deberá rendir cuentas de su gestión una vez concluida.

## 1. Nombramiento

El artículo 299 recoge tres supuestos en que procede el nombramiento del defensor, aunque el último es una remisión general.

El primer caso es casi repetición del supuesto tradicional de la patria potestad a que se refiere el artículo 163, respondiendo a la misma filosofía e idea de evitar los peligros de la contraposición de intereses.

A este respecto, VENTOSO ESCRIBANO (8) pone un reparo a la redacción de este párrafo legal, y es el relativo a que la regla general es que el tutor sea representante legal del tutelado mientras que el curador simplemente asiste o complementa la capacidad del sometido a curatela. Pues bien, partiendo de esta base, lo lógico es que el defensor judicial sustituya al tutor y al curador y su función sea con la misma extensión del sustituido, es decir, con un

---

(8) Obra citada en la nota 6, pág. 122.

alcance representativo o bien simplemente de asistencia, y de ahí que al señalar el artículo 299 del Código Civil, que se nombrará un defensor judicial que represente y ampare los intereses de quien se encuentre en alguna de las situaciones que enumera el mismo precepto, ciertamente alude a esa función representativa, que tendrá lugar cuando quien tenga conflictos de intereses sea el tutor, pero no se refiere a esa misión de asistencia del curador, y si bien habla de amparar nos parece que este término tiene un sentido genérico y amplio y además el final del inciso segundo del número primero de este artículo 299, refiriéndose al caso de la tutela, emplea los términos representar y amparar. Donde sí está más claramente diferenciada la distinta misión de tutor y curador es en el primer inciso del número primero del citado precepto, pues contraponen los representantes legales y el curador a quien menciona expresamente, por la razón expuesta de que no es un representante legal.

En el caso que se contempla en el número 2 del artículo 299 se recoge un criterio abierto y amplio que pretende que en ningún momento queden desprotegidos los menores e incapaces. Algo parecido se prevé para el caso de que el tutor se excuse y deje de ejercer sus funciones; en el ínterin, el artículo 256 dispone que el Juez nombrará un defensor que le sustituya.

Como hemos visto, el artículo 300 dispone que el nombramiento del defensor lo realiza el Juez en procedimiento de jurisdicción voluntaria, de oficio o a petición del Ministerio Fiscal, o del tutor o curador, o incluso a instancia de cualquier persona capaz de comparecer en juicio. Este artículo 300 no hace gradación alguna para la designación, dejándola al solo juicio del Juez, el cual *nombrará defensor a quien estime más idóneo para el cargo*. Había una dualidad de normas, no concordantes, entre éstas, el artículo 300 y el párrafo 3.º del artículo 163, que señalaba una pauta en el sentido de nombrar primero al pariente a quien correspondería la tutela legítima y, a falta de éste o cuando tuviere intereses contrapuestos, a otro pariente o a un extraño. Esta última norma ha sido derogada por la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección al menor, por lo que ha desaparecido la discordancia anterior.

Como hemos visto, el artículo 301 del Código Civil determina que *serán aplicables al defensor judicial las causas de inhabilidad, excusas y remoción de los tutores y curadores*. La referencia a los curadores supone una doble remisión dado el artículo 291 del Código Civil; como las causas son prácticamente iguales, no tiene mayor interés distinguir el caso del defensor para supliir al tutor o al curador.

## 2. Contenido del cargo

La nueva regulación es muy escueta en este punto, pues, como se ha visto, el artículo 302 del Código Civil se limita a señalar que *el defensor judicial*

*tendrá las atribuciones que le haya concedido el Juez al que deberá rendir cuentas de su gestión una vez concluida.*

Dado que en la actualidad se ha regulado con carácter autónomo e independiente la figura del defensor judicial, hubiera sido oportuno haber ahondado en su regulación evitando todo tipo de dudas en orden al punto que nos ocupa.

Así opina VENTOSO ESCRIBANO (9), según el cual, en los supuestos del número 2 del 299, dicho defensor nombrado se colocará en el puesto del tutor o curador que no desempeñe sus funciones con las mismas atribuciones y por ello no sólo debería rendir cuentas de su gestión sino que además habría de obtener la autorización de los artículos 271 y 272, en su caso.

Y el mismo autor sigue diciendo que más dudoso puede resultar el número 1 del citado artículo 299. En tal supuesto cuando no hay nombramiento de defensor sino que se ejerce por el no incompatible de los varios tutores (o curadores, de admitir su posibilidad) conjuntos no hay ninguna duda que se aplicarán las normas de la tutela o curatela. Mayores problemas pueden derivarse cuando se nombra un defensor judicial para sustituir al único tutor que tiene intereses contrapuestos; en tal caso la disyuntiva estará en si se debe aplicar el artículo 302 o si además habrá que tener en cuenta los artículos que exigen autorizaciones previas. Supongamos uno de los actos de los artículos 271 ó 272 en que el interés del tutor sea contrapuesto al del tutelado; en tal caso nos podemos plantear la cuestión de si el nombramiento del defensor determina que éste, una vez examinado el caso y pronunciado a favor de la realización del acto, puede consumarlo o bien, para esto último, precisa de la autorización. Quizá desde un punto de vista lógico habría que inclinarse por esta última solución, pero en tal caso estaríamos estableciendo una exigencia no pedida por el artículo 302, lo que posiblemente tampoco haya de preocuparnos, pues en muchos casos al solicitar el nombramiento del defensor se tendrá que poner de manifiesto el acto que se proyecta y, en caso de que presente algún aspecto que no esté claro, creemos que el Juez podría establecer las cautelas que estimara pertinentes incluso con anterioridad a que se consume el acto.

Quizá uno de los casos que puede presentar mayor frecuencia e interés es el acto de la partición hereditaria. El supuesto más ordinario es el de conflicto de intereses entre padres e hijos, del que se ocupa el artículo 163, pero al que se le puede aplicar el artículo 302 que comentamos, mas también puede existir entre tutor y tutelado.

Este punto ha sido tratado en la jurisprudencia en una Circular de la Fiscalía del Estado, según veremos. Es de notar que la cuestión ha quedado

---

(9) Misma obra, pág. 124.

resuelta por la modificación del artículo 1.060 del Código Civil en la Ley de Protección al Menor, agregándole un segundo párrafo que dice: *El defensor judicial designado para representar a un menor o incapacitado en una partición deberá obtener aprobación del Juez, si éste no hubiera dispuesto otra cosa al hacer el nombramiento.*

Así pues, la regla general será la aprobación judicial posterior a la partición, a no ser que el propio Juez haya dispensado expresamente de este trámite.

#### IV. EL DEFENSOR JUDICIAL EN LA JURISPRUDENCIA

Antes de la reforma de 1983 fueron frecuentes tanto las sentencias del Tribunal Supremo como las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado para resolver las cuestiones que en la práctica se presentaban en materia de contraposición de intereses entre los menores y sus padres, que daba lugar al nombramiento de defensor judicial.

Sólo vamos a recoger las decisiones posteriores a la reforma, que ya comprenden la figura del defensor judicial tanto en las relaciones paterno-filiales como en las tutelares.

##### A) TRIBUNAL SUPREMO

1. **Sentencia de 10 de marzo de 1994.** Es importante en cuanto nos da el concepto, el alcance y los requisitos del defensor judicial. En este pleito, doña JOSEFA P.S., en su calidad de defensora judicial de la menor doña MARÍA DULCE V.B., demandó en juicio declarativo de menor cuantía a la madre de ésta, doña MARÍA JESÚS B.P., para pedir la nulidad de unos contratos de venta hechos en documento privado sin haberse obtenido la previa autorización judicial que requiere el artículo 166 del Código Civil, circunstancia conocida por el comprador, según resulta de modo explícito de dichos documentos privados.

Uno de los motivos que los recurrentes alegaban para pedir la casación era que la defensora no había acreditado sus facultades de representación de la entonces menor, para solicitar la nulidad de los contratos celebrados por su madre.

Dice así el fundamento jurídico cuarto de la sentencia:

*El motivo no se estima, no porque carezca de razón, sino porque la menor María Dulce, una vez llegada a la mayoría de edad ha sustituido a la actora doña Josefa en este pleito, interponiendo el presente recurso de casación, con lo que ratifica y asume lo actuado por esta última sin poder. El defensor*

*judicial es un cargo de nombramiento judicial para un determinado asunto, con las atribuciones que le haya conferido el juez al designarlo, no es un representante legal del menor para la defensa y administración de su patrimonio, y por ello, cuando actúa, debe obrar dentro de las facultades precisas y concretas que se le han atribuido, y cuando actúa judicialmente, debe probar que lo hace así, no exhibir sólo el auto judicial de nombramiento. Es inconcebible que en este pleito ni el Juzgado ni la Audiencia hayan reparado en la anomalía que supone el ejercicio de una acción de nulidad de contratos por una defensora judicial que fue nombrada antes de que se perfeccionasen los contratos cuya nulidad pide en nombre de la menor y no haya probado siquiera que posteriormente sus facultades las ha extendido el Juez que la nombró a proceder en este litigio. Pero la conducta de la hoy mayor, a la que la defensora judicial decía entonces representar, sana su inexistente poder, y no puede ser de otra manera porque sería absurdo, contrario a la economía procesal y al derecho a un proceso sin dilaciones indebidas (art. 24 de la Constitución) que se estimase el motivo, y que se obligase por tanto a doña María Dulce a entablar contra el señor F. y su madre doña María Jesús el mismo proceso en el que ahora están inmersos.*

2. **Sentencia de 12 de junio de 1985.** Insiste en la idea de que el defensor es una figura presidida por la transitoriedad y designada para un caso específico. Dice uno de sus considerandos:

*Que el motivo cuarto del recurso, amparado asimismo en el número primero del artículo mil seiscientos noventa y dos de la Ley Adjetiva, se basa en violación de la doctrina legal sobre el litis consorcio pasivo necesario, ocasionada por la circunstancia de no haber sido demandado el defensor judicial de los menores a pesar de postular la accionante la nulidad, rescisión y en definitiva la ineficacia de una serie de actos u otorgamientos en los que intervino y participó dicha persona para completar la capacidad de los menores y representarlos frente a su padre en vista del interés contrapuesto que con éste tenían; y tampoco puede prosperar, en primer término porque, como es evidente, no se trata de problema relativo a la correcta formación de la relación jurídica procesal o adecuada integración del contradictorio, que exigiría preservar el principio de audiencia con relación a quienes ostentan un interés directo y legítimo en la controversia, sino de defender la exigencia de servirse en la situación de que se trata de una figura presidida por la idea de transitoriedad y de concreta designación para un específico caso en que surge el conflicto de intereses justificativo de la suspensión del poder paterno en el asunto determinado de que se trata (artículos ciento sesenta y tres y doscientos noventa y nueve, número primero del Código Civil), lo que excluye todo aspecto de institución permanente.*

3. **Sentencia de 12 de marzo de 1996.** Para disolver una comunidad hereditaria en la que había una finca indivisible que ha de venderse en pública subasta. El Tribunal Supremo declara que el defensor judicial de una coheredera menor tiene facultades para allanarse a la demanda.

Dice así un fundamento jurídico:

**TERCERO.** *El motivo segundo plantea también, al amparo del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, la infracción de normas jurídicas y jurisprudencia por haber aceptado la actuación del defensor de doña Pilar C.C. en representación de ésta, cuando sólo es su defensor en el abintestato y además porque necesita autorización judicial para intervenir en la partición.*

*El motivo decae porque vuelve a confundir la infracción de normas procesales, como las relativas a personalidad, capacidad procesal, representación, que tiene su cauce en el número tercero del artículo 1.692, con las cuestiones de Derecho material que se ventilan por el número cuarto, pero es que además, la demanda se dirige contra los titulares de los derechos en liza, y son éstos los que deben comparecer en juicio a través de sus legítimos representantes, a quienes los actores no tienen el deber de conocer. En el caso de autos la demanda identifica la persona del defensor de doña Pilar C.C. en don Eduardo, hermano de la incapaz, y entre ambos no existe conflicto alguno de intereses. Hablar en el pleito de división de cosa común de la necesidad de aprobación judicial, será preciso sólo en el caso de que se lleve a cabo partición material con adjudicación de lotes entre los interesados, pero no se exige autorización judicial para que el representante de la incapaz se allane a una demanda de división de la cosa común, en la que hay otros muchos demandados, entre los que sí se da vínculo de litisconsorcio pasivo necesario, que exige una resolución uniforme. El allanamiento, pues, ni perjudica en principio sus derechos, ni impide que se dicte resolución distinta a la aceptada.*

4. **Sentencia de 5 de junio de 1997.** Es la más reciente que conocemos y tiene un interesantísimo fondo moral, en cuanto que se recaba la necesidad de nombrar defensor a un menor, cuando el interés, que es contrario al de sus padres, es precisamente el estado de hijo matrimonial.

El esposo impugna en juicio la paternidad del hijo nacido de su esposa, y tras las instancias del pleito, el Tribunal Supremo anula las actuaciones por no haberse nombrado defensor al menor en un asunto que tanto le interesa como calificar su filiación.

Ha sido Ponente don LUIS MARTÍNEZ CALCERRADA, y la Sala se expresa así en los fundamentos siguientes:

**TERCERO.** *La Sala, antes de examinar los transcritos motivos del recurso, se plantea ex officio como cuestión prioritaria compulsar si dadas las*

*características del litigio, se ha observado el acervo de presupuestos o garantías formales aplicables al mismo, y cuya respuesta condicionará aquel examen; y al efecto, no puede por menos que resaltarse que ejercitándose en la demanda una acción de impugnación de la paternidad matrimonial que ostenta el codemandado menor de edad, con respecto al actor con base al artículo 136 del Código Civil, aspirándose, pues, a la destrucción de la presunción de esa paternidad, y con ello a la aniquilación del correspondiente estado civil que hasta la fecha ostenta ese codemandado como tal hijo matrimonial del demandante, se persigue con ello un objetivo judicial de ruptura de ese estado civil que, en principio, ha de ponderarse con toda clase de cautelas, procurando, en lo posible, que el proceso en que se debata se haya tramitado al abrigo de susodicha disciplina adjetiva, máxime, si como acontece en autos, se antepone a la misma otra subyacente de carácter sustantivo, como es la relativa a si los derechos o intereses del repetido menor han estado suficientemente defendidos en el litigio, por cuanto si la respuesta fuese negativa llevaría consigo pronunciar la inconsistencia de la relación jurídico-procesal, tal y como se ha trabado en autos; por consiguiente, se subraya que, si es posible aislar en contencioso un ejemplo en que los intereses o derechos del menor deban estar suficientemente protegidos, es en casos como el presente, en el que la acción entablada se aspira a extinguir su privilegiado estado civil como hijo matrimonial del actor, y cuando además, la supuesta defensa de aquellos intereses la ha asumido en exclusiva la propia madre también codemandada, que provoca así el problema de ésta en esa tutela, cumple con los designios legales cuando, a propósito de la cuestión, se configura en el artículo 163 del Código Civil, la figura del defensor del hijo no emancipado.*

**CUARTO.** *Y así, el primer párrafo del citado artículo 163 configura al puro defensor cuando coexistan intereses opuestos de ambos progenitores con los del hijo menor, que no es el caso debatido, puesto que éstos están enfrentados de tal forma que integran el litigio, por lo que resta examinar si el segundo párrafo del precepto cuando habla de que si uno de los progenitores fuese el contradictor o conflictivo, el otro asumiría la defensa del menor, es el subsumible y cuya sanción conduce a examinar si dados los intereses de ambos contendientes —progenitores del menor ab initio— alguno de ellos ostenta o persigue los idénticos del menor, pues, entonces, aquella defensa asumida por la madre sería suficiente; en la presente compulsa judicial, se debe tener en cuenta el dogma incorporado a nuestro ordenamiento desde el precepto constitucional del artículo 39, de que el valor superior y prevalente y, por tanto, proyectable en los hijos, es que, a toda costa, se facilite la investigación de la paternidad, esto es, que en la contienda ostente supremacía el descubrimiento de la verdad material o biológica, por lo que el conflicto de intereses de am-*

*Los contendientes con respecto al hijo deviene elemental, porque el actor, por su condición procesal litiga precisamente contra su hijo, al que demanda, por lo que sería un despropósito afirmar que también le defiende, y la propia madre codemandada, al aspirar en su oposición a que se mantenga la filiación matrimonial, tampoco, en puridad, defiende los prístinos intereses del menor, que son, se repite, los acordes con la verdad biológica de su proge, amén de que en la actuación procesal de esa madre no puede eludirse su propia defensa, de su estima, fidelidad, etc., que aunque sumergidos, son asimismo, motivaciones explicativas de aquella actuación; en definitiva, descartado el juego de este artículo 163.2, no cabe sino aplicar su primer párrafo, y exigir la observancia del nombramiento del defensor del menor, lo que conduce a que mal planteada la relación jurídico-procesal, el Tribunal de oficio, y actuando a tenor del artículo 1.715.2 LEC, decreta la nulidad de las actuaciones con reposición de las mismas desde la presentación de la demanda, para que por la instancia se proceda a ese nombramiento a los fines de la defensa de los intereses del menor en el litigio así planteado, lo que se acuerda con los demás efectos derivados sin imposición de costas a las partes en ninguna de las instancias ni en este recurso.*

## B) DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS

La doctrina emanada de las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado, aunque no sea verdadera jurisprudencia alegable en casación, se ha ganado esta calificación generalmente admitida por su indudable autoridad científica. Por supuesto, es guía a seguir y vincula a los registradores en el ámbito concreto de la inscripción del caso sometido a recurso.

Han sido muy numerosas las Resoluciones sobre el defensor judicial, pero nos vamos a ceñir a las posteriores a la reforma de 1983.

Podemos agrupar en tres asuntos las Resoluciones que vamos a citar, resumiendo su doctrina; cuando hay contraposición de intereses, cuando es precisa la aprobación judicial de la partición con defensor y una última Resolución sobre venta de fincas de un pródigo.

1. La Dirección General ha declarado que sí hay contraposición de intereses, y por tanto es preciso que intervenga el defensor judicial en los siguientes casos:

— En la Resolución de 14 de marzo de 1991 se planteó la siguiente cuestión: Si es necesario o no el nombramiento de defensor judicial para dos menores de edad en una escritura en la cual, sobre la base de un testamento por el que el causante, de vecindad civil catalana y casado en régimen de

gananciales, instituye herederas a sus dos hijas y deja el usufructo universal a su esposa, ésta, por sí y en representación de aquéllas, menores de edad, inventaría los bienes del consorcio conyugal y se adjudica en propiedad la mitad indivisa de todos ellos más el usufructo de la otra mitad, con ciertas facultades de disposición respecto de ciertos bienes, quedando la nuda propiedad de esta mitad para las dos hijas, también y entre ellas, de forma indivisa.

La Dirección General resolvió que en las operaciones de liquidación de la sociedad de gananciales —que son de carácter necesariamente previo para la determinación del caudal relicto— tienen, evidentemente, intereses contrapuestos la viuda y los herederos del cónyuge difunto. Esta oposición se da en la misma determinación por inventario de los bienes que son gananciales, pues en su formación se plantea un problema de determinación de masas patrimoniales —ganancial, parafernales, dotales, capital del marido— que no viene resuelto mecánicamente, pues la presunción de gananciales no es indestructible. La existencia del conflicto de intereses priva, en estas operaciones, a la viuda de la representación legal y exige que ésta sea conferida a un defensor nombrado por el Juez. De no hacerse así los actos u operaciones otorgados sólo por la viuda serán nulos por falta de la representación legal que invoca.

Igualmente se consideró la existencia de contraposición de intereses en el supuesto contemplado en la Resolución de 3 de abril de 1995, donde además se dan los criterios para apreciarla. Dicen así los fundamentos jurídicos del 5.º al 8.º:

5. *El segundo de los defectos de la nota de calificación hace referencia a que no ha comparecido en la escritura el defensor judicial de los menores, ya nombrado cuando se autoriza aquélla. Es decir, se estima que en la adjudicación hereditaria efectuada existen intereses contrapuestos entre la viuda y los hijos, de modo que cesa la representación legal de la primera (cfr. art. 162 del Código Civil) y los hijos menores han de estar representados por el defensor judicial (art. 163 del Código Civil). Determinar, caso por caso, si en una partición de herencia los intereses del cónyuge superviviente y los hijos menores son contrapuestos o paralelos, es una tarea difícil y que ha dado lugar, como es sabido, a dudas doctrinales y jurisprudenciales.*

*Cuando la partición se efectúa sobre un único bien hereditario que se adjudica en porciones indivisas coincidentes con las cuotas hereditarias correspondientes a cada partícipe, puede entenderse que se trata de una operación sin trascendencia económica y que los eventuales perjuicios para los hijos son futuros e hipotéticos, porque sólo pueden aparecer si durante la minoría de edad de los hijos se procede a la división material o a la disolución de la comunidad romana formada. Los intereses del cónyuge viudo y de sus hijos menores son paralelos, de suerte que es innecesaria la interven-*

*ción del defensor judicial. Así lo han entendido, para los asuntos específicos en ellos examinados, las Resoluciones de este Centro Directivo de 27 de enero de 1987 y de 10 de enero de 1994.*

6. *Ahora bien, el caso actual viene singularizado por dos circunstancias que se examinan a continuación y que obligan a estimar que la representación legal de la viuda sobre sus hijos menores ha sobrepasado los límites legales y que, por existir intereses contrapuestos entre una y otros, la representación legal de los hijos corresponde al defensor judicial.*

7. *La primera circunstancia se encuentra en que el bien sobre el que recae la adjudicación indivisa es presuntivamente ganancial. En efecto, fue adquirido sólo por el marido en 1979 por título de compra y sin justificación alguna sobre la procedencia del precio. En esta situación, el carácter ganancial del bien adquirido resultaba de la presunción legal de que la contraprestación procedía del caudal común (cfr. arts. 1.401.1.º y 1.407 del Código Civil entonces vigente). Consiguientemente, la presunción legal de ganancialidad puede ser destruida también en el momento de la partición por prueba en contrario. De este modo, el acto unilateral efectuado por la viuda atribuyendo definitivamente el carácter de ganancial al bien adjudicado puede suponer, en el caso de que llegara a demostrarse el carácter privativo del precio pagado por el marido, una disminución considerable en la cuota hereditaria correspondiente a los hijos menores. Por esto, para la formación del inventario de los bienes relictos es imprescindible la intervención del defensor judicial, porque ya en la formación del inventario pueden surgir controversias entre madre e hijos, respecto de: a) los bienes que integran la sociedad de gananciales y los que, por ser privativos del causante, han pasado al caudal hereditario; b) qué bienes gananciales han de integrarse en este caudal en pago de la cuota indivisa que en el consorcio conyugal disuelto correspondía al cónyuge premuerto o a sus herederos.*

8. *La segunda circunstancia está en el hecho de que la partición de herencia ha sido parcial, como se califica en la propia escritura, en la que el bien adjudicado se afirma que queda entre otros dejados por el causante. Por lo tanto, la partición de estos bienes restantes que hubieran de realizar conjuntamente la viuda y el defensor judicial quedaría en gran medida condicionada y limitada por la adjudicación previa formalizada en la escritura debatida. Ya no sería posible, en efecto, sin una rectificación, la adjudicación total en pleno dominio de todos bienes relictos, de modo que las facultades del defensor judicial para representar a los menores en esa partición posterior que se anuncia quedarían predeterminadas y prejuzgadas por el resultado de una actuación unilateral anterior de la viuda. Esta anticipación sin retorno de la partición futura aparece aún más clara respecto de la cuota usufructuaria indivisa adjudicada a la viuda, ya que la misma dificulta que más tarde, por mutuo acuerdo, o en virtud de mandato judicial, se proceda*

*a conmutar el usufructo viudal en las formas previstas por el artículo 839 del Código Civil.*

En cambio, no se ha considerado necesaria la intervención del defensor, por no existir posibilidad de intereses contrapuestos en la Resolución de 10 de enero de 1994, donde se planteaba la cuestión de si es inscribible una escritura de liquidación de sociedad de gananciales y aceptación de herencia en la que es única compareciente la viuda del matrimonio que lo hace por sí y en nombre de su hijo menor, designado heredero universal por su difunto padre, o por el contrario se requiere además la presencia del defensor judicial en representación de dicho menor, dada la posibilidad de intereses contrapuestos en la liquidación de la sociedad conyugal. Ha de advertirse que los bienes incluidos en el inventario tenían todos el carácter de privativos al haber sido adquiridos por el difunto con posterioridad a la sentencia de divorcio con su cónyuge compareciente, salvo uno que se adjudica por mitad y *pro indiviso* entre la viuda-divorciada y el hijo menor, al haber sido comprado durante el matrimonio por el marido para su sociedad conyugal, constando inscrito en el Registro de la Propiedad a nombre de los dos cónyuges para su sociedad conyugal de gananciales.

Resolvió la Dirección que en el supuesto concreto de este expediente, la única finca de carácter ganancial se adjudica por mitad y proindiviso a los dos únicos interesados en la liquidación de la sociedad, y determinada ya la masa hereditaria se adjudican íntegramente todos los bienes que la forman al menor representado por su madre. No implican, pues, estas operaciones contradicción de intereses al no haber desigualdad entre una y otra, y el hipotético perjuicio ante unas eventuales deudas del causante y la consiguiente responsabilidad *ultra vires* del heredero como declaró la Resolución de 27 de enero de 1987, es común a ambos sin que pueda dar ocasión a una ventaja o beneficio de la madre sobre el hijo.

Tampoco se apreció la posibilidad de contraposición de intereses en la Resolución de 6 de febrero de 1996, cuando están presentes todos los interesados en la herencia, en el que todas las actuaciones particionales se realizan en un solo acto, se documentan en una sola escritura y se aprueba simultáneamente y, por tanto, hacen suyas en su totalidad los diversos intervinientes; y, por otra parte, los dos únicos bienes inventariados, que son gananciales, constando así inscritos en el Registro de la Propiedad, han sido adjudicados *pro indiviso* entre los interesados, de acuerdo con el testamento del causante, es forzoso concluir que no existe contradicción de intereses ni en la formación de inventario, ni en la adjudicación de los bienes interesados en la herencia, por lo que la exigencia de citación del defensor judicial vendría a reconocer que éste tiene la representación legal del menor cuando en realidad no la ostenta según se ha razonado.

2. La cuestión de si la partición hereditaria en la que interviene el defensor del menor requiere aprobación judicial posterior fue discutida desde la contraposición entre los artículos 271 y 1.060 del Código Civil, dando lugar a declaraciones un tanto inseguras de la Fiscalía General del Estado y la Dirección General de los Registros.

Ya hemos dicho que en la Ley 1/1996, de Protección al Menor, se ha agregado un segundo párrafo al artículo 1.060, que pone fin a la cuestión al disponer que *el defensor judicial designado para representar a un menor o incapacitado en una partición deberá obtener la aprobación del Juez, si éste no hubiera dispuesto otra cosa al hacer el nombramiento*. O sea, que la regla general es que la partición precisará la aprobación del Juez y la excepción que éste la haya dispensado expresamente.

Para las particiones anteriores habrá que acudir a los documentos antes citados. La Circular de la Fiscalía General del Estado de 25 de abril de 1985, decía:

*Si relacionamos el artículo 1.060 del Código Civil con las normas generales de la Ley de 24 de octubre de 1983, llegaríamos a la conclusión de que la intervención del tutor o del defensor judicial en nombre del incapacitado es requisito suficiente para la validez del acto particional; la aprobación judicial de la partición la excluye el artículo 1.060, siempre que haya intervenido el representante legal del incapacitado, y es notorio que el tutor ostenta tal carácter (art. 267 del Código Civil), cualidad que también concurre en el defensor judicial del incapacitado, porque según el artículo 299.1.º se nombrará defensor judicial que represente y ampare los intereses del incapacitado cuando en algún asunto exista conflicto de intereses entre los incapacitados y sus representantes legales. Tal representante legal es el tutor como el defensor judicial, pues la función sustitutiva de éste tiene la misma calidad que la de aquél; la única diferencia es la provisionalidad del defensor judicial, en cuanto supone una suspensión limitada en el tiempo de la tutela para un determinado asunto en el que la ley prohíbe al tutor representar al tutelado (art. 221.2.º del Código Civil).*

*Sin embargo, tras el análisis del artículo 271.4.º del Código Civil se llega a conclusión distinta, pues a su tenor el tutor precisa autorización judicial para realizar la partición de herencia en que el tutelado se halle interesado, y la aprobación judicial una vez que se haya practicado. Esta es, concretamente, su literalidad: El tutor necesitará autorización judicial para realizar la partición de la herencia o la división de la cosa común, las cuales, una vez practicadas, requerirán además la aprobación judicial.*

*Su antinomia con el artículo 1.060 es manifiesta, pero contraída a los representantes legales del incapacitado: tutor y, en su caso, defensor judicial. En los demás casos de representación legal, el artículo 1.060 producirá sus*

*efectos. Así, las representaciones legales derivadas de la patria potestad, ya sea la de los padres (art. 162 del Código Civil) o la de los defensores judiciales de menores (art. 163 del Código Civil), presentes en la partición, no precisan que ésta sea aprobada judicialmente, pero el tutor y el defensor judicial están sujetos al requisito de la aprobación judicial para que la partición en la que hayan intervenido, representando al incapacitado, sea válida y eficaz.*

La Dirección General dictó dos Resoluciones sobre el particular:

En la de **4 de abril de 1986** declaró que no es necesaria la aprobación judicial de una partición hereditaria en la que los hijos menores se encuentran representados por el defensor judicial designado al existir contraposición de intereses con su padre.

Para ello se basaba en los siguientes:

*CONSIDERANDO que el artículo 1.060 del Código Civil establece que no será necesaria la aprobación judicial, siempre que los menores estén legalmente representados, lo que supone una ampliación de su contenido respecto a la situación anterior a la Ley de Reforma de 13 de mayo de 1981, ya que hasta entonces el precepto se limitaba a enumerar exclusivamente a los padres del menor, mientras que ahora tiene lugar en todos los casos en que estén debidamente representados.*

*CONSIDERANDO en consecuencia que al ostentar el defensor judicial el carácter de representante legal para la conclusión de un acto concreto —art. 163 del Código Civil—, es claro que en la partición en que intervenga representando al menor, no debe seguir —como indica la Circular citada en los vistos— como presupuesto de eficacia la aprobación judicial, aparte de que no hubiese tenido razón de ser el modificar el artículo 1.060 del mencionado Cuerpo legal por la citada Ley de Reforma si se hubiese querido mantener invariable su contenido.*

*CONSIDERANDO que la posterior reforma de la materia de tutela por la Ley de 24 de octubre de 1983, no incide en lo anteriormente indicado, ya que la indudable antinomia que ahora se produce entre el artículo 271.4.º y 1.060 hay que referirla exclusivamente al caso en que la herencia se encuentre interesado un tutelado, pero no afecta al ámbito de representación del defensor judicial que actúa en nombre de un menor.*

Y en la de **23 de julio de 1990**, siguiendo la misma línea, declaró igualmente que *no es necesaria la aprobación judicial de la partición hereditaria en la que está interesado un incapaz sujeto a tutela, que es representado por un defensor judicial nombrado específicamente para este acto ante el conflicto de intereses existentes entre el incapacitado y el tutor.*

Se razona esta declaración en el fundamento jurídico 3.º, que dice así:

*3. La delimitación del ámbito de aplicación del actual artículo 271.4.º del Código Civil no puede hacerse a espaldas de la evolución del tratamiento jurídico dispensado a las particiones contractuales en que estuviere interesado un menor o incapacitado. Es de observar cómo el criterio del artículo 1.409 LEC, que exigía la aprobación judicial en todo caso, fue primero excepcionado para la hipótesis en que el menor estuviere representado por su padre, madre o tutor (arts. 269.7.º y 1.060 del Código Civil originario), y luego totalmente superado al prescindirse de tal aprobación judicial siempre que el menor o incapacitado estuviere legalmente representado, ya por sus padres, ya por el defensor judicial, ya por el tutor o protutor debidamente autorizados por el Consejo de familia (art. 1.060 del Código Civil tras la reforma de 13 de mayo de 1981). En este orden, el artículo 271.4.º del Código Civil, introducido tras la reforma del 24 de octubre de 1983, al exigir nuevamente aprobación judicial para la partición hecha por el tutor (exigencia que parece obedecer a la necesidad de hallar una vía de control sustitutiva de la anterior autorización del Consejo de familia), no puede reputarse sino como excepcional y, por tanto, sujeta a interpretación estricta, no siendo aplicable a aquellas otras instituciones de protección y defensa de menores o incapacitados dotadas de entidad propia y con perfiles jurídicos diferenciados (vid. arts. 215, 216, 220, 231 y 302 del Código Civil, así como el tratamiento en capítulos independientes de la tutela, de la curatela y el defensor judicial) por el solo dato de que los mismos sean desempeñados por personas ajenas a la relación paterno-filial, máxime cuando no se trata de defensor nombrado con carácter general, como el tutor, sino de un nombramiento específico para un acto concreto que el Juez ha de valorar al efectuarlo, al objeto de fijar las atribuciones del designado (art. 302 del Código Civil). Ello es, además, coherente con la necesidad de agilizar y simplificar el tráfico jurídico reduciendo sus costes en la medida en que queden debidamente salvaguardados los intereses de menores e incapaces.*

Repetimos que, en adelante, la única regla ya válida y segura es la contenida en el nuevo párrafo añadido al artículo 1.060 del Código Civil por la Ley Orgánica 1/1996.

**3. Resolución de 3 de mayo de 1995.** Se declara que el defensor judicial del declarado pródigo precisa, para enajenar bienes inmuebles, la autorización judicial previa que ordena el artículo 302 del Código Civil.

En el presente recurso se debate sobre la inscripción en el Registro de la Propiedad de la venta de ciertos inmuebles pertenecientes a persona que ha sido declarada pródigo y en la que concurren las siguientes circunstancias: 1. La venta fue realizada en nombre del pródigo por uno de sus hijos actuando en su única calidad de defensor judicial; en la escritura pertinente no se

hace ninguna referencia a la condición de representante voluntario del pródigo que con anterioridad correspondía a dicho hijo, en virtud de escritura de subapoderamiento otorgada el 2 de marzo de 1990, a su favor por un hermano suyo que, a su vez, era apoderado del pródigo con facultades suficientes para conferir poderes en su nombre; no obstante, al tiempo de la calificación se tuvo a la vista esta escritura de subapoderamiento. 2. La cualidad de defensor judicial del compareciente se acredita mediante testimonio expedido el 2 de octubre de 1990 del auto del Juzgado de Primera Instancia número 2 de Valladolid, de fecha 27 de septiembre de 1990, en el que por incumplimiento de los deberes propios de su cargo, se acuerda la remoción del anterior curador del pródigo —otra hermana del compareciente— y, como consecuencia de ello, *se acuerda acordar el nombramiento en este procedimiento* del nuevo defensor judicial, en tanto en cuanto se procede al nombramiento de un nuevo curador.

Dados estos antecedentes fácticos, se resuelve:

*Si en lugar de ser asistido el pródigo por el curador ha de intervenir, en su lugar y por disponerlo así el Juez, un defensor judicial, éste tendrá sólo las atribuciones que le haya conferido el Juez (cfr. art. 302 del Código Civil). Y en el presente caso las atribuciones que tiene el defensor judicial son, según el auto de nombramiento de 27 de septiembre de 1990, las mismas que constan en el auto de 16 de abril de 1984 para la curadora removida y en este auto, en el que además se trató de adaptar la tutela del pródigo a la nueva legislación sobre tutela, se encomendaba —acertada o equivocadamente— a la curadora la administración del patrimonio del pródigo y se daba por supuesto que no tenía ésta facultades en relación con los actos de disposición, los cuales competen, según dicho auto, al mismo declarado pródigo con la previa autorización judicial. Ciertamente, en auto de 22 de septiembre de 1984, se autorizó al pródigo para enajenar los bienes, con intervención de la entonces curadora. Pero ésta ha sido removida y a las atribuciones conferidas por ese auto a la entonces curadora no se refiere el auto de nombramiento de defensor judicial de 27 de septiembre de 1990. Se requiere, pues, nueva autorización judicial y no por exigencia del artículo 271 del Código Civil, sino por exigencia del artículo 302 del Código Civil.*

## V. LA GUARDA DE LOS MENORES EN EL CODIGO CIVIL

En busca de los antecedentes de esta nueva figura hemos acudido, una vez más, a la citada conferencia del profesor CASTÁN VÁZQUEZ, y en ella nos dice que la doctrina jurídica extranjera ha dedicado alguna atención, desde hace años, al caso —que no es infrecuente en la vida real— de que una persona

asuma el cuidado de un menor o incapaz sin estar formalmente investida del cargo de tutor. En la doctrina española han estudiado también esa hipótesis algunos autores como ORTEGA PARDO y CAMPOS HERNÁNDEZ. Tomándola en cuenta, el equipo Díez-PICAZO incorporó a su Proyecto en 1977 una regulación de la *guarda de hecho*.

Se justificaba la inclusión de este capítulo diciendo que *es uno de los más cortos y sin embargo puede que uno de los más importantes. Es una verdad incontrovertida que, estadísticamente y hasta el presente, la inmensa mayoría de los casos de protección de menores sin padres o de personas susceptibles de incapacitación, eran y son desempeñadas, de hecho, por quienes no tienen la consideración legal de tutores y, en menor medida por aquellos otros que habiendo sido tutores, han sido removidos de su cargo. Hasta hoy, el derecho ignoraba tal situación, mientras que la doctrina tendía, mayoritariamente, a asimilar estos supuestos a los de la gestión de negocios ajenos.*

Esta innovación fue, como otras, aceptada por la Comisión de Codificación, aunque reduciendo a solamente dos normas las siete que el Proyecto del equipo Díez-PICAZO había dedicado a la materia. La Ley de 1983 le ha consagrado, en definitiva, tres:

**Artículo 303.** Sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 203 y 228, cuando la autoridad judicial tenga conocimiento de la existencia de un guardador de hecho, podrá requerirle para que informe de la situación de la persona y los bienes del menor o del presunto incapaz y de su actuación en relación con los mismos, pudiendo establecer asimismo las medidas de control y vigilancia que considere oportunas.

**Artículo 304.** Los actos realizados por el guardador de hecho en interés del menor o presunto incapaz no podrán ser impugnados si redundan en su utilidad.

**Artículo 305.** Queda sin contenido.

**Artículo 306.** Será aplicable al guardador de hecho lo dispuesto en el artículo 220 respecto del tutor.

Comparando estos preceptos con los que se contenían en el anteproyecto de Díez-PICAZO, dice VENTOSO ESCRIBANO en su libro citado, página 128, que la dedicación normativa al tema no es muy grande, pues, incluso, queda en el aire el propio concepto del guardador de hecho. El citado Anteproyecto era más explícito en este punto, pues determinaba a tal fin: *quien, careciendo de potestad legal sobre un menor o persona incapacitada o susceptible de serlo, ejerciera respecto de ellos alguna de las funciones propias de las instituciones tutelares o se hubiese encargado de su custodia y protección o de la administración de su patrimonio y gestión de sus intereses, quedará por este hecho sometido a las obligaciones y deberes que la Ley impone a los tutores* (art. 307), y continuaba señalando el citado Anteproyecto, en el artículo 308,

que la regla establecida en el artículo anterior se aplicará también cuando estuviese ejerciendo el cargo de tutor una persona afectada por una causa de inhabilidad legal, o hubiese comenzado a desempeñar sus funciones sin dar cumplimiento a los requisitos legales, o hubiese prolongado indebidamente el ejercicio del cargo después de haber debido cesar en él.

Y sigue diciendo VENTOSO ESCRIBANO que, a la vista de estos dos artículos del mencionado Anteproyecto, el concepto que en él se recogía de guardador de hecho era bastante amplio y explícito. La redacción del vigente artículo 303 es menos concreta y plantea el problema de su delimitación. Aunque habla en general de guardador de hecho, lo cierto es que, al aludir a los artículos 203 y 228 y, por otro lado, al mencionar no al incapaz sino al presunto incapaz, parece que sólo quiere eludir a aquellos casos en que una persona se encarga de la guarda de otra sin que ésta haya sido previamente incapacitada y sin que haya precedido la constitución regular de una tutela previa; es decir, de los casos antes mencionados en los artículos 307 y 308 del meritado Anteproyecto, parece que los del último de ellos no son los que tuvo presente el legislador. No obstante, nosotros creemos que la interpretación del artículo 303 debe ser amplia y aplicarla en aquellos casos en que pueda beneficiar a un menor o a un incapaz.

¿Cuál es la naturaleza jurídica de la guarda de hecho? Tiene algunos contactos con el mandato y aún más con la gestión de negocios ajenos, pero las diferencias son evidentes, pues éstos tienen un cariz puramente patrimonial, mientras que en la guarda prima el aspecto personal y aún familiar. Por ello debe encuadrarse, como lo hace el Código, en la sistemática de las instituciones tuitivas o tutelares; es una figura singular o *sui generis*, para remediar situaciones perentorias y siempre bajo las medidas de control y vigilancia que el Juez considere oportunas.

Dada esta especial naturaleza jurídica de la guarda de hecho, han discutido los autores sobre la validez de los actos realizados por el guardador de hecho. CASTÁN nos dice que el equipo DÍEZ-PICAZO distinguió en este punto *los actos meramente conservativos realizados por el guardador de hecho en interés del pupilo* (que serían válidos y producirían todos sus efectos si fueran útiles para el menor o incapaz) y *los demás actos* (que podrían ser anulados a instancia del tutelado o de los representantes legales nombrados con arreglo a derecho).

Hemos visto que el nuevo artículo 304 del Código Civil dispone que *los actos realizados por el guardador de hecho, en interés del menor o del presunto incapaz, no podrán ser impugnados si redundan en su utilidad*.

A la vista de esta norma, observa SANCHO REBULLIDA que si los actos no redundan en utilidad objetiva del menor o presunto incapaz, sí que podrán ser impugnados *aunque el guardador, intencionalmente, los hubiese realizado en interés del menor o presunto incapaz*; entiende también que la utilidad habrá

de apreciarse en la totalidad del acto de gestión y *no cabrá impugnación parcial de un acto dejando subsistente de él lo que haya sido útil* (10).

En otro sentido, y según dispone el artículo 306 con remisión al artículo 220, el guardador podrá resarcirse de los daños y perjuicios que sufra, cuando no haya mediado culpa por su parte, con cargo a los bienes del guardado, si no puede obtener su resarcimiento por otro medio.

## VI. LA LEY ORGANICA 1/1996, DE 15 DE ENERO, DE PROTECCION JURIDICA DEL MENOR

Una breve Exposición de Motivos es utilísima para dar a conocer cuál es el pensamiento del legislador y siempre sirve de base para mostrar los propósitos que luego tienen su expresión en los textos más escuetos del articulado. Varios son los preámbulos de nuestras leyes históricas que han quedado como buena muestra de lo dicho, y constituyen verdaderos monumentos de nuestra literatura jurídica.

Afortunadamente, esta Ley del Menor ha recogido en una extensa Exposición de Motivos la *mens legislatoris*, y en ella, además de presentarnos el contenido de la norma, nos proporciona una buena base para su interpretación casi auténtica.

Comienza diciendo que la protección al menor constituye en la actualidad una preocupación generalizada, la cual se ha recogido en varios documentos internacionales, en nuestra Constitución y en varias leyes nacionales reformadoras del Código Civil desde la de 1981, la de 1983 sobre la tutela, la de 1987 sobre adopción y otras. En la de 1987 se agilizan los procedimientos de protección al menor, permitiendo a las entidades públicas competentes la asunción automática de la tutela en los casos de grave desprotección. Se recogió la figura del acogimiento familiar como una mera institución de protección al menor como principio inspirador de las actuaciones tanto administrativas como judiciales y del Ministerio Fiscal.

Con todo, se echaron a notar algunas lagunas, y además han surgido nuevas necesidades y demandas de la sociedad y esta Ley, se dice, quiere dar respuesta a esas demandas, para lo que se aborda una reforma de las tradicionales instituciones protectoras del menor reguladas en el Código Civil. Pero, aparte de esto, lo más destacable es que inspira esta reforma la construcción de un amplio marco jurídico de protección que vincula a los poderes públicos y a las instituciones específicamente relacionadas con los menores.

Así pues, lo que más resalta en ese acercamiento de tipo público que se da a esta regulación protectora del menor, que cada vez se aleja más de los

---

(10) *La tutela e instituciones afines*, cit., pág. 72 (citado por CASTÁN, pág. 451).

antiguos parámetros predominantemente privatistas y familiares y se acerca a las áreas sociales. La Ley contempla a los menores como verdaderos sujetos activos, y en su Título I les atribuye varios derechos, reconocidos en instrumentos internacionales, como el honor, la intimidad y la propia imagen, a la información, asociación y reunión, libertad de expresión y el derecho a ser oído; el Título I se completa con la regulación de las medidas y principios rectores de la acción administrativa.

En el artículo 12 se regulan las actuaciones de protección al menor, diciendo que se realizará mediante la prevención y reparación de situaciones de riesgo, con el establecimiento de los servicios adecuados para tal fin, el ejercicio de la guarda y, en los casos de desamparo, la asunción de la tutela por ministerio de la Ley. En consecuencia, se ordena que los poderes públicos velarán para que los padres, tutores o guardadores desarrollen adecuadamente sus responsabilidades y facilitarán servicios accesibles en todas las áreas que afectan al desarrollo del menor.

En los artículos siguientes se desarrolla este principio de dos gradaciones, o sea, atención inmediata de la autoridad y cesión posterior a las personas o instituciones indicadas para asegurar la asistencia a los menores. Se pasa de la retención pública en los casos de riesgo y desamparo a regular la guarda de los menores, con referencia al artículo 172 del Código Civil (de nueva redacción), el acogimiento familiar, a la tutela y a la adopción.

En el acogimiento se recogen los tres tipos que pasan a regularse en los nuevos artículos que se reforman en el Código Civil, o sea, el acogimiento simple, el constituido con carácter permanente y el preadoptivo.

En el artículo 21 se regulan los servicios especializados de acogimiento en establecimientos públicos en este modo:

*Cuando la entidad pública acuerde la acogida residencial de un menor, teniendo en cuenta que es necesario que tenga una experiencia de vida familiar, principalmente en la primera infancia, procurará que el menor permanezca internado durante el menor tiempo posible, salvo que convenga al interés del menor.*

*Todos los servicios, hogares funcionales o centros dirigidos a menores deberán estar autorizados y acreditados por la entidad pública.*

En la tutela se procede a reformar algunos de los preceptos existentes en el Código Civil, y se crea en cada Fiscalía un Índice de Tutela de Menores.

En la adopción se reforman también algunos de los preceptos del Código Civil, introduciendo la exigencia del requisito de la idoneidad de los adoptantes, que habrá de ser apreciada por la entidad pública que formula la propuesta o directamente por el Juez en otro caso.

En el artículo 25 se regula la adopción internacional, teniendo en cuenta que en los últimos años se ha producido un gran aumento de las adopciones

de niños extranjeros por parte de adoptantes españoles. Dice así el citado artículo 25, primer punto del número 1:

*En materia de adopción internacional, corresponde a las entidades públicas:*

- a) *La recepción y tramitación de las solicitudes, ya sea directamente o a través de entidades debidamente acreditadas.*
- b) *La expedición, en todo caso, de los certificados de idoneidad y, cuando lo exija el país de origen del adoptando, la expedición del compromiso de seguimiento.*
- c) *La acreditación, control, inspección y la elaboración de directrices de actuación de las entidades que realicen funciones de mediación en su ámbito territorial.*

*Las funciones de mediación a realizar por las entidades acreditadas serán las siguientes:*

- *Información y asesoramiento a los interesados en materia de adopción internacional.*
- *Intervención en la tramitación de expedientes de adopción ante las autoridades competentes, tanto españolas como extranjeras.*
- *Asesoramiento y apoyo a los solicitantes de adopción en los trámites y gestiones que deben realizar en España y en el extranjero.*

Siguen tres Disposiciones Adicionales, de carácter procesal; una Disposición Transitoria, que remite a la normativa anterior para los procedimientos ya iniciados, y una Disposición Derogatoria.

Las reformas, numerosas y fundamentales, de diversos artículos del Código Civil y de la LEC se contienen en veinte Disposiciones Finales.

## VII. NORMAS AUTONOMICAS

La Ley de Protección Jurídica del Menor respeta las competencias de las Comunidades Autónomas, de acuerdo con lo señalado en la Constitución y sus Estatutos respectivos, y regula tal reparto competencial en la Disposición Final 21, dejando especialmente a salvo las normas de Derecho Civil foral o especial en las Comunidades Autónomas en que rijan y declarando que esta Ley del Menor es subsidiaria respecto de dichas disposiciones específicas vigentes.

Y las entidades públicas mencionadas en la Ley para llevar a cabo sus finalidades serán, según su Disposición Final 22, las que se designen por las

Comunidades Autónomas y las ciudades de Ceuta y Melilla de acuerdo con sus respectivas normas de organización.

Más explícita es la Disposición Adicional 1.<sup>a</sup> de la Ley 21/1987, de 11 de noviembre, que establece lo siguiente:

*Las entidades públicas mencionadas en esta Ley son los organismos del Estado, de las Comunidades Autónomas o de las Entidades Locales a las que, con arreglo a las leyes, corresponda, en el territorio respectivo, la protección de menores.*

*Las Comunidades Autónomas, en virtud de su competencia en materia de protección de menores, podrán habilitar, en su territorio, como instituciones colaboradoras de integración familiar, a aquellas Asociaciones o Fundaciones no lucrativas, constituidas conforme a las leyes que les sean aplicables, en cuyos estatutos o reglas figure como fin la protección de menores y siempre que dispongan de los medios materiales y equipos pluridisciplinares necesarios para el desarrollo de las funciones encomendadas.*

*Estas instituciones colaboradoras podrán intervenir sólo en funciones de guarda y mediación con las limitaciones que la entidad pública señale, estando siempre sometidas a las directrices, inspección y control de la autoridad que las habilite.*

Once son las Comunidades Autónomas que han dictado normas sobre el particular, que reseñamos a continuación, recogiendo, en resumen, lo más importante de sus disposiciones (11).

#### A) ANDALUCÍA (12)

La primera disposición fue el Decreto 281/1988, de 13 de septiembre, en el cual se establecían las medidas para la aplicación en Andalucía de la Ley 21/1987, de 11 de noviembre, de modificación de artículos en el Código Civil y la LEC en materia de adopción y otras formas de protección de menores.

Dicho Decreto ha sido expresamente derogado por la Ley 1/1998, de 20 de abril, de los derechos y la atención al menor, que en su Exposición de Motivos recoge los antecedentes legales nacionales y dice que, *habida cuenta que el artículo 13, apartados 22 y 23, del Estatuto de Autonomía, otorga a*

---

(11) Recogemos los textos de estas disposiciones del libro *Normativa autonómica*, editado por el Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, que comprende desde 1979 hasta la actualidad, varios tomos bianuales.

(12) Texto de la Ley, en el Boletín de Información del Colegio de Registradores, núm. 38, junio de 1998, págs. 1314 y sigs.

*nuestra Comunidad Autónoma competencia exclusiva en materia de servicios sociales e instituciones públicas de protección y tutela de menores respetando la legislación civil, penal y penitenciaria, a la Administración de la Junta de Andalucía corresponde la consideración de entidad pública a la que se encomienda la protección de menores.*

El Título I se refiere en general a los derechos de los menores y el artículo 2 establece que *las Administraciones Públicas de Andalucía velarán para que los menores gocen en el ámbito de la Comunidad Autónoma de todos los derechos y libertades que tienen reconocidos por la Constitución, la Convención de Derechos del Niño y demás acuerdos internacionales ratificados por España, así como por el resto del ordenamiento jurídico, sin discriminación alguna por razón de nacimiento, nacionalidad, etnia, sexo, deficiencia o enfermedad, religión, lengua, cultura, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal, familiar o social.*

En el Título II se regula lo relativo a la protección de los menores, que es el tema específico que nos interesa, y dice, en su primer artículo, que es el 17 de la Ley:

*A los efectos de la presente ley, se entiende como protección el conjunto de actuaciones para la atención de las necesidades del menor tendentes a garantizar su desarrollo integral y a promover una vida familiar normalizada.*

Otras disposiciones de la Ley son:

— *Las Corporaciones Locales de Andalucía son competentes para el desarrollo de actuaciones de prevención, información y reinserción social en materia de menores, así como para la detección de menores en situación de desprotección y la intervención en los casos que requieran actuaciones en el propio medio. Igualmente, son competentes para apreciar, intervenir y aplicar las medidas oportunas en las situaciones de riesgo.*

*La Administración de la Junta de Andalucía es competente para la planificación, coordinación y control de los servicios, actuaciones y recursos relativos a la protección de los menores en la Comunidad Autónoma.*

— *Corresponde a la Junta de Andalucía, a través de la Consejería competente, asumir la tutela de los menores desamparados que residan o se encuentren transitoriamente en el territorio de la Comunidad Autónoma de Andalucía, sin perjuicio de las competencias que sobre estos últimos pudiesen tener otras Administraciones públicas.*

..... *El órgano competente de la Administración de la Junta de Andalucía que tenga conocimiento de una situación de posible desamparo de un*

*menor iniciará expediente de protección, sin perjuicio de la adopción de las medidas inmediatas de atención que el menor requiera.*

- *La Administración de la Junta de Andalucía asumirá y ejercerá solamente la guarda cuando los que tienen potestad sobre el menor lo soliciten, justificando no poder atenderlo por enfermedad u otras circunstancias graves, o cuando así lo acuerde el Juez en los casos en que legalmente proceda.*

*Cuando quienes tienen la patria potestad o tutela soliciten de la Administración de la Junta de Andalucía que asuma la sola guarda del menor, se firmará expediente con arreglo a lo previsto en el artículo precedente y conforme a lo dispuesto en el artículo 172.2 del Código Civil.*

- *Cuando las circunstancias del menor lo aconsejen, se promoverá su acogimiento familiar hasta que pueda reintegrarse en su familia de origen, o reinsertarse en su medio social una vez alcanzada su mayoría de edad, su emancipación, o bien hasta que pueda ser adoptado. Los acogedores podrán recibir una compensación económica en las condiciones que reglamentariamente se determine.*

- *El acogimiento familiar administrativo será formalizado por la Administración de la Junta de Andalucía, con el contenido y los consentimientos legalmente establecidos, con independencia de que ésta tenga o no la tutela o la guarda del menor.*

*En los casos en que los que el acogimiento familiar deba ser declarado judicialmente, la Administración de la Junta de Andalucía formulará propuesta ante el órgano jurisdiccional correspondiente.*

- *El acogimiento familiar se constituirá, según su finalidad, con el carácter de simple, permanente o preadoptivo, de conformidad con lo que establece el Código Civil.*

- *En los casos que proceda, la Administración de la Junta de Andalucía formulará la propuesta previa de adopción de acuerdo con los requisitos y procedimientos establecidos en el Código Civil y Ley de Enjuiciamiento Civil.*

- *Quienes soliciten de la Administración de la Junta de Andalucía el acogimiento familiar o la adopción de un menor deberán someterse a un proceso de valoración de idoneidad, en base a los criterios biológicos y psicosociales que se establezcan reglamentariamente y sin perjuicio de los requisitos legalmente establecidos. La Administración de la Junta de Andalucía dictará resolución sobre su idoneidad, que será notificada al solicitante.*

- *El acogimiento residencial de un menor en centro de protección se establecerá por resolución de la Administración de la Junta de Andalucía o por decisión judicial.*

*La Administración de la Junta de Andalucía acordará el acogimiento residencial cuando no sea posible o aconsejable aplicar otra medida protectora y por el período más breve posible.*

*La guarda del menor acogido en un centro de protección será ejercida por el director del mismo, bajo la vigilancia de la Administración de la Junta de Andalucía y la superior del Ministerio Fiscal.*

*La medida de acogimiento residencial podrá ser complementada con la estancia del menor con familias colaboradoras durante fines de semana y períodos vacacionales.*

- *Los centros de protección de menores, en cuanto a su organización y funcionamiento, se regirán por las disposiciones establecidas por la Administración de la Junta de Andalucía. Su regulación deberá ajustarse a los principios inspiradores de esta Ley.*
- *Corresponde a la Administración de la Junta de Andalucía la ejecución de las medidas adoptadas por los Juzgados competentes con relación a los menores a quienes se impute la comisión de un hecho tipificado como delito o falta en las leyes penales. Igualmente le corresponde la ejecución de las medidas protectoras, educativas y formativas que por los Juzgados de Menores se adopten respecto de aquéllos a que se refiere el apartado anterior.*

Este es el resumen de las más interesantes disposiciones de la Ley reciente de Andalucía.

## B) ASTURIAS (13)

Este Principado ha dictado la Ley 1/1995, de 27 de enero, de Protección al Menor.

En su artículo 2 se da el concepto de protección diciendo que: *A los efectos de esta Ley, se entiende por protección de menores, el conjunto de actuaciones, integradas en el marco del sistema público de servicios sociales, que la Administración del Principado de Asturias, en su condición de entidad pública, realice con la finalidad de promover el desarrollo integral del menor, así como prevenir y remediar cuantas situaciones de indefensión detecte, atendiendo en todo momento al interés primordial del menor y procurando su integración familiar y social.*

En el artículo 3 se señala el ámbito de aplicación de la Ley, señalando que *las medidas de protección previstas en la presente Ley se dirigirán a aquellos menores de edad que residan o se encuentren transitoriamente en el territorio*

---

(13) *Normativa autonómica*, tomo 1995-96, pág. 207.

*de la Comunidad Autónoma y en los que concurra alguna circunstancia susceptible de actuación protectora; sin perjuicio de que resultare aplicable otra normativa, en función de las circunstancias concurrentes en el menor objeto de protección, por razón de su origen o procedencia.*

El ejercicio de esta competencia corresponde, en el organigrama de esta Comunidad Autónoma, a la Consejería de Sanidad y Servicios Sociales. En varios capítulos se regulan los derechos del menor, las actuaciones de prevención, las medidas de protección en general y su régimen, el apoyo familiar, situación de desamparo y tutela, la guarda y al acogimiento familiar, el alojamiento en centros e instituciones colaboradoras de integración familiar.

Resume sus propósitos al decir que la Administración del Principado *actuará de forma coordinada con los distintos entes públicos que intervengan en la atención social a la infancia y especialmente con la administración sanitaria, laboral y de seguridad social, educativa, en orden a procurar la elaboración de programas integrados y actuaciones eficaces que proporcionen un mayor bienestar a los menores* (Disposición Adicional 2.<sup>a</sup>).

#### C) BALEARES (14)

Las Islas Baleares tienen en esta materia la Ley 7/1995, de 21 de marzo, de guarda y protección a los menores desamparados.

Tras una extensa Exposición de Motivos, la Ley contiene en 30 artículos y varias disposiciones complementarias la normativa especial de esta Comunidad Autónoma.

La situación de desamparo se da en cualquiera de los casos que relaciona el artículo 5:

- a) *Malos tratos de orden físico o psíquico, en cualquiera de sus manifestaciones. También tienen tal consideración los abusos sexuales, las situaciones de explotación y cualesquiera otras de naturaleza análoga.*
- b) *Inexistencia de personas a las que legalmente correspondan las funciones de guarda.*
- c) *Incumplimiento de las obligaciones inherentes a la patria potestad o tutela.*
- d) *Ejercicio deficiente o inadecuado, voluntario o involuntario, de las funciones de guarda inherentes a la patria potestad o tutela, generador de graves peligros para el menor en el orden moral o material.*

---

(14) *Normativa autonómica*, tomo 1995-96, pág. 265.

La situación de desamparo será apreciada por la Consellería de Gobernación, que tiene la competencia, a través de su Dirección General de Juventud, Menores y Familia.

Después se regula la declaración de desamparo, sus efectos y las medidas de protección, con especial atención a las acogidas de tipo familiar, preadoptiva e institucional.

La Ley 8/1997, de 18 de diciembre, atribuye las competencias asumidas por la Comunidad Autónoma de Islas Baleares en materia de tutela, acogimiento y adopción de menores a los Consejos Insulares de Mallorca, Menorca, Ibiza y Formentera, regulando su ejercicio y funcionamiento.

#### D) CASTILLA Y LEÓN (15)

Esta Comunidad Autónoma tiene un Reglamento de expedientes administrativos de adopción que fue aprobado por Decreto 184/1990, de 20 de septiembre.

Según su artículo 7, los que deseen constituir una adopción para formular la propuesta al Juez competente, deberán presentar la correspondiente solicitud al Servicio Territorial de Bienestar Social de la provincia de su domicilio. Es preciso acreditar idoneidad para ser adoptante, regulándose el procedimiento y señalando los criterios de valoración. En los casos de acogimiento, el Servicio Territorial antes citado será el encargado de su seguimiento.

Finalmente, se crea un Registro donde serán inscritos los menores tutelados susceptibles de adopción, donde se anotarán las incidencias relevantes que se produzcan en relación con los menores inscritos.

Por Decreto 57/1988, de 7 de abril, se dictaron normas sobre protección de menores que ahora se han incluido en este Reglamento, conservando tan sólo un carácter subsidiario.

#### E) CATALUÑA (16)

En Cataluña, aparte de un Decreto de 1987, señalando los departamentos competentes en materia de adopción, se dictaron dos Leyes en 1991, una sobre protección a menores desamparados, y otra sobre tutela, habiendo sido modificada esta última por otra Ley de 29 de julio de 1996.

---

(15) *Normativa autonómica*, tomo 1989-90, pág. 1020.

(16) Ver Decreto en *Normativa* citada, tomo 1987-88, pág. 855, las Leyes de menores y tutela, tomo 1991-92, págs. 682 y 704, y la Ley de reforma de 1996, tomo 1995-96, pág. 560.

a) *El Decreto 343/1987, de 3 de diciembre*, para aplicar la Ley estatal del mismo año sobre adopción, atribuye la competencia a los Departamentos de Sanidad, Seguridad Social y Justicia de la Generalidad de Cataluña. La guarda de los menores desamparados, cuando medien medidas judiciales, corresponderá a la Dirección General de Protección y Tutela de Menores del Departamento de Justicia. Cuando no medie acuerdo judicial, la guarda de los menores desamparados será ejercida por el Instituto Catalán de Asistencia y Servicios Sociales del Departamento de Sanidad y Seguridad Social.

b) *Ley 37/1991, de 30 de diciembre, sobre medidas de protección de los menores desamparados y de la adopción*. Tiene como antecedente otra Ley de 15 de junio de 1985, que se dictó para la prevención y el tratamiento de la delincuencia infantil y juvenil y la tutela de los menores abandonados como víctimas de actos delictivos.

Esta Ley tiene un carácter distinto y primordialmente civil, comprendiendo una completa regulación de la faceta protectora del menor. En el capítulo I se regulan todas las cuestiones relativas a la protección del menor desde que se produce la intervención del organismo competente que le declara desamparado, con la consiguiente aplicación de la medida protectora hasta que, en su caso, se procede a la propuesta de adopción.

En el artículo 2.2 se considera desamparado al menor que se halla en una situación de hecho en la cual le faltan los elementos básicos para el desarrollo integral de su personalidad, cualquiera que sea la causa que origina esta situación. Las facultades que corresponden al organismo protector competente comprenden tanto lo que se refiere a la persona como al patrimonio del menor, pero la guarda queda limitada al cuidado personal. La acogida familiar puede ser simple o preadoptiva y la Ley establece que el régimen de convivencia debe parecerse a un régimen familiar que proporcione un trato afectivo y una vida cotidiana personalizada.

En el capítulo II se regula la adopción ya de manera íntegra, desprendiéndose de la dualidad normativa que existía en virtud de la Ley estatal de 1982 que reformó el Código Civil. Así, se regula la adopción de acuerdo con los principios del Derecho civil catalán, pero recogiendo los que imperan en las legislaciones modernas. Se recoge la equiparación de la filiación adoptiva a la filiación por naturaleza y se reconoce, por tanto, el vínculo de parentesco.

En el capítulo III se dan disposiciones comunes a la acogida y la adopción, y en las disposiciones adicionales se recogen los principios que las Administraciones Públicas de Cataluña deben tener presentes en su actuación hacia los niños.

c) *La Ley 39/1991, de 30 de diciembre, sobre la tutela e instituciones legales* regula de manera autónoma e íntegramente la institución de la tutela que antes se contenía de modo fragmentario por los antecedentes romanos

recogidos en las Constituciones de Cataluña de 1702, después por el propio Código Civil y la LEC y últimamente por la Compilación de 1985.

Los cargos tutelares que establece la Ley son el tutor, el protutor, el administrador patrimonial, el curador y el defensor judicial. Además se regula la situación de la guarda de hecho y se toma en consideración el ejercicio de funciones tutelares por la entidad pública de protección de menores.

En cuanto al defensor judicial hay que destacar su carácter provisional y la no exigencia de la autorización judicial en los actos requeridos, cuando el nombramiento se haya efectuado de modo especial para realizar tales actos.

Se regula ampliamente la guarda de hecho y se define al guardador como la persona, física o jurídica, que ha acogido de manera transitoria a un menor que se halle desamparado.

Esta Ley de tutela ha sido reformada, o más bien completada, por la Ley 11/1996, de 29 de julio, la cual da nueva redacción a los antiguos artículos 4 y 5 en el sentido de facultar a las personas con capacidad para designar cargos tutelares para sí mismas, en previsión de ser declaradas incapaces, estableciendo mecanismos a fin de prevenir actuaciones que podrían perjudicar gravemente sus derechos.

d) *Ley 12/1996, de 29 de julio, de la potestad del padre y de la madre*, en su artículo 27 dispone:

*Si en algún asunto existiere contraposición de intereses entre el hijo y el padre o la madre, cuando la potestad es ejercida por ambos, el hijo será representado por aquel padre o madre con el que no exista contraposición de intereses: cuando la contraposición es con el padre y la madre conjuntamente o con quien ejerce la potestad, debe nombrarse al defensor judicial que establece el título quinto de la Ley 39/1991, de 30 de diciembre, de la tutela e instituciones tutelares.*

e) *Ley 13/1997, de 19 de noviembre*, que crea el Instituto Catalán del Acogimiento y la Adopción, organismo autónomo adscrito al departamento que tiene asignadas las competencias en materia de protección de menores, con personalidad jurídica propia, con autonomía administrativa y financiera y con plena capacidad de obrar en el ejercicio de sus funciones y para el cumplimiento de sus finalidades, de acuerdo con la presente ley y con las demás disposiciones que le sean de aplicación.

Corresponde al Instituto Catalán del Acogimiento y la Adopción:

- Fomentar el derecho de los niños a tener una familia y, por lo tanto, promover el acogimiento simple en familia ajena y el acogimiento preadoptivo, como medidas para atender adecuadamente a las necesidades del menor, como persona sometida a situaciones de riesgo grave para su desarrollo integral, procurar su atención educativa y favorecer su regreso dentro de la familia natural.

- Gestionar, mediante los equipos técnicos competentes, los procesos de valoración psicosocial de las personas solicitantes de acogimiento simple en familia ajena, de acogimiento preadoptivo y de adopción internacional.
- Velar por la información adecuada a los ciudadanos y ciudadanas sobre los acogimientos, adopciones y procesos de adopciones, recibir las alegaciones, documentos y demás elementos de juicio en los expedientes de solicitud y dar vista a los mismos, así como las propuestas de resolución. Para ejercer dicha función de información debe contar con la colaboración de padres y madres adoptivos en las cuestiones que les concierna.
- Realizar el seguimiento y dar apoyo técnico a las familias acogedoras.
- Realizar el seguimiento de los menores en situación de acogimiento simple, en familia extensa y ajena, y de acogimiento preadoptivo.
- Tramitar, cuando corresponda, los procesos de adopciones internacionales y realizar su seguimiento posterior, en su caso, y supervisar tal actividad cuando sea delegada a instituciones o entidades colaboradoras.
- Formalizar convenios de colaboración con otras administraciones, instituciones y entidades, en el marco de su ámbito de actuación, y de acuerdo con las disposiciones que las regulen.
- Realizar el seguimiento de las entidades colaboradoras en adopción internacional.
- Ejercer las demás funciones que le asignen las leyes.

f) *La Ley 9/1998, de 15 de julio, del Código de familia* recoge y codifica las disposiciones precedentes, dándoles una redacción prácticamente igual y que serán de aplicación a partir de su entrada en vigor.

El desamparo se regula en el artículo 164, la guarda en el artículo 165 y las medidas de protección en el artículo 166. La tutela y las instituciones tutelares se regulan en el Título VII, que comprende del artículo 167 al 246. Tiene la especialidad de que se admite la existencia de un Consejo de Tutela, que vela por un buen desarrollo, pero siempre con intervención judicial (arts. 234 y 235). La guarda de hecho se regula en los artículos 253 a 258. Se trata de recoger transitoriamente a un menor desamparado y poner el hecho en conocimiento del organismo competente; el internamiento de una persona por razón de trastorno psíquico, cualquiera que sea su edad, requiere autorización judicial. La actuación del guardador debe ser siempre en beneficio de la persona en guarda y debe limitarse a tener cuidado de la misma y administrar de forma ordinaria sus bienes. El guardador tiene derecho a ser indemnizado de los gastos y perjuicios que le haya causado la guarda, siempre que no le sean imputables, con cargo a los bienes de la persona en guarda.

## F) EXTREMADURA (17)

La Ley 4/1994, de 10 de noviembre, de protección y atención a menores, regula en esta Comunidad el aspecto asistencial en desarrollo de la Ley nacional de 1987, de adopción y acogimiento, según se dice en la Exposición de Motivos.

Esta Ley autonómica regula en su Título preliminar la denominada situación de desamparo, que define en el artículo 5 como toda aquélla que pueda constituir grave riesgo para el normal desarrollo físico, psíquico o social de un menor.

La competencia en materia de atención y protección de menores la tiene, en su ámbito territorial, la Junta de Extremadura, que ejercerá sus funciones a través de la Consejería de Bienestar Social.

Según el artículo 16, la Junta de Extremadura podrá adoptar varias medidas, como el acogimiento familiar, simple o preadoptivo, la asunción de la guarda mediante centros especializados, la propuesta de adopción y otras similares.

La guarda y el acogimiento se llevarán a cabo en las condiciones establecidas en el Código Civil y en igual pauta se acudirá a la propuesta de adopción. En la Consejería de Bienestar Social se creará un Registro de adopciones y acogimientos.

## G) GALICIA (18)

Se han regulado las medidas de protección de menores y la adopción en el Decreto 112/1995, de 31 de marzo.

En su preámbulo se dice que la Ley estatal de 1987 atribuyó competencias a entidades públicas en esta materia y la Comunidad Autónoma de Galicia asumió dichas atribuciones, que son las que se regulan en este Decreto.

La Junta de Galicia ejercerá la protección de menores que residan o se encuentren en aquella región y asumirá la tutela de los desamparados y promoverá actuaciones tendentes a garantizar los derechos del menor y a disminuir los factores de riesgo, de desamparo o marginación.

En el artículo 2 se detallan los principios rectores en el ejercicio de las funciones públicas sobre protección de menores. Y en el artículo 3 se declara que corresponde a la Consellería de Familia, Mujer y Juventud, a través de la Dirección General de la Familia, la realización en Galicia de una política

---

(17) Ver *Normativa* dicha, 1994-95, pág. 839.

(18) Ver *Normativa* dicha, tomo 1995-96, pág. 651.

social a favor del menor, tanto en el orden preventivo como de protección propiamente dicha.

En el desarrollo de esta política se podrán adoptar las siguientes medidas: tutela administrativa, guarda, apoyo a las familias, acogimiento familiar, acogimiento en instituciones y propuesta de adopción.

Todas las enunciadas son objeto de regulación detallada en el Decreto, a lo largo de 63 artículos y varias Disposiciones Finales.

#### H) MADRID (19)

La Comunidad Autónoma de Madrid dictó el Decreto 121/1988, de 23 de noviembre, reformado por otro Decreto 71/1992, de 12 de noviembre, regulando el procedimiento de constitución y ejercicio de la tutela y guarda del menor, que han sido superados por las normas legales, más amplias y de superior categoría, que siguen:

1. Ley 4/1995, de 21 de marzo, de creación de la Agencia Madrileña para la Tutela de Adultos. Son fines de esta Agencia el ejercicio de la tutela y curatela de las personas mayores de edad residentes en Madrid que estén incapacitadas legalmente, en los términos fijados por el Código Civil, cuando así lo determine la autoridad judicial competente.

2. Ley 6/1995, de 28 de marzo, de garantías de los derechos de la infancia y la adolescencia en la Comunidad de Madrid. Es una Ley muy amplia y su contenido es variado en cuanto que recoge aspectos políticos y sociales de los menores que ahora no es objeto de nuestro estudio. Pero incluye también la regulación de las competencias atribuidas por normas estatales como las relativas a protección de menores previstas en la Ley de 1987, la ejecución de las medidas adoptadas por los Juzgados de Menores o las atribuidas a las entidades locales en su legislación especial.

En el capítulo V (arts. 48 a 66) se regula la protección social y jurídica al menor. Se señalan los principios de actuación y se declara que la Administración autonómica garantizará el derecho a la intimidad y al honor, así como la integridad física y moral de los menores, siendo especialmente protegidos contra toda forma de violencia, explotación sexual, tratamientos inhumanos, crueles o degradantes por cualquier forma física o jurídica.

La protección social de los menores corresponde al Sistema Público de Servicios Sociales. De este modo, la Administración autonómica asumirá la tutela por ministerio de la Ley en situación de desamparo y la guarda tempo-

---

(19) Ver *Normativa*, tomo 1991-92, pág. 1275; tomo 1995-96, págs. 909, 923 y 1000.

ral de menores a petición de padres o tutores de conformidad con lo dispuesto en el Código Civil. Se regula el procedimiento para asumir la tutela y su ejercicio, así como la promoción de la adopción y el acogimiento, y el procedimiento y ejercicio para la guarda. A estos efectos se dan normas sobre los centros residenciales y se detallan las instituciones y órganos de atención a la infancia y a la adolescencia en la Comunidad de Madrid; se crean las instituciones del Defensor de los Menores como Alto Comisionado de la Asamblea y el Instituto Madrileño de Atención a la Infancia, adscrito a la Consejería de Integración Social.

En lo que más nos interesa, se crea la Comisión de Tutela del Menor, que ejercerá las funciones que a la Comunidad de Madrid le corresponda en materia de protección de menores en aplicación de la Ley de adopción de 1987; esta Comisión se adscribe al Instituto Madrileño de Atención a la Infancia.

3. Ley 2/1996, de 24 de julio, que crea al Organismo Autónomo Instituto Madrileño del Menor y la Familia, al que se atribuye, entre otros objetivos, la promoción de políticas integrales referidas a los menores, de coordinación de actuaciones de los diferentes organismos y el impulso de los recursos y actuaciones destinados al mayor bienestar social de la infancia. En la letra *c*) del artículo 3 se señala como una de sus funciones específicas el ejercer las competencias que a la Comunidad de Madrid corresponden en materia de protección de menores; en la letra *g*) desarrollar los servicios sociales en materia de infancia, y en la letra *h*) fomentar el efectivo ejercicio de los derechos de los menores garantizados en el ordenamiento jurídico.

## I) MURCIA (20)

Por la Ley regional 11/1996, de 19 de noviembre, se creó el Instituto de Servicios Sociales de la Región de Murcia, organismo autónomo con personalidad jurídica propia al que corresponde la protección de los menores y la gestión de los servicios sociales.

Por Ley 3/1995, de 21 de marzo, se regula la infancia en la Región de Murcia, que consta de 57 artículos y está dividida en un Título preliminar, otros cinco Títulos más y dos Disposiciones Finales.

El Título I tiene una enumeración de los derechos de la infancia, pero el núcleo esencial del texto legal está en el Título II, en lo que respecta a nuestro estudio, pues en él se establecen las líneas generales de la acción protectora para los niños murcianos.

---

(20) Ver *Normativa*, tomo 1995-96, pág. 1281.

Según el artículo 11 de la Ley, primero de este Título, *la acción protectora de los menores comprenderá todas aquellas actuaciones encaminadas a prevenir o erradicar situaciones de riesgo o desamparo de la infancia*. Según el artículo 14, *las Administraciones de la Región de Murcia tienen la obligación de atender las situaciones de emergencia que presente cualquier menor*, y en el artículo 22, *se consideran las situaciones en que el menor está desamparado en los términos del artículo 172 del Código Civil*.

La guarda voluntaria se regula en el artículo 27, y en el artículo 28 se establece que la Entidad pública correspondiente podrá transitoriamente confiar la guarda de los menores al Director de la casa o establecimiento en que sean internados o a las personas que lo reciban en acogimiento. Este acogimiento, según el artículo 31, tiene como finalidad la adaptación de los menores a la vida en familia, de manera transitoria, bien para su reinserción en la familia de origen o como paso previo a su posible adopción. En los artículos 39 y 40 se regula lo relativo a las propuestas de adopción y al modo en que se organiza el período preadoptivo.

#### J) NAVARRA (21)

La Comunidad Foral de Navarra fue cronológicamente la primera que formuló una legislación especial en materia de protección de menores. La Ley Foral 14/1983, de 30 de mayo, de Servicios Sociales de Navarra, consideró actuación prioritaria a realizar por su Administración en el ámbito de la infancia y la juventud, el apoyo económico y familiar, cuando así sea posible, para el mantenimiento del niño en su hogar, evitando el desarraigo de su medio familiar, la adopción plena de menores abandonados, los servicios de familias sustitutas, así como los hogares familiares y centros educativos de primera infancia.

Esta norma legal ha sido desarrollada y completada por el Decreto Foral 90/1986, de 25 de marzo, sobre adopciones, acogimiento familiar y atención a menores.

En su artículo 1 se establece que las competencias en materia de protección y tutela de menores en Navarra están asignadas al Servicio Regional de Bienestar Social, el cual procederá a las actuaciones que se señalan en el artículo 2.

En el artículo 4 se establece que el apoyo a la familia en las situaciones en las que los menores resultan desprotegidos serán el objetivo prioritario, guiándose por el principio de mantener al menor en su propio medio natural

---

(21) *Normativa*, tomo 1985-86, pág. 1374.

en tanto no se demuestre que la familia resulta manifiestamente contraria a la dignidad y derechos del menor.

Los artículos 7 a 13 regulan las adopciones, debiendo solicitarse al Juez competente la declaración de la situación de abandono, señalándose los requisitos que deben reunir los posibles adoptantes.

En los artículos 14 a 18 se regula el acogimiento por familias sustitutas o en hogares y residencias infantiles y en todo caso, según el artículo 23, corresponde al citado Servicio Regional de Bienestar Social realizar las funciones y actuaciones necesarias en defensa de los menores.

#### K) LA RIOJA (22)

La Ley 2/1990, de 10 de mayo, estableció en La Rioja el Sistema Público de Servicios Sociales, la atención específica a la infancia y la adolescencia. Y por Decreto de 18 de abril de 1991 se establecieron medidas para aplicar en La Rioja la Ley nacional de 1987, que ahora se deroga y sustituye.

En la Ley autonómica 4/1998, de 18 de marzo, del Menor, se trata de dar cumplimiento en las leyes generales y reconocer los derechos de los menores, adaptando su contenido a la Ley Orgánica 1/1996. Se regula el procedimiento de la declaración de desamparo y de las restantes medidas de protección, incluyendo la declaración de situación de riesgo de los menores reconocidos en la legislación estatal y en la propia Comunidad Autónoma.

Tiene la Ley 96 artículos y varias Disposiciones Adicionales y Transitorias. Tras los principios rectores, se regulan los derechos del menor, las medidas protectoras, en especial la prevención de situaciones de riesgo, desamparo y tutela; igualmente se regulan la guarda, el acogimiento familiar y la adopción y sus procedimientos y, por último, se articula el llamado acogimiento residencial.

#### L) CASTILLA-LA MANCHA

Esta Comunidad Autónoma ha regulado la materia por la Ley 3/1999, de 31 de marzo, del Menor de Castilla-La Mancha (23), tratándola ampliamente a lo largo de 99 artículos, seis Disposiciones Adicionales, dos Transitorias, una Derogatoria y cuatro Finales.

---

(22) Ver *Boletín de Información* del Colegio de Registradores, núm. 36, pág. 919.

(23) Su texto puede verse en el Diario Oficial de dicha Comunidad Autónoma del 16 de abril de 1999, en el *Boletín* del Colegio de Registradores del mes de mayo de 1999.

Los artículos están contenidos en cinco grandes títulos, que se subdividen en capítulos, que vamos a resumir.

El Título I, de los Derechos y Deberes del Menor, consta de tres capítulos. El capítulo I, de los Principios Generales, trata de la protección de los Derechos, la divulgación de los mismos y la subsidiariedad de la actuación de los poderes públicos de Castilla-La Mancha.

La defensa de los derechos del menor es la base de la presente Ley y por ello se contemplan todos los medios necesarios para cubrir tal fin, sin excluir la necesidad futura de crear una figura específica a estos efectos.

En el capítulo II se contiene una enumeración de los derechos del menor, en consonancia con lo establecido en la Convención de los Derechos del Niño de Naciones Unidas y en la Ley Orgánica 1/1996, así como las actuaciones que desde la Administración Autonómica se llevarán a cabo para garantizar, proteger y promover el cumplimiento de los mismos.

Asimismo aparecen en el capítulo III los deberes de los menores con especial referencia a su contribución al desarrollo de la vida familiar y de comportamiento cívico.

El Título II, de Protección Social y Jurídica del Menor, consta de once capítulos, y recoge el conjunto de medidas destinadas a prevenir e intervenir en las situaciones de riesgo, desamparo y conflicto en que el menor pueda verse implicado.

El capítulo I trata de las Disposiciones generales. De éstas cabe destacar la fijación de los equipos interdisciplinares en la Consejería competente en materia de menores, como órgano colegiado que garantizará la imparcialidad y objetividad.

Dentro del capítulo II de este Título se recogen las medidas de prevención y apoyo a la familia, no limitándose estas últimas a las típicas ayudas de carácter económico, sino que además se prevén otras de carácter técnico, entendiéndose éstas prioritarias y más eficaces dentro del sistema de protección de menores.

Se define en el capítulo III la situación de riesgo, regulándose el procedimiento para su apreciación, así como las medidas que se llevarán a cabo dentro del oportuno programa de intervención familiar, destacando la necesidad de que en cada programa exista un profesional responsable del caso.

El capítulo IV trata de la guarda, con expresa remisión a lo que sobre dicha figura se contempla en la legislación civil.

En el capítulo V, de la Situación de Desamparo, se definen aquellas situaciones que dan lugar al desamparo y se establece el procedimiento para proceder a su declaración.

En el capítulo VI, de la Tutela, se recoge la necesidad de que en la propia resolución administrativa, por la que se asume la tutela, deben constar las medidas de protección a adoptar con el menor, garantizándose asimismo la

atención inmediata de los mismos a través de los centros de primera acogida o familias acogedoras.

El capítulo VII regula el Acogimiento, como medida para ejercer la tutela, marcándose como criterio general la prioridad del acogimiento en familia extensa y del acogimiento familiar respecto al residencial.

Dentro del Acogimiento Familiar es necesario destacar la necesaria formación de las familias acogedoras y las medidas de apoyo a las mismas, regulándose la figura del Acogimiento Familiar profesionalizado como instrumento que profundizará en la desinstitucionalización de los menores y en la atención profesionalizada de los mismos, requiriéndose para ello una especial cualificación de los acogedores.

Respecto del acogimiento residencial destaca el hecho de que esta medida pueda ser complementada con la estancia del menor con familias acogedoras durante períodos de tiempo, incidiendo de nuevo en evitar la institucionalización de los menores; asimismo se exige que los centros se organicen en unidades de convivencia reducidas, debiendo contar los mismos con figuras de referencia estables, así como que el personal que presta sus servicios en estos centros deberá contar con una formación muy especializada y de carácter continuado.

El capítulo VIII, de la adopción, regula, dentro de los términos previstos por la legislación civil del Estado el procedimiento de declaración de idoneidad de los mismos, dentro del cual se recoge como imprescindible la realización de un proceso de formación de los solicitantes, con una doble finalidad: en primer lugar de autoevaluación de las capacidades para continuar en el proceso y, en segundo lugar, como preparación para que se adquieran las habilidades necesarias que disminuyan y eviten los riesgos de fracaso tras la culminación del proceso de adopción, no haciéndose ninguna distinción entre la adopción regional y la internacional. Se regula, asimismo, el Registro de todos los solicitantes que hayan superado el proceso de formación y selección.

En el capítulo IX, de los Menores en conflicto social, se recogen las actuaciones que la Administración autonómica llevará a cabo con aquellos menores que pudieran causar perjuicios a sí mismos o a otras personas, así como los que han cometido hechos tipificados como delitos o faltas y no tienen edad para exigirles responsabilidad penal.

El capítulo X, de los Programas de Autonomía Personal, recoge el compromiso de la Administración autonómica de continuar apoyando a aquellas personas que, durante su minoría de edad, han tenido alguna actuación protectora o judicial, debido a su situación de riesgo, desamparo o conflicto social, hasta lograr su plena autonomía personal y su integración social.

El capítulo XI regula el Registro de las situaciones del menor en el que se van a inscribir todas las actuaciones llevadas a cabo por el mismo, garan-

tizándose, por un lado, la confidencialidad de los datos, y por otro, que sólo se pueden utilizar en beneficio del propio menor.

El Título III, de la Ejecución del Medidas Judiciales, regula los criterios que va a seguir la Administración Autonómica en la ejecución material de las medidas adoptadas por los jueces de menores de aplicación de la normativa estatal reguladora de la jurisdicción de menores, tanto si se trata de medidas a ejecutar en el medio abierto, como si son medidas en centros, recogándose en el primer caso la figura del coordinador de medidas como figura clave en la supervisión de la ejecución de las mismas y en la coordinación con los órganos judiciales.

El Título IV, de la Distribución de Competencias, regula las funciones que ejercerá la propia Administración Autonómica, así como las que se atribuyen a los municipios, haciendo compatible el principio recogido en la Ley de Servicios Sociales de Castilla-La Mancha de descentralización de servicios en los municipios, con la necesaria profesionalización de las actuaciones a llevar a cabo en el sistema de protección a menores; en este sentido se ha optado por distinguir, a la hora de asignar competencias municipales, entre aquellos municipios que cuentan con servicios sociales básicos propios y en los que dichos servicios son prestados desde la Administración autonómica, asignándoles a los primeros competencias en materia de prevención, de intervención en situaciones de riesgo, de correspondencia en el desarrollo de determinados programas en situaciones de desamparo y conflicto social y de colaboración en la ejecución de medidas judiciales en medio abierto.

No obstante, con el fin de potenciar el proceso de descentralización de los servicios sociales en los municipios, la Disposición Adicional segunda prevé la posibilidad de que determinadas competencias de la Comunidad Autónoma se puedan delegar en los municipios mayores de 10.000 habitantes.

En el capítulo III de este Título se regula el funcionamiento y la acreditación de las entidades colaboradoras de atención a menores, como elemento fundamental de implicación de la sociedad civil en la promoción y presentación de los derechos de los menores.

El Título V, de Régimen Sancionador, recoge las infracciones y sanciones administrativas en materia de atención a menores, así como el procedimiento sancionador y los órganos competentes.

En definitiva, la Ley, que empieza a regir el 1 de julio de 1999, viene a regular un sistema de protección a menores moderno y profesionalizado, en el que se reconoce al menor, no sólo como sujeto de los derechos de toda persona, sino que además lo es de aquellos derivados de la especial protección que le es debida, garantizándole el respeto y la promoción personal, todo ello con el objetivo de lograr el mayor nivel de bienestar para los menores de Castilla-La Mancha.

## M) CANTABRIA

En el *BOE* de 28 de mayo, se publica la Ley 7/1999, de 28 de abril, de Protección de la Infancia y Adolescencia de Cantabria, que persigue, en su aplicación, el superior interés de la infancia y la adolescencia sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir. Del mismo modo, las limitaciones a la capacidad de obrar de los menores deberán interpretarse en forma restrictiva. La Ley recoge y regula los derechos de los menores en su capítulo II, produciéndose un reconocimiento genérico de los mismos.

Se introduce en el texto legal la figura del Letrado Defensor del menor y del adolescente, el cual desarrollará cuantas actuaciones sean necesarias para la adecuada defensa de estos derechos en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Cantabria, incorporando a nuestra legislación esta institución, al igual que se recogen otras leyes análogas de distintas Comunidades Autónomas.

El capítulo III establece, en diversos grados y formas de intervención, tres diferentes campos de actuación administrativa con esta proyección: Prevención, riesgo y desamparo. En materia de prevención y riesgo se recoge la colaboración que pueden prestar los servicios sociales comunitarios, resaltando el papel que tienen los Ayuntamientos en el desarrollo de estas funciones.

El concepto de riesgo emana de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, y, a pesar de ser una situación que perjudica el desarrollo personal o social del menor, no requiere la asunción de tutela por ministerio de la ley. Por lo que se refiere a la situación de desamparo (art. 28), debe aludirse al establecimiento y definición por la Ley de una serie de factores indicadores de tal situación, evitando así en lo posible la libre discrecionalidad en la apreciación y valoración del desamparo.

El capítulo IV define y desarrolla las diferentes medidas de protección que el ordenamiento jurídico prevé en esta materia. Así, el artículo 34 previene la obligatoriedad para la Administración de efectuar un inventario de bienes y derechos del menor sujeto a tutela. Seguidamente, el artículo 35 implica una primera atención y observación para la fijación del diagnóstico de los menores desamparados, en centros o unidades de primera acogida dispuestos al efecto por la Administración de la Comunidad Autónoma.

De otra parte, la figura de la guarda y del acogimiento tienen amplia cabida y regulación en la Ley: Concepto, ejercicio, temporalidad, condiciones, seguimiento y modalidad, debiendo destacarse el artículo 55, el cual posibilita el derecho de visitas entre el menor y su familia biológica.

Por su parte, la sección cuarta de este capítulo define el concepto de acogimiento residencial, señalando cuál es el contenido de esta acción, los tipos de centros que pueden contemplarse y su régimen de funcionamiento. Se introduce una medida de carácter extraordinario, que permite prorrogar las medidas en

beneficio de mayores de dieciocho años cuando así se considere conveniente para el desarrollo del que ha pasado a la mayoría de edad (art. 65).

El capítulo finaliza con la previsión contenida en el artículo 67, que posibilita a la Administración para recabar de la autoridad judicial el pertinente auxilio de los agentes policiales.

El capítulo V de la Ley se inicia con la referencia a la adopción nacional, continuando con los aspectos concretos de la adopción internacional, cuya materia reviste caracteres de novedad por encontrarse en candente actualidad, produciéndose una primera regulación de ámbito autonómico de carácter genérico, con referencia a las entidades colaboradoras en materia de adopción internacional (art. 78).

La Ley dedica el capítulo VI, completo, a un aspecto de relevante importancia en el campo de la protección de menores como es el de las instituciones colaboradoras, apoyándolas, estableciendo los requisitos para otorgar su habilitación, sus funciones específicas, la necesaria confidencialidad en sus actuaciones, así como la posibilidad de ser declaradas de *interés social*.

La Ley regula, en su capítulo VII, cuanto se refiere a los Registros, diferenciando el de Protección de la Infancia y Adolescencia (sección primera) del de Instituciones Colaboradoras (sección segunda).

Finalmente, el capítulo VIII recoge las infracciones y sanciones en que incurrirán los que incumplieran lo dispuesto en la Ley, como normas de policía administrativa que permitan disponer a las Administraciones públicas de un elemento coercitivo en defensa y beneficio de los derechos de los menores y su posibilidad de ejercerlos, frente a cualquier otro interés que ilegítimamente pretenda convertirse en límite de su contenido o impedimento de su ejercicio.

## VIII. CONCLUSION

Para estudiar las nuevas tendencias legislativas de la protección al menor hemos saltado desde el antiguo sistema tutelar del Código Civil, pasando por las leyes de reforma de 1983 y 1987, hasta la última Ley de Protección Jurídica del Menor de 1996, con las complementarias normativas autonómicas.

La Ley de reforma de la tutela de 1983 supuso sustituir la figura única del tutor por la pluralidad del curador y el guardador de menores que ahora existe y además la extensión del defensor judicial al ámbito tutelar y no sólo a las relaciones paterno-filiales como ocurría con anterioridad.

Pero lo que más destaca es la sustitución del sistema familiar de la tutela antigua por la tutela de autoridad que pone el centro del sistema en la autoridad del Juez.

La guarda de hecho ha sido otro escalón destacable en este itinerario, al que ha venido a añadirse la nueva normativa sobre la adopción.

La Ley de 1987 dio nueva redacción al artículo 172 del Código Civil, cuyo primer inciso es bien elocuente, pero más aún lo es la Disposición Adicional 1.<sup>a</sup> de la Ley, que cede esta materia a los entes autonómicos.

Como hemos visto, varias Comunidades Autónomas han aceptado esas competencias y han puesto en marcha los órganos y dispositivos correspondientes.

En definitiva, se ha producido, creemos que satisfactoriamente, la reforma del sistema de protección al menor que tanto la doctrina como la realidad social venían reclamando, y dicha reforma se ha realizado en todo, acorde con las orientaciones actuales del Derecho comparado y de la doctrina jurídica española.

M.<sup>a</sup> DEL CARMEN CORRAL GILJÓN  
Curso de Doctorado de la Universidad CEU-S. Pablo

# Los complejos inmobiliarios en la reforma de la Ley de Propiedad Horizontal de 1999

**SUMARIO:** I. LA CRISIS DEL PRINCIPIO DE VERTICALIDAD DE LA LEY DE 1960.—II. EL INTENTO DE REGULACION UNITARIA DE LOS CONJUNTOS INMOBILIARIOS: EL ANTEPROYECTO DE 1991: 1. DEFINICIÓN DEL CONJUNTO INMOBILIARIO EN EL ANTEPROYECTO DE 1991: PROPIEDAD SEPARADA, COMUNIDAD ESPECIAL Y PUNTOS DE CONEXIÓN. 2. TIPOLOGÍA DE CONJUNTOS INMOBILIARIOS.—III. LOS COMPLEJOS INMOBILIARIOS EN LA LEY 8/1999, DE REFORMA DE LA LEY DE PROPIEDAD HORIZONTAL: 1. PRINCIPIOS TÉCNICOS DE LA REFORMA. 2. EL COMPLEJO INMOBILIARIO Y SU RÉGIMEN JURÍDICO. 3. COMUNIDADES ORDINARIAS Y COMUNIDADES AGRUPADAS. 4. LA ADMISIBILIDAD DE ESTRUCTURAS INMOBILIARIAS PIRAMIDALES.

## I. LA CRISIS DEL PRINCIPIO DE VERTICALIDAD DE LA LEY DE 1960

La Ley de Propiedad Horizontal de 1960 (al igual que su más directo antecedente; la Ley de 26 de octubre de 1939, de modificación del artículo 396 del Código Civil y de la Ley Hipotecaria) supuso un notable y meritorio esfuerzo de adaptación de antiguos dogmas sobre la propiedad territorial (1) a las nuevas **formas inmobiliarias** que emergen en nuestras grandes

---

(1) Nos referimos a la concepción **pseudo-patológica** y **esencialmente temporal** (*communio incidens*) del condominio fundario romano, que fue incorporada sin solución de continuidad a nuestra tradición jurídica y que se expresa en la conocida fórmula del Digesto: *duorum in solidum dominium esse non potest* (Celso, D. 13, 6, 5. 15).

J. GONZÁLEZ MARTÍNEZ en su conocido artículo «Propiedad sobre pisos y habitaciones», en *RCDI*, tomo V, 1929 (pág. 186 y sigs.), en el que abogaba por una radical transformación de nuestro derecho civil e hipotecario para adaptarlo a las nuevas realidades inmobiliarias que surgían en la España de aquellos años, al igual que en Francia y en Italia, cita las Sentencias del Tribunal Supremo de **5 de noviembre de 1924** y de **5 de mayo de 1926**, en las que se establecen los primeros límites al ejercicio de la *actio*

ciudades en el primer tercio del siglo xx y que, tras la guerra civil, pasan a convertirse en una realidad cotidiana para amplísimas capas de la sociedad. La división de las edificaciones urbanas en **secciones horizontales** es la vía a través de la cual logran el acceso a la vivienda en España buena parte de los ciudadanos, al igual que en otros países mediterráneos europeos, por lo que resultó imprescindible acometer la revisión de nuestra legislación civil para hacer económica y jurídicamente viable esta forma especial de propiedad hasta entonces tan anómala.

Hoy, como señalan DÍEZ PICAZO Y GULLÓN (*Sistema...*, *op. cit.*, Tomo III, págs. 293-295) nos encontramos ante una **nueva fase** en la evolución legislativa de esta institución en la cual los problemas a abordar son otros muy distintos: entre ellos ocupan un lugar destacado el «desenvolvimiento más minucioso de las **relaciones de vecindad**» (propósito al que se dedica buena parte de la Ley 8/1999, de 6 de abril, de Reforma de la Ley 49/1960, de 21 de julio, sobre Propiedad Horizontal) y la aparición de nuevas realidades inmobiliarias que desbordan los **principios de verticalidad** y de **unidad de edificio** sobre los que se asentaba la Ley de 1960.

Efectivamente, el desarrollo urbanístico de nuestras ciudades con arreglo a los nuevos instrumentos de planeamiento sobre diseños cada vez más alejados del **edificio convencional**, incorporando progresivamente nuevos servicios (recreativos, deportivos, culturales, comerciales..., etc.) cuya construcción, financiación y conservación exige estructuras cada vez más complejas, a las cuales también ha de dar adecuada respuesta nuestro ordenamiento en su dimensión jurídico-privada.

La confusión terminológica reinante en esa materia es considerable a causa de la ausencia de referencias legislativas o jurisprudenciales mínimamente seguras y de las adaptaciones más o menos libres que realizan nuestros autores de las denominaciones con las que legislaciones cercanas a la española designan las formas más avanzadas de **agrupación inmobiliaria** (desde los

---

*communi dividundo*, en contra del principio histórico contenido en nuestras leyes de Partida, según el cual «...las cosas se gobiernan mejor cuando son de uno solo que cuando son de varios». Este trabajo del ilustre hipotecarista ha sido recientemente evocado por J. L. LASO MARTÍNEZ en su artículo titulado «De la propiedad de casas por pisos a los conjuntos inmobiliarios», en *RCDI*, noviembre-diciembre 1993, núm. 619, págs. 1823 y sigs., en la cual se realiza un extenso y lúcido análisis de la problemática que nos ocupa en el presente estudio.

Sobre la cuestión de los complejos inmobiliarios, además de los trabajos más adelante citados, vid. ASOCIACIÓN DE PROFESORES DE DERECHO CIVIL, *Conjuntos inmobiliarios y multipropiedad*, Bosch, Barcelona, 1993. Dentro de esta obra colectiva es especialmente destacable el trabajo de F. RIVERO HERNÁNDEZ, *Estatuto jurídico y régimen funcional de la propiedad separada en el anteproyecto de ley de conjuntos inmobiliarios de 1991*, págs. 17 a 116. Vid., asimismo, J. FERNÁNDEZ COSTALES, «Las urbanizaciones y la propiedad horizontal», en *Actualidad Civil*, Madrid, 1995.

**ensémbles inmobilières**, del Derecho francés, según la Ley de 1965, al **condominio complesso** regulado en las leyes italianas). Entre nosotros han sido frecuentes términos tales como **urbanizaciones privadas** (utilizado en nuestra doctrina y jurisprudencia generalmente para hacer referencia al fenómeno de la propiedad horizontal extendida), **conjuntos inmobiliarios** (con el que el conocido **anteproyecto de Ley de 1991** —al que más adelante nos referiremos— pretendió englobar prácticamente todas las variantes de edificación compleja), **mancomunidades**, **supracomunidades** de propietarios..., etc. Si bien, todas estas denominaciones, y otras muchas que existen, carecen de tradición y fijeza en nuestro derecho y rara vez han alcanzado un significado unívoco, homologable doctrinal o jurisprudencialmente, que permita utilizarlas como categoría conceptual para la explicación del fenómeno jurídico que estamos analizando. Resulta, por consiguiente, mucho más útil abandonar por el momento todas ellas y pasar a examinar cómo se han ido desarrollando estas nuevas **formas inmobiliarias** en nuestra práctica jurisprudencial y registral, así como en el del **derecho vivo** que constituyen los estatutos de las comunidades de propietarios. Una vez situados en este punto, se estará en condiciones de desgarnar la nueva regulación de toda esta materia que ha llevado a cabo la Ley de reforma de la LPH de 1999.

El auge que comenzaron a adquirir a partir de los años sesenta los conjuntos urbanizados destinados a viviendas unifamiliares y los grupos de edificaciones divididas horizontalmente con elementos inmobiliarios y servicios comunes (denominados generalmente **urbanizaciones privadas**) dio paso a numerosas **explicaciones técnicas** sobre la naturaleza jurídica de estas grandes estructuras, sin encaje aparente en la Ley de Propiedad Horizontal (que ni siquiera contiene una mención a las mismas, al girar íntegramente en torno al concepto de **edificio singular** y al **principio de verticalidad**) y al intento de dar respuesta a los graves problemas prácticos (organizativos, registrales, económicos..., etc.) que comenzaban con frecuencia a plantear. Examinemos con algún detenimiento cuáles han sido históricamente dichas **soluciones técnicas**.

A) En un primer momento, como ha explicado A. DELGADO TRUYOLS (2), se impusieron las denominadas **tesis pluralistas**. Con ellas se pretendía configurar este tipo de urbanizaciones o complejos a través de **servidumbres positivas y negativas** constituidas recíprocamente entre los propietarios, mediante las cuales se construye —con eficacia jurídico-real— el entramado de derechos y obligaciones deseado.

---

(2) A. DELGADO TRUYOLS, «La propiedad horizontal: su régimen jurídico. El desarrollo moderno de los complejos inmobiliarios», en *Cuadernos Notariales*, núm. 4, Fundación Matritense del Notariado, Madrid, 1997, pág. 75. Dicha obra contiene un análisis riguroso y actual de la problemática que suscitan los complejos inmobiliarios y —en general— de las grandes cuestiones prácticas que hoy tiene planteada la propiedad horizontal.

De acuerdo con esta articulación teórica, los **elementos inmobiliarios comunes** serían objeto de una **propiedad separada** cuya titularidad correspondería a alguno de los siguientes sujetos:

- a) Al **promotor** de la urbanización. Lo cual ha permitido dar entrada, en el caso de grandes complejos, a las sociedades de servicios encargadas del mantenimiento o explotación de las instalaciones.
- b) Al **conjunto de los propietarios** que tendrían el condominio de las mismas. Dicho derecho quedaría vinculado *ob rem* a la titularidad de las parcelas, viviendas unifamiliares, pisos o locales. Esta fórmula presenta, principalmente, problemas de **orden registral** (al no existir vinculación entre los elementos comunes y las propiedades estrictamente privadas) y también de costes adicionales y complicación documental en la constitución del mismo.
- c) A una **persona jurídica diferente**. En este caso la condición de miembro de la entidad propietaria (socio o asociado) se vincularía *ob rem* a la titularidad de las parcelas, viviendas o locales. Esta posibilidad, aunque resulta bastante **artificiosa**, ha resultado útil en ocasiones para dar entrada a empresas o sociedades de servicios encargadas del mantenimiento o explotación de los elementos comunes.

La persona jurídica titular de los elementos comunes ha revestido en la práctica estatutaria la forma de **asociación, sociedad civil o sociedad cooperativa**.

La **asociación de propietarios**, constituida (pues no existe otra posibilidad legal) al amparo de la vigente Ley de Asociaciones de 24 de diciembre de 1964 y, por tanto, del artículo 22 de la Constitución, no resulta una fórmula satisfactoria, dada la **naturaleza extra-patrimonial** de esta figura, concebida para servir de soporte corporativo a fines de interés público o social e inadecuada, por múltiples razones, para constituir vinculaciones *ob rem*. Así lo han puesto de relieve tanto la jurisprudencia civil (vid. STS de 5 de julio de 1996) como la mayoría de los autores (3). Tampoco resulta especialmente satisfac-

---

(3) Algunos autores como M. DE LA CÁMARA ALVAREZ llegan a calificar las **asociaciones de propietarios** como un «auténtico engendro jurídico», en *Estudios de Derecho Civil*, Madrid, 1985, pág. 285. En el mismo sentido, poniendo de relieve las múltiples dificultades existentes, A. TORRES LÓPEZ, «Las supracomunidades o mancomunidades de propietarios en los modernos conjuntos inmobiliarios», en *Actualidad Civil*, núm. 44, 1-7 de diciembre de 1997, 1122. No obstante, la STC 183/1989, de 3 de noviembre de 1989, reconoce la viabilidad de la **asociación** de interés privado como base jurídica de una urbanización, si bien distinguiendo las obligaciones civiles de los asociados del contenido constitucional del derecho de asociación.

El párrafo tercero del artículo 3.2 del Anteproyecto de Ley de Conjuntos Inmobiliarios, aprobado por la Comisión General de Codificación en 1991, establece claramente la

toria la fórmula de la **sociedad civil**, salvo que ésta se configure —en contra de lo dispuesto en el art. 1.700 del Código Civil— con **carácter real** (*intuitu rei*), ni la **sociedad cooperativa** para «...la conservación, creación o suministro de servicios complementarios...» No es lo mismo la creación de una sociedad cooperativa para este fin (lo cual puede resultar razonable y operativo en la práctica) que el establecimiento de un vínculo real —con trascendencia *erga omnes*— respecto a la propiedad de la vivienda o parcela de la urbanización.

B) Desechadas pronto estas construcciones técnico-jurídicas, nuestra doctrina (y práctica estatutaria) pronto se inclinaron por intentar vías de asimilación de estas nuevas formas inmobiliarias a las regulaciones ya vigentes: esto es, al régimen de la **copropiedad ordinaria** del Código Civil y —sobre todo— a la **propiedad horizontal**.

La tesis canónica en esta materia fue expuesta por J. SAPENA TOMÁS en 1967 (4) al afirmar que en las urbanizaciones privadas «...**hemos tumbado la propiedad horizontal**». Es decir, nos encontramos ante idénticas situaciones jurídicas en las que lo determinante no es ya la **verticalidad** en la **construcción** o la extensión superficial de la misma, sino la peculiar relación jurídica funcional entre la propiedad separada y los elementos comunes definida en el artículo 396 del Código Civil y en el artículo 3 de la LPH. Esta relación se da claramente en el caso de las llamadas urbanizaciones privadas y, por consiguiente, no existe motivo para excluir la aplicación de la Ley de Propiedad Horizontal.

La doctrina de la **propiedad horizontal tumbada** es, sin lugar a dudas, la que más fortuna ha alcanzado entre nosotros (al igual que la **propiedad horizontal invertida** en el caso de los garajes) pues sirve para representarnos gráficamente un modelo de **características físicas y estructurales** muy similar, del que cabe extraer, por analogía, decisivas consecuencias jurídicas.

Sin embargo, aunque el planteamiento resulta sumamente sugestivo en el plano teórico, no pueden ignorarse las profundas diferencias que separan el edificio singular en régimen de división horizontal del conjunto inmobiliario extendido superficialmente. Así, incluso en los supuestos más sencillos de bloques de pisos o viviendas unifamiliares con determinados elementos comunes (piscinas, jardines, club social..., etc.), algunas de las notas caracterís-

---

prohibición de establecer estas vinculaciones *ob rem*. «Las propiedades o participaciones que integran un conjunto no podrán incorporarse a títulos-valores. Tampoco podrán establecer vinculaciones entre ellas y la condición de miembro de una sociedad o asociación». El texto íntegro de este Anteproyecto de ley puede verse en ASOCIACIÓN DE PROFESORES DE DERECHO CIVIL, *op. cit.*, págs. 179 y sigs.

(4) En un conocido artículo titulado «Problemática jurídica de las urbanizaciones privadas», publicado en la *Revista de Derecho Notarial*, julio-diciembre de 1967, págs. 63 y sigs.

ticas (prácticamente identificativas) de la propiedad horizontal presentan perfiles mucho más desdibujados. Por ejemplo, la **inmediatividad y accesoriadad** de los elementos comunes no tienen porqué concurrir (al menos en la misma medida) en el caso de estas urbanizaciones. Del mismo modo, la **indivisibilidad** es generalmente menos rigurosa y, en muchas ocasiones, simplemente un instrumento útil para los copropietarios o para el promotor del conjunto. En fin, los **intereses colectivos** de los copropietarios se encuentran con frecuencia mucho más difusos y ello hace muy diferente la convivencia y las **relaciones vecinales**, que pierden preferencia en numerosos supuestos respecto a las **relaciones de propiedad**.

Por esta razón, tanto desde un punto de vista doctrinal como jurisprudencial, se viene aceptando sin dificultad la **insuficiencia de las normas contenidas en la Ley de Propiedad Horizontal** y, por consiguiente, su **aplicabilidad limitada** o supletoria. El principio básico sería la **libertad de pactos**, esto es, la plena capacidad de autoconfiguración organizativa. Y la norma subsidiaria destinada a completar los vacíos surgidos en su régimen jurídico sería la Ley de Propiedad Horizontal. Algunas recientes sentencias del Tribunal Supremo (5), como la de 5 de julio de 1996, son concluyentes en este punto, al afirmar:

*«Quiere decirse con cuanto antecede que la urbanización se regirá primero por sus estatutos y (segundo), si no existen o para completarlos por la Ley de Propiedad Horizontal aplicada de modo analógico...»*

No faltan, sin embargo, quienes opinan que la **aplicación limitada** de la Ley sobre Propiedad Horizontal no constituye la solución más correcta técnicamente, pues la mayor parte de los preceptos que contiene esta norma son (por definición) de **carácter imperativo**. «A falta de contratos...» de los propietarios (art. 392 del Código Civil) lo razonable sería acudir a un marco legislativo más general, como son las disposiciones ordinarias del Código Civil sobre la comunidad de bienes.

Aunque alguna **jurisprudencia menor** (6) se ha pronunciado en pro de esta tesis no se encuentra en absoluto generalizada, sobre todo por su escasa utilidad práctica. En caso de conflicto (procesal o no) entre los copropietarios pro-

---

(5) Véanse también las **Sentencias del Tribunal Supremo de 3 de diciembre de 1993 y 26 de junio de 1995**.

(6) Es el caso de la conocida **Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 7 de octubre de 1991**, la cual se inclina aparentemente por esta solución, aunque en referencia a una comunidad de bienes, germánica o en **mano común**, muy extraña en nuestra tradición jurídica y —en todo caso— distinta a la regulada en los artículos 392 y siguientes del Código Civil. Sobre la misma cuestión en la jurisprudencia italiana, vid. J. L. LASO MARTÍNEZ, *op. cit.*, págs. 1838 y 1839.

vocado por insuficiencias de los estatutos de la urbanización, la Ley de Propiedad Horizontal ofrece respuestas más razonables, equitativas y adaptadas a la realidad social de estos tiempos que los artículos 392 y siguientes del Código Civil. Por ello siempre es preferible la aplicación subsidiaria de aquélla.

En resumen, respecto a estas primeras **formas inmobiliarias**, no encuadrables estrictamente en la Ley de Propiedad Horizontal, se ha impuesto en la práctica la aplicación subsidiaria de la misma en defecto de las disposiciones libremente pactadas entre los propietarios. Sin embargo, esta afirmación no está exenta de matices.

Tanto si se trata de parcelas destinadas a viviendas unifamiliares (construidas o no) o de bloques de edificios, el procedimiento seguido en la práctica para su creación ha venido siendo muy similar. El **título constitutivo** define el conjunto inmobiliario, expresando sus límites, extensión..., etc., así como los diferentes elementos privativos que lo integran y —en su caso— la existencia de otras unidades inferiores, la numeración correlativa de dichos elementos y su cuota de participación en el conjunto, acompañada de las cuotas de participación de las unidades inmobiliarias menores. Asimismo, normalmente se definen, con elevado grado de minuciosidad, los **elementos comunes** (al tener un carácter más **incierto** jurídicamente que en los edificios singulares), expresándose aquéllos que hayan de ser cedidos al Ayuntamiento (viales y zonas verdes, en el caso de los conjuntos de parcelas).

Junto al título constitutivo los **estatutos del conjunto** establecen sus reglas de organización y funcionamiento interno, siendo aquí —lógicamente— donde se presentan en la práctica mayores variantes. Hasta esta reforma ha sido frecuente establecer unos **órganos de gobierno** del conjunto que conviven con otros específicos de cada unidad inmobiliaria inferior (si es que existen). Han surgido así las denominadas **supracomunidades o mancomunidades** de propietarios, en las que los estatutos diseñan una estructura organizativa donde cada subconjunto inmobiliario tiene unos órganos similares a los definidos en la LPH. El conjunto tiene su propia Junta (o asamblea de propietarios) en la cual se integran bien todos los titulares de elementos privativos, bien una representación (generalmente el Presidente) de cada subconjunto. La viabilidad jurídica de esta última posibilidad ha sido expresamente reconocida por la Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de diciembre de 1995 (resultando «...inobjetable, pues facilita el funcionamiento orgánico del complejo»; DELGADO TRUYOLS, *op. cit.*, pág. 72) (7).

---

(7) La Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga, de 4 de julio de 1996, en esta misma línea, afirma: «...por lo cual no es de recibo la deducción de los recurrentes de que carecen de la posibilidad de intervenir en el desenvolvimiento de la vida de la mancomunidad, al estar representados en la ya citada Junta Directiva (del complejo) por uno de sus miembros...» Vid. A. TORRES LÓPEZ, *op. cit.*, pág. 1121.

Asimismo, los estatutos suelen establecer reglas propias sobre **adopción de acuerdos** por la Junta de propietarios habiéndose planteado aquí el problema de su eventual contradicción con el régimen de mayorías exigidas en la LPH. La cuestión es similar a la que se suscita con frecuencia en los grandes conjuntos inmobiliarios cuando el promotor se reserva **derechos exclusivos** de ciertos elementos (que, en principio, revestirían la condición de **comunes por naturaleza**) o impone servidumbres sobre los mismos a favor de determinados elementos privativos.

En estos supuestos se dan soluciones jurisprudenciales heterogéneas, de las cuales resulta difícil extraer conclusiones generales. Sí parece clara la tendencia del Tribunal Supremo, y también de la **jurisprudencia menor**, a favor de considerar inderogables por vía de disposiciones estatutarias las normas que determinan la esencialidad de ciertos elementos comunes. Línea que se mantiene también al valorar la viabilidad de cláusulas estatutarias contrarias a la regla de la unanimidad para llevar a cabo alteraciones en dichos elementos comunes (8). Aunque las anteriores conclusiones jurisprudenciales son ciertamente flexibles (más por parte de la DGRN que de la de los Tribunales de Justicia) resulta evidente que en un conjunto inmobiliario la **imperatividad de la LPH** ha de quedar atenuada respecto a los edificios singulares. No obstante, ella tampoco puede conducir a prácticas abiertamente contrarias al artículo 396 del Código Civil y a la Ley especial dictada para complementarlo, porque sería tanto como hacer perder coherencia al ordenamiento al provocar respuestas distintas ante situaciones de conflicto prácticamente idénticas. Este es precisamente el sentido que ha de otorgarse a esta línea jurisprudencial.

En todo caso, como veremos seguidamente, la incorporación a la LPH del nuevo artículo 2.c), en concordancia con el artículo 24.1 y 4, supone un notable avance respecto a estos problemas, por cuanto determina con toda claridad el sometimiento a las prescripciones imperativas del cuerpo normativo integrado por el artículo 396 del Código Civil y la Ley de Propiedad Horizontal de todas las posibles formas inmobiliarias —de hecho y de derecho— encuadrables bajo la definición de complejo inmobiliario.

La configuración registral de la **propiedad horizontal tumbada** (esto es, de los complejos inmobiliarios más sencillos) es igualmente producto de los

---

(8) Un excelente resumen de la jurisprudencia recaída en esta materia y —en general— sobre el estado de la cuestión (naturaleza de las normas sobre conjuntos inmobiliarios) se contiene en el trabajo de E. ESTRADA ALONSO, «El desfase de la Ley de Propiedad Horizontal en los grandes conjuntos inmobiliarios», en *Actualidad Jurídica*, núm. 37, septiembre de 1997. En concreto, vid. las siguientes sentencias (entre otras muchas): SSTs de 7 de febrero de 1976; 31 de enero de 1987; 3 de mayo de 1989, y 25 de junio de 1991.

usos y prácticas notariales y de la doctrina acuñada por la Dirección General de los Registros y del Notariado.

Su punto de arranque se encuentra en la Resolución de la **DGRN de 2 de abril de 1980** (9), que hizo suya la teoría de la propiedad horizontal tumbada de SAPENA TOMÁS, trasladándola al ámbito registral. El sistema ideado para ello es de **triple folio registral** y, más modernamente, el denominado **folio múltiple o folio piramidal** (aplicable a la generalidad de estas formas inmobiliarias atípicas).

En realidad, la **pluralidad de folios** registrales es algo consustancial a la propiedad horizontal, por excepción al llamado sistema de **folio real** que impone el artículo 243 de la Ley Hipotecaria. Con arreglo al principio de **unidad registral**, los adquirentes de buena fe pasan a ostentar técnicamente la condición de **terceros hipotecarios** y la especial protección dispensada por el artículo 34 de la LH, si se atienen al contenido del folio correspondiente, salvo que —como sucede en este caso— se encuentre debidamente **vinculado** a otra hoja del Registro a través de la correspondiente anotación, debidamente practicada.

En la propiedad horizontal constituida sobre un edificio singular, el artículo 8 (apartados 4 y 5) de la Ley Hipotecaria, redactado conforme a la reforma introducida por la LPH de 1960, dio entrada ya a la pluralidad de folios registrales. En síntesis, el sistema implica la coexistencia de dos tipos de documentos hipotecarios:

- a) El **folio general del edificio** (también denominado **matriz**) en el que se inscribe el título principal, es decir, la escritura pública de división horizontal. En él se describe el inmueble en su conjunto y los diferentes pisos o locales a los que se asigna un número correlativo.
- b) Los **folios filiales**, que podrán abrirse una vez conste la inscripción del inmueble en su conjunto. En ellos se anotan los elementos privativos, que se consideran, a partir de ese momento, fincas registrales independientes.

---

(9) La **Resolución de la DGRN de 2 de abril de 1980** señaló que, «...en tanto no aparezca la normativa legal que regule esta nueva figura jurídica, se hace preciso arbitrar las medidas pertinentes para que pueda tener reflejo en el Registro dicha figura, y entre ellas cabe estimar aquél que se inspira en la forma de acceso de la propiedad horizontal, para lo cual procede:

1. Abrir un **folio general** para toda la urbanización...;
2. Abrir después **folio separado** a cada uno de los edificios o bloques construidos con su régimen de propiedad horizontal y relacionado con el folio general de la urbanización... y,
3. Abrir **folio separado** para cada uno de los pisos o locales que integran cada bloque, relacionado con el folio general del propio bloque...» Sobre la cuestión, vid. A. TORRES LÓPEZ, *op. cit.*, pág. 1123.

Teóricamente nada impediría, de acuerdo con el apartado 4 del artículo 8 de la Ley Hipotecaria, que los pisos o locales fueran inscritos en el mismo folio que la finca matriz, si bien una conocida **Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 2 de febrero de 1973** afirmó que la pluralidad de folios en la propiedad horizontal resulta (siempre) exigible en aras al **buen orden y claridad** de los libros del Registro de la Propiedad.

En el caso de los conjuntos inmobiliarios, la **Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 2 de abril de 1980**, a la que antes nos referíamos, instituye la figura del **triple folio** registral:

- a) **Folio general** para todo el complejo. En esta primera inscripción se detallan los elementos y servicios comunes, según consten en el título constitutivo del mismo, así como los estatutos del complejo.
- b) **Folio separado** (especial o filial) para cada unidad inmobiliaria o subconjunto que integre el complejo (bien parcelas separadas o viviendas unifamiliares, bien bloques divididos horizontalmente a su vez). Este folio ha de quedar vinculado registralmente con el anterior.
- c) **Folio especial** para cada uno de los pisos o locales, conforme a lo establecido en el artículo 8.5 de la Ley Hipotecaria.

Este sistema podría denominarse —aún mejor— **piramidal** (10), pues permite la **inscripción vinculada** de diferentes **unidades inmobiliarias** inferiores, a modo de círculos concéntricos, sobre un conjunto matriz inscrito en primer lugar.

Partiendo de esta construcción técnico-registral, conviene poner de relieve algunos problemas que se han ido suscitando en la práctica y a los cuales la nueva Ley da —en nuestra opinión— adecuada respuesta. Estos son los siguientes:

#### 1) EL ACCESO AL REGISTRO DE LA PROPIEDAD DE LOS ESTATUTOS DEL COMPLEJO INMOBILIARIO

El principio de publicidad registral exige en el ámbito de la propiedad horizontal que todo pacto, cláusula o disposición convencional que derogue el régimen legal (no imperativo) y pretenda alcanzar eficacia *erga omnes* ha de estar inscrito en el Registro de la Propiedad (11).

---

(10) Sobre la cuestión del régimen registral de los complejos inmobiliarios y el sistema de **folio múltiple**, véase A. PAU PEDRÓN, *Manual de Derecho Registral Inmobiliario*, Fufap, Alcalá de Henares, 1996, y A. PAU PEDRÓN y M. AMORÓS GUARDIOLA, *Jurisprudencia Registral*, Tecnos, Madrid, 1986.

(11) La Jurisprudencia del Tribunal Supremo es clara al extender el principio de publicidad registral al ámbito de los estatutos de las Comunidades de propietarios con

El artículo 3.3 del anteproyecto de ley de conjuntos inmobiliarios de 1991, al que seguidamente nos referiremos, lo expresaba con gran rigor al disponer lo siguiente:

*«Las cláusulas o pactos modificativos del régimen legal, no inscritos en el Registro de la Propiedad, no serán oponibles a los terceros adquirentes a título oneroso y de buena fe de las propiedades separadas».*

La doctrina de la DGRN es clara en cuanto a la accesibilidad al Registro de la Propiedad de los estatutos de los complejos inmobiliarios (12). La anotación (en **forma literal**, o mediante de **toma de razón** de su contenido jurídico-real) puede realizarse de dos maneras diferentes:

- a) En el folio registral común del conjunto inmobiliario. Lo cual constituye la solución más coherente, desde el punto de vista de la publicidad registral y,
- b) En el folio especial destinado a los elementos comunes. Ello implica distinguir las inscripciones del conjunto y las de los elementos comunes. Se trata de la solución por la que optó en su día —con un criterio técnico sumamente discutible— el anteproyecto de ley sobre conjuntos inmobiliarios de 1991.

## II) LA INSCRIPCIÓN DE LAS TITULARIDADES *OB REM* Y DE LAS OBLIGACIONES *PROPTER REM*

La correcta definición de las titularidades *ob rem* resulta imprescindible en la práctica para configurar el régimen jurídico de los complejos inmobiliarios. En el **edificio singular** la vinculación nace directamente de la Ley en la mayor parte de los casos (por efecto del art. 396 del Código Civil), aunque existen también supuestos en los que no es así: bien porque se pretende derogar el régimen general (lo cual puede resultar muy problemático, como hemos visto), bien porque se trata de hipótesis fácticas no contempladas con claridad en la norma. Sin embargo, en los complejos inmobiliarios la indefinición es **endémica**, por lo que las vinculaciones reales incorporadas al título constitutivo devienen esenciales para la configuración jurídica de aquél.

Las obligaciones *propter rem* son también consustanciales a los complejos inmobiliarios. En el caso de las edificaciones simples, la mayor parte de estas

---

base en el artículo 5 de la LPH. Así, la **STS de 29 de febrero de 1971** reconoció la condición de **tercero hipotecario** al adquirente de buena fe, no conocedor de los estatutos, cuando éstos no están inscritos en el Registro de la Propiedad.

(12) Resoluciones de la **DGRN de 20 de diciembre de 1973** y **3 de septiembre de 1982**. Citadas por A. DELGADO TRUYOLS, *op. cit.*, pág. 95.

obligaciones (o las más importantes de ellas) se encuentran definidas legalmente. No sucede así en los complejos, sobre todo en los más grandes y complicados, donde las obligaciones vinculadas a la propiedad de un elemento inmobiliario, así como las servidumbres, son el mecanismo habitualmente escogido por los promotores para articular —con eficacia real— la vida del conjunto. Su admisibilidad no presenta mayores problemas, resultando especialmente útiles en los supuestos de **pre-horizonta**lidad.

### III) LA PRE-HORIZONTALIDAD DE LOS COMPLEJOS INMOBILIARIOS

La situación de pre-horizonta

lidad (aquella que aparece antes de la perfecta constitución de la propiedad horizontal) resulta especialmente problemática en el caso de los complejos inmobiliarios, en particular en relación con aquéllos cuya construcción aún no ha finalizado íntegramente.

En relación con los **edificios singulares**, la práctica notarial y registral viene aceptando la aplicabilidad de ciertas normas de la Ley sobre propiedad horizontal desde que ésta accede al Registro de la Propiedad, aunque el edificio no esté totalmente concluido. Para la inscripción, la Ley Hipotecaria (art. 8) exige que la edificación esté, al menos, **comenzada**. Lo cual se viene interpretando —con arreglo al último inciso del párrafo segundo del apartado 4 de dicho precepto— en el sentido de que esté **proyectada técnicamente** y estén **suficientemente identificados los elementos privativos y comunes** sobre el plano. En tales casos, la Dirección General de los Registros y del Notariado acepta la inscripción a efectos de incrementar la protección jurídica de los adquirentes (**RDGRN de 18 de abril de 1988**). En Resoluciones posteriores, la DGRN ha llegado a afirmar que el adquirente en escritura pública de un departamento en construcción ostenta un derecho real que tiene pleno acceso al Registro de la Propiedad en el folio abierto al solar desde que está proyectada la edificación, incluso antes de que ésta acceda al Registro en forma de división horizontal (**RDGRN de 16 de mayo de 1996**).

En los **complejos inmobiliarios** la Jurisprudencia registral también admite la inscripción en términos y condiciones similares (**RDGRN de 21 de octubre de 1980**). Y acepta que accedan al Registro de la Propiedad las obligaciones *propter rem* y las servidumbres propias de estos conjuntos (sin las cuales su inscripción devendría imposible). Para la DGRN, aunque nos encontramos ante meras expectativas jurídicas, es decir, ante situaciones jurídico-reales que sólo llegarán a consolidarse con la efectiva construcción del inmueble, es razonable que puedan reflejarse en el Registro para garantizar la plena seguridad en el tráfico inmobiliario.

Las principales dificultades técnicas (o teóricas) en este punto proceden del artículo 530 del Código Civil, el cual exige que el predio dominante y el

serviente tengan distintos propietarios. No obstante, se viene admitiendo doctrinalmente que la servidumbre puede también quedar constituida bajo una condición suspensiva, que únicamente se actualizará cuando se transmita la finca a un tercero por el propietario único del complejo.

## II. EL INTENTO DE REGULACION UNITARIA DE LOS CONJUNTOS INMOBILIARIOS: EL ANTEPROYECTO DE 1991

La insuficiencia de las normas de la Ley de Propiedad Horizontal como normativa supletoria de las urbanizaciones privadas constituye desde hace años un lugar común en la doctrina iuscivilista, si bien y ha ido en aumento en los últimos tiempos al observarse su difícil aplicación a grandes conjuntos en los que la **lógica de relaciones de vecindad**, que inspira la regulación de 1960, cede definitivamente ante intereses económicos y comerciales que la desbordan por completo. Nos referimos a los conjuntos residenciales que se levantan en el perímetro exterior de nuestras ciudades, en los que se incorporan dotaciones deportivas, culturales o comerciales de enorme importancia y —sobre todo— a los centros comerciales ubicados en estas mismas zonas periféricas en los que se combinan unidades inmobiliarias de uso residencial y comercial integradas en estructuras jurídicas de tipo piramidal cada vez más complicadas y difíciles de reconducir a las sencillas prescripciones normativas de nuestra antigua Ley de Propiedad Horizontal (13).

Para intentar dar respuesta a estas nuevas realidades inmobiliarias, y de modo muy especial a la figura de la multipropiedad (**time-sharing** inmobiliario o derechos de **aprovechamiento por turno de bienes inmuebles**) cuya regulación —a efectos de la protección de los consumidores— imponen las normas de derecho comunitario europeo, se han ido preparando a lo largo de estos últimos años por los Ministerios implicados (Obras Públicas —hoy Fomento— y Justicia) varios proyectos legislativos sobre complejos inmobiliarios, multipropiedad, régimen de las urbanizaciones privadas, etc. También algunas Comunidades Autónomas han preparado borradores de textos legislativos sobre la materia, si bien en todo caso con la limitación de las competencias legislativas en materia civil que corresponden en exclusiva al Estado con arreglo a lo dispuesto en el artículo 149.1.8.ª de la Constitución.

De todos estos proyectos normativos el que ha tenido una mayor difusión, por el estadio prelegislativo que alcanzó, así como por su indiscutible calidad

---

(13) Sobre el tema resulta sumamente esclarecedor el trabajo de E. ESTRADA ALONSO, «El desfase de la Ley de Propiedad Horizontal en los grandes conjuntos inmobiliarios», en *Actualidad Civil*, septiembre de 1997.

técnica, fue el **Anteproyecto de Ley de Conjuntos Inmobiliarios** aprobado por la **Comisión General de Codificación** en el año 1991 (tras prolongados e intensos debates en el seno de su Sección Civil) y sobre el que existen abundantes referencias y estudios doctrinales.

Este texto, procedente del Ministerio de Justicia, trata de ofrecer una regulación unitaria del fenómeno de las **edificaciones múltiples**, con tal **vocación codificadora** que le hubiera supuesto la sustitución íntegra de la Ley de Propiedad Horizontal por una ley en la que tendrían encaje desde las formas más sencillas de propiedad por pisos en edificios singulares a los más grandes conjuntos inmobiliarios estructurados en **unidades, zonas y fases inferiores**.

Este proceso normativo fracasó (posiblemente) a causa de su propia desmesura, aunque quizá también por no tomar en debida consideración dos circunstancias esenciales:

- a) La sutil diferencia —en la que venimos insistiendo en este comentario— entre las denominadas **relaciones de vecindad** y las **relaciones de propiedad** en las comunidades horizontales, así como su distinta prevalencia en función de los intereses colectivos en presencia. El régimen de mayorías en la Junta, las facultades de los órganos de gestión, los derechos y obligaciones de los copropietarios, etc..., no constituyen tan sólo opciones técnico-jurídicas sino políticas. Se trata de decidir, en caso de conflicto, si prevalece o no la convivencia vecinal sobre el derecho de propiedad. Y esta decisión no puede ser igual en el caso de un gran centro comercial, compuesto de decenas de subconjuntos inmobiliarios de altísimo valor económico que en una **edificación singular** con un reducido número de pisos destinados a la vivienda de sus propietarios.
- b) En el ámbito de la propiedad horizontal, la complejidad técnico-jurídica resulta indeseable por su **vocación autoaplicativa (self-executing)**. Los operadores en esta rama del derecho son los millones de ciudadanos sometidos a su ámbito de aplicación y unos **gerentes** de las comunidades no necesariamente (ni siquiera convenientemente) expertos en derecho inmobiliario. Los propietarios han de ser capaces de comprender la normativa básica en la materia y aplicarla cotidianamente en sus relaciones vecinales sin necesidad de contar con asesoramientos especializados. Incluso la función de **administración de fincas**, que ha de ir progresivamente profesionalizándose hasta alcanzar los estándares vigentes en los restantes Estados de la Unión Europea, no tiene porqué derivar principalmente hacia el asesoramiento jurídico, sino más bien hacia un **management inmobiliario** de carácter interdisciplinario, mucho más útil para sus usuarios.

La excesiva complejidad técnico-jurídica del anteproyecto de 1991, seguramente imprescindible para acometer con suficiente rigor la regulación de la pluralidad de situaciones inmobiliarias que contempla, constituye sin duda uno de sus principales deméritos. Desde esta perspectiva, la reforma de la Ley de Propiedad Horizontal de 1999 se sitúa (deliberadamente) en las antípodas del anteproyecto de 1991, habiendo procurado mantener la máxima claridad conceptual y —ante todo— la accesibilidad para la mayoría de los ciudadanos, principio que ha venido siendo una de las señas de identidad de la legislación española sobre propiedad horizontal.

1. DEFINICIÓN DEL CONJUNTO INMOBILIARIO EN EL ANTEPROYECTO DE 1991:  
PROPIEDAD SEPARADA, COMUNIDAD ESPECIAL Y PUNTOS DE CONEXIÓN

Una vez hechas estas reflexiones iniciales, interesa analizar cuáles son las principales características técnicas del Anteproyecto de Ley de Conjuntos Inmobiliarios de 1991, para compararlas con las soluciones legislativas que ahora ofrece el capítulo III (art. 24) de la Ley de Propiedad Horizontal introducido por la reforma. Entre éstas, se encuentra en primer lugar el intento de establecer un **concepto unitario** del conjunto inmobiliario.

La definición contenida en el anteproyecto de 1991 se inspira en la ofrecida por la llamada **Carta de Roma**, elaborada en el V Congreso de Derecho Registral de 1982. Según este conocido documento, un conjunto inmobiliario sería:

*«Una pluralidad de inmuebles conectados entre sí a través de elementos o servicios comunes, o de un régimen de deberes y limitaciones entre los mismos, con vocación de pertenecer a una multiplicidad de titulares, para la consecución y mantenimiento de los intereses generales y particulares de los partícipes».*

Obsérvese que bajo esta definición se encuentran comprendidas desde las **formas más elementales** de propiedad horizontal hasta conjuntos inmobiliarios en los que ni siquiera existen elementos y servicios comunes, sino únicamente **limitaciones reales** y servidumbres recíprocas orientadas a la consecución de fines colectivos.

Aún con mayor rigor técnico, el Anteproyecto de Ley elaborado por la Comisión General de Codificación definía en su artículo 1 los conjuntos inmobiliarios en los siguientes términos:

*«Unidades inmobiliarias o fincas, edificadas o edificables, en las que la propiedad de cada una tiene inherente un derecho de comunidad especial sobre los elementos o derechos inmobiliarios de utilidad común».*

Igualmente, se trata un **concepto omnicompreensivo** de toda edificación múltiple, en el que se elimina la exigencia de elementos comunes. Técnica-mente, el conjunto inmobiliario bascula en este Anteproyecto de 1991 sobre tres nociones complementarias: la propiedad separada, la comunidad especial y los puntos de conexión entre ambas. Examinemos cada una de ellas por separado.

### i) *La propiedad separada*

En el artículo 396 del Código Civil y en la Ley de Propiedad Horizontal la **propiedad separada** se concibe como una **titularidad simple** sobre pisos, locales u otros **bienes** susceptibles de aprovechamiento independiente análogo a éstos. La propiedad separada tiene una sola titularidad jurídica con independencia de que sobre ella exista una copropiedad ordinaria o cualquier forma de gravamen real o relación obligacional.

En el Anteproyecto de 1991, la propiedad separada es una **realidad física** (una **unidad inmobiliaria**) que puede ser simple (un piso) o compleja (edificio en régimen, a su vez, de propiedad horizontal). Cualquier **subconjunto inmobiliario**, con tal de ser susceptible de aprovechamiento independiente (individual o colectivamente) por tener acceso desde la vía pública o desde un elemento común del conjunto, tiene la condición técnica de **propiedad separada**. Ello supone que dentro de ella (por ejemplo, de cada uno de los bloques que existan dentro de una urbanización residencial) coexisten elementos privativos y comunes. Es decir, dentro de cada propiedad separada puede haber otras propiedades separadas que —a su vez— pueden ser simples o complejas (formando otros **subconjuntos inmobiliarios**).

### ii) *La comunidad especial*

Es consustancial al conjunto inmobiliario la existencia de una comunidad especial en la que quedarían integrados:

1. Los elementos comunes **por naturaleza o afectación** del conjunto inmobiliario. Pero no los que son privativos de cada una de las propiedades separadas (aunque dentro de éstas tengan la condición de elemento común).

2. Los **derechos inmobiliarios de utilidad común**. El anteproyecto se refería a este concepto aunque sin concretarlo claramente. En realidad alude a la posible existencia de conjuntos inmobiliarios sin elementos o servicios comunes, hipótesis desde luego ajena al artículo 396 del Código Civil y a la Ley de Propiedad Horizontal vigente. Un ejemplo sobre el particular —que

propone LASO MARTÍNEZ (*op. cit.*, pág. 1832)— es el de las urbanizaciones privadas aún sin edificar, en las que los titulares de las diferentes parcelas establecen la obligación (real) de edificar de una determinada forma (por ejemplo, para conseguir la uniformidad estética) imponiendo restricciones constructivas al respecto y un sistema orgánico para otorgar permisos de modificación de las edificaciones, autorizar alteraciones en las propiedades separadas..., etc.

En nuestra opinión, en los supuestos de ausencia total de **elementos inmobiliarios comunes** o de cualquier **servicio común** (aunque carezca de base inmobiliaria) no tiene sentido hablar de un conjunto sometido a una disciplina legal especial. Si no hay, al menos, algún servicio común que gestionar, nada resuelve el establecimiento de **mecanismos institucionales** de cooperación entre **propietarios-vecinos**. Las servidumbres u obligaciones *propter rem* que se establezcan son perfectamente válidas pero pueden desenvolverse en la vida jurídica sin acudir al artificioso expediente de la comunidad o del complejo inmobiliario.

Por esta razón, como veremos, nuestro legislador exige en el nuevo artículo 24 de la nueva Ley de Propiedad Horizontal que existan «...elementos inmobiliarios, viales, instalaciones o servicios...» comunes. Este será, a partir de ahora, el **contenido mínimo** de la **comunidad especial** para que exista un complejo inmobiliario.

### iii) *Los puntos de conexión*

Entre la propiedad separada y los elementos comunes ha de existir un punto de conexión. Este, normalmente, consiste en una vinculación *ob rem* entre los elementos comunes y las propiedades separadas (el derecho de **copropiedad inherente** al que se refiere el art. 396 del Código Civil), bien igual entre todos ellos, bien configurado de forma selectiva entre algunas propiedades separadas respecto de algunos elementos o servicios comunes (la extensión y límites de las vinculaciones *ob rem* se define precisamente en el título constitutivo).

Como hemos visto, en el caso de los complejos inmobiliarios esta cuestión alcanza aún mayor significación que en los edificios singulares, ya que la vinculación **por naturaleza** aparece menos definida y —sobre todo— tiene generalmente mayor trascendencia económica.

Además de titularidades *ob rem*, el punto de conexión puede también consistir en ciertas obligaciones derivadas de la titularidad del inmueble en sus partes privativas. Tienen aquí mucha importancia las de **carácter urbanístico**, que pueden llegar a ser definitivas de la propia naturaleza de la propiedad separada y, desde luego, de su valor económico.

El concepto de **punto de conexión** entre las propiedades separadas y los elementos comunes es sobre todo útil técnicamente en los conjuntos inmobiliarios para resolver el problema de los sujetos llamados a decidir sobre las obras y las modificaciones estatutarias, así como sobre la creación o supresión de nuevos servicios, especialmente cuando se exige la unanimidad o mayorías muy cualificadas. Con arreglo a este concepto, sólo estarán legitimados para adoptar las decisiones relativas a determinados elementos comunes, los titulares de las propiedades separadas con los que exista un punto de conexión legalmente válido.

Un problema que la nueva LPH resuelve con una regla fácil de retener para cualquier operador:

*«La competencia de los órganos de gobierno de la comunidad agrupada, únicamente se extiende a sus elementos inmobiliarios, viales, instalaciones y servicios comunes»* (art. 24.i.f).

## 2. TIPOLOGÍA DE CONJUNTOS INMOBILIARIOS

El Anteproyecto de 1991 establecía un régimen general de los llamados conjuntos inmobiliarios (categoría central del sistema) en todos sus extremos básicos: constitución y régimen de la propiedad separada, estructura organizativa (órganos de gobierno y gestión) y régimen de las llamadas **sociedades de servicios**.

De todas estas normas (arts. 3 a 37) lo más destacable era la regulación del proceso de constitución del conjunto (y su eventual ampliación), el régimen de los **subconjuntos inmobiliarios**, y de los gastos comunes a cada propiedad separada (fuera ésta simple o compleja), el derecho de voto en las Juntas de propietarios, limitado al Presidente del subconjunto, y la flexibilización del régimen de mayorías para la adopción de acuerdos. Mejoras todas ellas —junto con muchas otras desconocidas por este Anteproyecto de 1991— ahora también incorporadas a la reforma de la Ley de Propiedad Horizontal.

Una vez definido y reglamentado el **tipo básico** de conjunto inmobiliario la ley establece sus tres grandes modalidades, que son las siguientes:

*a)* **Los complejos urbanos** (cuando la propiedad separada recae sobre parcelas, edificadas o no). Es decir, lo que se venía denominando hasta entonces por la doctrina y en la jurisprudencia como **urbanizaciones privadas**.

*b)* **La propiedad horizontal** (en el caso de edificios singulares divididos en **secciones horizontales**). Aunque también existirá la propiedad horizontal sobre varios edificios asentados sobre una misma parcela y,

*c)* El **aprovechamiento compartido de bienes inmuebles**, que se articulaba, a su vez, de forma algo alambicada, en tres clases diferentes:

c.1) La **multipropiedad**, definida como un derecho real de copropiedad sobre un piso o local que incorpora un derecho-obligación, de carácter igualmente real, consistente en la utilización por turno del bien entre los copropietarios.

c.2) La **comunidad de aprovechamiento por turno**, consistente en un derecho real que recae sobre el conjunto del edificio y que da derecho al uso de un **departamento** del mismo durante un período determinado de tiempo al año, y,

c.3) **Los derechos de aprovechamiento por turno de carácter obligatorio.**

Las normas especiales que el Anteproyecto de 1991 establecía sobre estos tres tipos de conjuntos inmobiliarios eran escasas:

a) En el caso de los **complejos urbanos** (urbanizaciones residenciales privadas), la regla más importante era la obligación impuesta al promotor de la urbanización de entregar los viales, terrenos, instalaciones y servicios adecuados, **«...conforme a la ley, al uso y a la buena fe...»**

Asimismo señalaba el Anteproyecto de 1991 que el régimen se extinguiría cuando la Administración Pública se hubiera hecho cargo de los viales o elementos comunes, por sí o a través de otra entidad urbanística. Lógicamente, salvo que persistiera algún elemento común, o **«...alguna limitación o carga de carácter común...»**

b) En el caso de la **propiedad horizontal** la regla más relevante (dentro de los siete artículos que comprende) era la relativa a la llamada **acción de cesación** por actividades molestas de algún propietario.

El Anteproyecto permitía que después de efectuar el oportuno requerimiento, la Junta de propietarios, por mayoría cualificada, pudiera acordar, por sí misma, la **privación del uso material del piso o local** por dos años. Una solución extrema que la Ponencia redactora de la ley en el Congreso de los Diputados rechazó de plano, pues en realidad no produce ninguna ventaja convivencial efectiva al ser igualmente inexcusable para la comunidad, en caso de negativa del propietario, recabar el pertinente **auxilio jurisdiccional** para la ejecución material de su decisión.

### III. LOS COMPLEJOS INMOBILIARIOS EN LA LEY 8/1999, DE REFORMA DE LA LEY DE PROPIEDAD HORIZONTAL

#### 1. PRINCIPIOS TÉCNICOS DE LA REFORMA

Ya hemos indicado anteriormente las razones por las cuales el Anteproyecto de Ley elaborado por la Comisión General de Codificación sobre Con-

juntos Inmobiliarios, a pesar de su indiscutible calidad técnico-jurídica, nunca llegó a ver la luz como tal propuesta legislativa formalmente asumida por el Gobierno a través de la presentación del correspondiente proyecto de ley en las Cortes Generales.

La Ponencia redactora de la Ley de Propiedad Horizontal se encontró en este punto ante un importante dilema. O bien eludía por completo el problema a la espera de un proyecto legislativo del Gobierno, o bien intentaba una regulación sencilla, sin excesivas pretensiones dogmáticas, a través de la cual pudiera ofrecer una solución satisfactoria a los principales problemas prácticos que plantean estas nuevas formas inmobiliarias. En realidad, se trataría de recoger legislativamente los mejores usos establecidos en esta materia por la práctica notarial y registral más que construir grandes categorías jurídicas, inevitablemente artificiales. En otras palabras, el objetivo de la Ponencia redactora de la ley sería compilar con sencillez el **derecho vivo** (*iuris dictio*, en su significado más literal) más que transformarlo y moldearlo con la violencia inherente a toda innovación legislativa. Algo mucho más propio del derecho público que del derecho privado, por esencia de creación espontánea.

Las enmiendas presentadas por los Grupos Parlamentarios del Congreso de los Diputados se situaban precisamente en esta línea. El Grupo Parlamentario Popular (14) proponía incorporar a la LPH una referencia a las **urbanizaciones privadas**, integradas por parcelas, edificadas o no, estableciendo únicamente el principio de **aplicación supletoria** a las mismas de las normas de la Ley de Propiedad Horizontal y el sistema registral de **folio múltiple vinculado** (antes examinado). Por su parte, el Grupo Parlamentario Socialista propugnaba incorporar varios artículos a la Ley de Propiedad Horizontal en los cuales tendrían cabida tanto las clásicas **urbanizaciones privadas** como otras edificaciones múltiples. La regulación propuesta era muy esquemática, siendo quizá su elemento más criticable la imprevisión de **propiedades separadas complejas** con cuota de participación única.

Sobre estas premisas y los antecedentes legislativos existentes, la Ponencia del Congreso de los Diputados, redactora de la reforma, se decantó por

---

(14) La enmienda número 20, del G. P. Popular a la iniciativa legislativa popular, proponía lo siguiente:

«Se adiciona un artículo 23 a la Ley de Propiedad Horizontal, del siguiente tenor:

Los propietarios de parcelas, edificadas o no, que tengan servicios o elementos comunes o elementos susceptibles de utilización privativa pero afectos a la satisfacción de necesidades comunes, podrán constituirse en comunidad de propietarios cuyo régimen jurídico se ajustará a lo pactado, y supletoriamente por lo dispuesto en esta Ley. En tal caso llevarán un libro de actas para reflejar los acuerdos adoptados, diligenciado en la forma prevista en el artículo 17.

Los estatutos de estas urbanizaciones privadas serán inscribibles en el Registro de la Propiedad, bien la finca matriz, bien en uno de los folios de las fincas que las integran con nota marginal de referencia en los demás».

incorporar a la Ley de Propiedad Horizontal, un nuevo capítulo en el que quedarían reflejados los siguientes **principios político-legislativos**:

1. Configuración del régimen legal de la propiedad horizontal (art. 396 del Código Civil y LPH) como **categoría nuclear** a la que atraer todas las formas inmobiliarias conceptualmente análogas. Se consideran análogas todas aquellas **agrupaciones inmobiliarias** que desbordan el edificio singular articulado en secciones horizontales en las que se verifica la dicotomía **propiedad separada-elementos comunes**, unida por unos **puntos de conexión** de carácter real.

2. Definición del **estatuto jurídico de la propiedad separada** sobre parámetros flexibles, de tal suerte que pueda estar integrada tanto por unidades inmobiliarias simples (parcelas) como complejas (edificaciones divididas horizontalmente). Ello implica, como veremos, el pleno reconocimiento normativo de las **estructuras inmobiliarias piramidales**, en las que unidades inferiores (**subconjuntos inmobiliarios**) se integran en otras superiores.

3. Sometimiento de la propiedad separada (simple o compleja) a un doble principio jurídico:

- a) **Plena responsabilidad jurídica**. Tanto sobre sus elementos comunes, como sobre sus propias normas de convivencia, organización y sus relaciones con terceros [art. 24.3.i. f) de la LPH].
- b) **Consideración unitaria de la propiedad separada** en sus relaciones con el complejo inmobiliario. De tal forma que cada subconjunto integrado en una unidad superior responda conjuntamente de su obligación de contribuir al sostenimiento de los gastos generales.

4. Sencillez del **sistema organizativo**, que responderá al esquema general de la Ley de Propiedad Horizontal. En el supuesto de **estructuras piramidales** se da carta de naturaleza a la denominada **Junta de Presidentes**, aunque sin establecerla imperativamente. En este punto, la reforma se alinea con la práctica estatutaria más extendida y con las previsiones del Anteproyecto de Ley elaborado por la Comisión General de Codificación en 1991. Esta regla (contenida en el art. 24.3 de la LPH), en combinación con la libertad de **autoconfiguración gerencial** que contempla el artículo 13.1, nos sitúa ante un modelo de **máxima flexibilidad** en el cual podrán tener cabida cualesquiera formas inmobiliarias por complejas que éstas sean.

5. Plena accesibilidad al Registro de la Propiedad del complejo inmobiliario y de sus estatutos.

6. Libertad plena de configuración jurídica de los complejos inmobiliarios que adopten **formas diferentes** a las legalmente establecidas. Regla esta de extraordinario interés para los conjuntos existentes a la entrada en vigor de

la Ley de reforma que no adopten sus títulos constitutivos a las previsiones contenidas en ella.

7. **Claridad técnico-legislativa**, huyendo de la prolija regulación del Anteproyecto de 1991 y de tecnicismos alejados de la terminología habitual en el ámbito de la de propiedad horizontal.

## 2. EL COMPLEJO INMOBILIARIO Y SU RÉGIMEN JURÍDICO

El capítulo II (nuevo) de la LPH, que tan sólo contiene un artículo (art. 24), nos ofrece en su apartado 1 un **concepto claro y conciso** de complejo inmobiliario.

Al igual que en la **propiedad horizontal ordinaria** el concepto de complejo inmobiliario es esencialmente material, nunca formal. El complejo inmobiliario existe jurídicamente con independencia de su denominación como tal y del otorgamiento del título constitutivo del mismo. Como sucede con la llamada **propiedad horizontal de hecho**, plenamente avalada y reconocida por nuestra jurisprudencia mayor, el CIP existe desde que concurren los **presupuestos fácticos** establecidos en la Ley. Estos son los señalados en el artículo 24.1:

1. Existencia de varias **propiedades separadas** («...independientes entre sí...»), bien sean edificaciones o parcelas. Resulta indiferente el régimen jurídico de dichas edificaciones o parcelas, pudiendo ser de **titularidad simple o compleja**.

2. Que el **destino principal** de las edificaciones o parcelas, cuando lleguen a edificarse si aún no lo están, sea la vivienda o el establecimiento de actividades económicas.

La redacción de esta norma es muy amplia (se habla de **destino principal**, no único) y, además, debe completarse con lo dispuesto en el párrafo segundo del artículo 1 de la LPH, introducido por el Senado durante la tramitación parlamentaria de la ley. En realidad, con esta disposición el legislador sólo ha tratado de establecer una **cautela** para impedir la utilización de esta norma para fines diferentes de los que fue aprobada y, en especial, para **usos inmobiliarios no urbanos**.

3. **Vinculación *ob rem*** entre dicha propiedad separada y otros elementos inmobiliarios, viales, instalaciones o servicios comunes.

Este requisito precisa de alguna matización adicional:

a) Obviamente, la vinculación no tiene porqué ser uniforme, como tampoco lo es necesariamente en la propiedad horizontal común. Quiere decirse con ello que no todas las **propiedades separadas** tienen porqué participar por igual en los elementos comunes.

- b) Resulta imprescindible que exista algún elemento, instalación o servicio común, no siendo suficiente para constituir técnicamente un complejo la simple limitación recíproca o el juego de obligaciones *propter rem*. Estas pueden acompañar e integrar el régimen jurídico del complejo pero no constituir su único basamento jurídico. Ello no tanto por consideraciones de tipo teórico como por la falta de **utilidad práctica** de lo contrario. Si bien, en último término, será cuestión de interpretación jurisprudencial, más o menos flexible, la extensión del concepto legal de «**servicio común**».
- c) Aunque el artículo 24.1.b) de la LPH habla de «**...copropiedad...**» sobre los elementos comunes, esta expresión debe interpretarse, al igual que el artículo 396 del Código Civil y el artículo 3.b) de la LPH, como la titularidad de **cualquier derecho** sobre los elementos o servicios comunes. En caso contrario no tendrían cabida muchas de las situaciones que se dan en la práctica de nuestras comunidades de propietarios en relación con el uso y disfrute de los elementos comunes.

Si concurren los tres **presupuestos fácticos** señalados, el complejo inmobiliario existe en la realidad jurídica, y ello implica dos inmediatas consecuencias jurídicas: el sometimiento del mismo al artículo 396 del Código Civil y a las disposiciones imperativas de la LPH.

### 1. *El sometimiento al artículo 396 del Código Civil*

El sometimiento al artículo 396 del Código Civil (al que se han introducido importantes modificaciones, también en esta reforma legislativa) implica —sobre todo— la aplicabilidad de la distinción entre los elementos comunes por naturaleza (también llamados **esenciales**), y los que lo son por **destino** o afectación (denominados **accidentales**), según se definen desde la **STS de 10 de mayo de 1975**.

Aunque los **elementos comunes por naturaleza** son más difíciles de precisar en el caso de los complejos inmobiliarios que en los edificios singulares, en muchos casos la jurisprudencia recaída sobre estos últimos resultará plenamente trasladable a aquéllos. En todo caso, la nueva redacción del artículo 396 del Código Civil establece que son elementos comunes por naturaleza (por tanto, también en los CIP) «**...todos los necesarios para su adecuado uso y disfrute...**» Como es sobradamente conocido, la enumeración subsiguiente contenida en dicho precepto carece de valor limitativo, siendo simplemente enunciativa (SSTS de 15 de marzo de 1985, 27 de febrero de 1987 y 17 de junio de 1988, entre muchas otras).

En todo complejo inmobiliario, cualquiera que sea su forma y régimen jurídico, son íntegramente de aplicación las reglas de **inseparabilidad** (vinculación *ob rem* a la propiedad separada) e **indivisibilidad** (prohibición de la *actio communi dividundo*), así como la exclusión de los derechos de **tanteo y retracto** en el caso de las partes privativas.

Serán igualmente aplicables todas las reglas construidas jurisprudencialmente (por el Tribunal Supremo y la Dirección General de los Registros y del Notariado) al amparo del artículo 396 del Código Civil, entre las que se encuentran, por ejemplo, las siguientes:

- i) La naturaleza común de todo aquello no definido como privativo en el título constitutivo (STS de 11 de octubre de 1967 y RDGRN de 28 de febrero de 1986).
- ii) La posibilidad de constituir **derechos exclusivos** con trascendencia real sobre los elementos comunes, incluso sobre aquellos que lo son por naturaleza, a favor de algún propietario o del promotor del complejo (STS de 3 de marzo de 1986 y 17 de julio de 1987). Y, en tal caso, posibilidad de excluir a algunos propietarios de la obligación de contribuir al mantenimiento de los mismos (STS de 7 de octubre de 1978).

Para que estos **derechos exclusivos** puedan tener eficacia real es preciso que consten en el título constitutivo. Si no figuran en él no podrán nacer sin el consentimiento unánime de todos los propietarios (STS de 19 de febrero de 1971).

Estas reglas resultan extraordinariamente relevantes en el caso de los complejos inmobiliarios, especialmente en el caso de las grandes edificaciones múltiples, donde se plantea con frecuencia el problema de los **límites de los derechos exclusivos** atribuidos al promotor en el título constitutivo (15), e incluso la reserva a su favor de la titu-

---

(15) E. ESTRADA ALONSO *op. cit.*, analiza con detenimiento el caso prototípico de las **grandes superficies comerciales**, donde el promotor suele reservarse la titularidad privativa de la fachada y de los pasos generales o **malls** en los que desembocan los distintos locales de negocio. El promotor, en realidad, lo hace para asegurar la mejor gestión del centro comercial y no encontrar trabas en la Junta de propietarios, que tendría teóricamente que decidir sobre cualquier alteración de la galería o sobre el régimen de administración de la misma. Para eludir el problema del paso se constituyen con frecuencia servidumbres en favor de los locales, accediendo todo ello sin dificultades al Registro de la Propiedad. Igual sucede con las fachadas, terrazas, suelo, subsuelo..., etc.

Aunque, según el citado autor, existe muy poca jurisprudencia sobre la cuestión, debido a las dificultades técnico-procesales que entraña entablar una acción de esta naturaleza (por el litisconsorcio pasivo necesario de un gran número de propietarios, cuyas cuotas de participación se verían afectadas a resultas de la sentencia), existen algunas resoluciones judiciales (citadas en el referido trabajo) que han declarado la nulidad de inscripciones registrales por esta causa.

laridad de algunos elementos comunes por naturaleza bajo la justificación de una mayor eficacia en la gestión.

Los límites han de buscarse, en nuestra opinión, a través de dos vías diferentes: la **declaración de imperatividad** de las normas del artículo 396 del Código Civil, relativas a los elementos esenciales (sobre todo de aquéllos que resultan **imprescindibles para el ejercicio de los derechos** sobre la propiedad separada) y también mediante las **normas protectoras de los consumidores y usuarios** (contenidas, principalmente, en la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y en la reciente Ley de Condiciones Generales de la Contratación), en las cuales se encuentra base jurídica suficiente para la declaración de nulidad de las cláusulas de las escrituras de adquisición que incorporan directa o indirectamente reservas de este tipo a favor del promotor.

## 2. *Sometimiento a la Ley de Propiedad Horizontal*

La segunda consecuencia jurídica es el sometimiento a la Ley de Propiedad Horizontal. Así lo prevé el propio artículo 396 del Código Civil y lo señalan además expresamente los artículos 2.c) y 24.4 de esta norma especial.

**¿Hasta qué punto queda sometido el complejo inmobiliario, por el hecho de serlo, a la Ley de Propiedad Horizontal?** Caben dos respuestas diferentes a esta pregunta:

- i) Si el complejo inmobiliario se constituye en alguna de las formas señaladas en el artículo 24.2 (**comunidad ordinaria** o **comunidad agrupada**), quedará sometido íntegramente a la Ley de Propiedad Horizontal, si bien con arreglo a las reglas aplicativas especiales contenidas en el artículo 24.3. Esto es, se configura como una comunidad de propietarios a todos los efectos.
- ii) Si el complejo inmobiliario no adopta las formas jurídicas del artículo 24.2, bien porque pre-existe a la reforma legislativa y no se adapta a la misma, bien porque edificado con posterioridad se mantiene fuera de esta norma (situación perfectamente posible, dado su carácter claramente dispositivo), su régimen jurídico sería el siguiente: En primer término quedaría sometido a las normas imperativas del artículo 396 del Código Civil y de la Ley de Propiedad Horizontal (art. 24.1 LPH). En segundo lugar, a los pactos libremente establecidos en el título constitutivo que no contradigan dichas normas imperativas. Finalmente, y con carácter supletorio, quedarían sometidos a las disposi-

ciones no imperativas de la Ley de Propiedad Horizontal (art. 24.4 de la LPH).

A la hora de determinar qué preceptos de la LPH resultarán de aplicación obligatoria a estos **complejos inmobiliarios de hecho**, resulta imprescindible acudir al nuevo artículo 2.b), a tenor del cual «...se regirán, en todo caso, por las disposiciones de esta Ley en lo relativo al régimen jurídico de la propiedad, de sus partes privativas y elementos comunes, así como en cuanto a los derechos y obligaciones de los comuneros...»

### 3. COMUNIDADES ORDINARIAS Y COMUNIDADES AGRUPADAS

El artículo 24 de la LPH ofrece a los complejos inmobiliarios una triple **opción organizativa**:

- i) Constituirse en una **comunidad ordinaria** (en una **comunidad tumbada**, normalmente) con arreglo al artículo 24.2.a).
- ii) En una **comunidad agrupada** (art. 24.2.b) o,
- iii) Adoptar otra configuración jurídica diferente con aplicación supletoria de la LPH (art. 24.4 de la LPH).

#### a) *La comunidad ordinaria: concepto y régimen jurídico*

El artículo 24.2.a) de la LPH da carta de naturaleza legislativa a la denominada **propiedad horizontal tumbada**, a la cual nos hemos referido ampliamente con anterioridad. No planteaba problemas de admisibilidad en nuestra jurisprudencia, por lo que la nueva Ley no hace otra cosa que recoger la práctica estatutaria de estas comunidades extendidas.

En este supuesto (aplicable principalmente en el caso de las **urbanizaciones residenciales privadas**, esto es, las integradas por conjuntos de parcelas, edificadas o no), la comunidad tumbada se constituiría de conformidad con el procedimiento general establecido en el artículo 5 de la LPH, cuya terminología propia, aplicable a edificio singular (piso o local) quedará adaptada *mutatis mutandis* a la denominación propia de estas urbanizaciones (parcelas, viviendas, etc.).

Obviamente el título constitutivo y los estatutos de la comunidad serán algo más complicados técnicamente de elaborar, al ser necesario relacionar con mayor rigor los elementos comunes y los derechos exclusivos sobre los mismos, las vinculaciones *ob rem* y las obligaciones *propter rem* y —dentro de estas últimas— los compromisos y obligaciones urbanísticas que afecten a cada parcela.

Una vez constituida la **comunidad tumbada**, le será íntegramente de aplicación la Ley de Propiedad Horizontal, salvo que los estatutos hubiesen incorporado alguna cláusula derogativa de las disposiciones no imperativas de la misma, en cuyo caso prevalecerán aquéllas.

b) *La comunidad agrupada: procedimiento de constitución, requisitos y régimen jurídico*

Este concepto es, sin duda, el más original de todo el capítulo III, y con él se pretende dar respuesta a todo el abanico de situaciones en las que **unidades inmobiliarias de estructura múltiple** se integran en otras de carácter superior para su más adecuada gestión y organización.

La comunidad agrupada se basa, por tanto, en la existencia de **propiedades separadas complejas**, a las que resulta también aplicable la Ley de Propiedad Horizontal.

El supuesto legalmente **típico** (aunque no el único, como veremos de inmediato) es el de los **bloques divididos en secciones horizontales**, con acceso independiente desde la vía pública o desde una zona común, que comparten algún elemento, instalación o servicio común.

A partir de la entrada en vigor de la reforma de la Ley de Propiedad Horizontal, estos bloques podrán encuadrarse dentro del tipo normativo que se denomina **comunidad agrupada**, que únicamente presupone la existencia de una comunidad ordinaria en cada una de las unidades inmobiliarias inferiores.

El procedimiento de constitución es alternativo: o bien el título constitutivo se otorga por el **propietario único** del complejo (hipótesis únicamente aplicable a los que se constituyan con posterioridad a su entrada en vigor), o bien por los Presidentes de todas las comunidades llamadas a integrar aquélla, previamente autorizadas a tal efecto por **acuerdo mayoritario** por sus respectivas Juntas de propietarios.

Respecto de los complejos inmobiliarios existentes antes de la entrada en vigor de la reforma de la Ley de Propiedad Horizontal, se abren dos posibilidades diferentes:

i) Que en estos bloques existan ya comunidades de propietarios constituidas con arreglo a la LPH. En este caso, la ley establece un procedimiento muy sencillo para acceder a la condición de **comunidad agrupada**. Bastará con que el título lo otorguen, en representación de sus respectivas comunidades, los presidentes de las mismas, con el apoyo de la mayoría simple (art. 17.3.<sup>a</sup> LPH) de los propietarios.

ii) Que estos bloques o unidades inmobiliarias constituyeran, antes de la entrada en vigor de la Ley, una sola comunidad de propietarios.

En este caso será imprescindible proceder a la constitución de las comunidades por bloques, aplicando el artículo 5 de la LPH, que exige la unanimidad de los propietarios. Una vez constituidas, sus Presidentes podrán transformar la actual comunidad en una comunidad agrupada, con el apoyo de sus respectivas Juntas de propietarios por mayoría simple.

Sea cual fuere el procedimiento de constitución seguido, el **título constitutivo de la comunidad agrupada** deberá contener los elementos establecidos en el artículo 24.2.b) y los demás requeridos por la Ley de Propiedad Horizontal, es decir, los previstos en el artículo 5. Dichas exigencias son las siguientes:

*i) La descripción del complejo inmobiliario* en su conjunto (téngase en cuenta que el complejo y la comunidad agrupada constituyen aquí una idéntica realidad).

Ello supone identificar cada una de las propiedades separadas, las cuales, al ser unidades inmobiliarias complejas, ya estarán descritas en sus respectivos títulos constitutivos. A cada comunidad (propiedad separada) se le asignará un número correlativo como exige la LPH y la Ley Hipotecaria (art. 8.4).

#### *ii) Los elementos, viales, instalaciones y servicios comunes*

Es necesario identificar y describir todos los que existen, ya que la mayor parte de ellos no reunirán la condición jurídica de **elementos comunes por naturaleza**. Por tanto, deberán señalarse las afectaciones, las vinculaciones *ob rem* y las obligaciones *propter rem*, así como todos los **derechos exclusivos** que se constituyan sobre dichos elementos comunes con los límites anteriormente indicados.

#### *iii) Las cuotas de participación de cada propiedad separada*

Frente a lo que hoy es uso generalizado en la práctica notarial, la Ley ha establecido —después de no pocas reflexiones y propuestas en su fase de redacción— una **cuota de participación única** de cada propiedad separada, siendo este uno de los elementos característicos de las nuevas comunidades agrupadas.

La cuota es única porque las responsabilidades financieras son colectivas. Las comunidades integradas (las propiedades separadas) «...**responderán conjuntamente de su obligación de contribuir al sostenimiento de los gastos generales de la comunidad agrupada...**» [art. 24.2.b) de la LPH].

Esta importante previsión legal produce, al menos, dos consecuencias jurídicas:

1. La contribución a los gastos generales de la comunidad agrupada constituye una responsabilidad para las comunidades integradas «...**no susceptible de individualización...**» [art. 9.1.e) de la LPH]. Por tanto, se incluirá en su presupuesto ordinario como cualquier otro gasto, sin que resulte oponible a la comunidad agrupada la morosidad de alguno de sus integrantes.

2. Las comunidades integradas responden de estas deudas con arreglo al artículo 22 de la LPH, es decir, «...**con todos los fondos y créditos a su favor**». Sólo podrá dirigirse contra aquellos propietarios individuales que «...hubiesen sido parte en el correspondiente proceso por la cuota que le corresponde en el importe insatisfecho...» (art. 22.1 de la LPH). Este proceso podría ser, en principio, el regulado en el artículo 21 de la Ley de Propiedad Horizontal, si bien la dicción literal del apartado 1 de dicho precepto, al definir el sujeto pasivo el **proceso monitorio** que regula, parece excluir esta posibilidad.

#### iv) **Los estatutos privativos de la comunidad agrupada**

Se mencionan en el último inciso del artículo 24.2 de la LPH y en ellos, además de las menciones habituales (régimen de gestión, uso y disfrute de los elementos comunes), pueden contenerse las normas organizativas de la comunidad **agrupada** que se consideren pertinentes, siempre y cuando no resulten contrarias a las disposiciones imperativas de la LPH (particularmente al art. 13).

La Junta de propietarios estará integrada por los presidentes de cada una de las comunidades, si bien la ley permite otras fórmulas organizativas de dicho órgano. Estas pueden ir desde una composición más numerosa de la Junta (integrando más miembros de cada comunidad) a un **régimen diferenciado** de juntas en el que en unos casos tengan carácter de **asamblea general** (por ejemplo, para adoptar los acuerdos más trascendentales para la vida de la comunidad) y entre otras más restrictivo [por ejemplo, en la forma permitida por el art. 24.3.a)].

No resulta, sin embargo, disponible para las comunidades agrupadas la regla del artículo 24.3.b) sobre las **mayorías exigidas** en las comunidades integradas. El principio general es que en la comunidad agrupada rigen idénticas normas que en las comunidades ordinarias (art. 17 de la LPH), si bien atendiendo a la peculiar naturaleza de las propiedades separadas que la integran se exige que quien la represente haya obtenido previamente en la **Junta propia** la mayoría exigida en la LPH.

El título constitutivo y los estatutos serán inscribibles en el Registro de la Propiedad, regla que no precisa de mayor comentario después de lo ya expuesto con anterioridad en relación con este problema. Sigue plenamente vigente, en consecuencia, el sistema de **folio múltiple** conforme a su configuración tradicional ofrecida por la Dirección General de los Registros y del Notariado.

El **régimen jurídico de la comunidad agrupada**, además de los aspectos ya analizados, aparece claramente definido en el artículo 24.3 de la ley en los siguientes términos:

*«...gozará a todos los efectos de la **misma situación jurídica** que las Comunidades de propietarios (ordinarias) y se regirá por las disposiciones de esta ley (la LPH)...»*

La **identidad de régimen jurídico** con la comunidad ordinaria es la idea clave en este punto y será, con toda seguridad, la mayor fuente de dificultades y conflictos interpretativos. Algunos de ellos, como es la aplicabilidad de los mecanismos protectores de la comunidad contra la morosidad (afección real, proceso monitorio, privación del derecho de voto..., etc.) o de las normas que disciplinan la convivencia vecinal (acción de cesación) no serán de fácil aplicación y será preciso acudir a principios hermenéuticos razonables, como son la finalidad perseguida por la norma y su **destinatario natural**.

En cualquier caso, los acuerdos de los órganos de gobierno de la **comunidad agrupada** (Presidente, Junta, Secretario, Administrador, ...y cualesquiera otros que existan) no podrán interferir sobre las **competencias y responsabilidades propias** de cada comunidad frente a sus elementos comunes [art. 23.3 y f) de la LPH].

Naturalmente, este principio general, que ya figuraba en el Anteproyecto de Ley de Conjuntos Inmobiliarios de 1991, también será objeto de numerosas controversias. Algunas de ellas de difícil solución en abstracto. Piénsese que, con frecuencia, ciertos elementos comunes (muros, fachadas, zonas ajardinadas, instalaciones de telecomunicaciones, etc.), revisten la condición de elementos comunes tanto respecto a la **comunidad agrupada** como a la **comunidad integrada**. La solución en estos casos ha de venir de la mano de los grandes conceptos teóricos de la Ley de Propiedad Horizontal, debiendo hacerse el esfuerzo intelectual por concebir cada comunidad integrada simplemente como un **elemento privativo más** en el complejo inmobiliario.

También habrán de producir problemas los acuerdos de las Juntas de propietarios de las comunidades integradas que **lesionen intereses del conjunto**, por ejemplo, de tipo estético u otra naturaleza. En este caso, están llamadas a jugar un papel decisivo las denominadas obligaciones *propter rem* incorporadas al título constitutivo de la comunidad agrupada, mediante las

cuales podrá articularse un **sistema transparente**, y con eficacia jurídico-real, para hacer frente a dichas dificultades.

#### 4. LA ADMISIBILIDAD DE ESTRUCTURAS INMOBILIARIAS PIRAMIDALES

Las modernas **realidades inmobiliarias**, a cuyas diferentes manifestaciones venimos refiriéndonos reiteradamente en este estudio (centros comerciales y de ocio, malls, parques temáticos y tecnológicos, zonas de uso múltiple..., etc.), desbordan cualquier previsión normativa, por flexible que ésta sea, y en este caso —con toda probabilidad— el resultado legislativo no será muy diferente.

Un primer problema que suscita la nueva regulación, derivado probablemente de su gran concisión y sencillez conceptual, es la admisibilidad de **estructuras inmobiliarias piramidales** que vayan más allá de la **comunidad agrupada simple** (esto es, del complejo típicamente residencial).

Expresado en términos técnico-jurídicos más precisos, las dudas que plantea la nueva regulación serían las siguientes: *a)* ¿Caben comunidades agrupadas formadas —a su vez— por otras comunidades agrupadas?, y *b)* ¿Caben comunidades agrupadas formadas por comunidades de propietarios y titulares individuales de derechos de propiedad?

La respuesta a la primera pregunta ha de ser forzosamente afirmativa, salvo que pretenda imponerse un severo límite, desde luego no querido por el legislador, a la eficacia de esta novedosa regulación.

El fundamento de esta respuesta sería, a su vez, doble:

- a)* Por un lado, el concepto técnico-jurídico de **propiedad separada** que incorpora el artículo 24.1 de la LPH es esencialmente **flexible**, pues incluye tanto unidades simples (parcelas) como complejas (otras comunidades de propietarios).

Si ello es así, ¿qué razón jurídica cabría esgrimir para circunscribir el concepto de propiedad separada compleja al de comunidad ordinaria? En realidad ninguna, salvo que se pretenda una aplicación literalista de alguno de sus preceptos, escasamente justificable, y posiblemente ni siquiera en tal caso.

- b)* En segundo término, cuando el artículo 24.3 de la LPH dispone que la comunidad agrupada gozará de la «...**misma situación jurídica**...» que la comunidad ordinaria, está incluyendo también —como es lógico— la posibilidad de integrarse en una comunidad de alcance superior. En caso contrario se hubiera establecido así en el artículo 24.3 junto con las restantes especialidades y limitaciones legales de las comunidades agrupadas.

La segunda pregunta que nos formulábamos ha de ser igualmente respondida en sentido positivo. Si la propiedad separada puede ser simple o compleja es obvio que el conjunto resultante puede estar integrado tanto por unidades inmobiliarias de uno u otro tipo como por una combinación de ambas.

En nuestra opinión ello se deduce con toda claridad del artículo 24.1 de la LPH al prever los distintos tipos de comunidades separadas, pero sobre todo deriva de una elemental exigencia del **sentido común**: en caso contrario quedarían fuera de esta regulación legislativa y condenadas a una difícil autoregulación, aquellas **urbanizaciones residenciales** (tan frecuentes en la práctica) en las que los bloques divididos horizontalmente concurren con chalets o viviendas unifamiliares en la titularidad de elementos y servicios comunes. Resulta evidente que en estos supuestos las referencias del artículo 24.2.b) a las comunidades de propietarios deben entenderse realizadas a la **propiedad separada** (sea simple o compleja). Si el legislador ha utilizado la referencia a las comunidades ha sido únicamente buscando una mayor claridad y su más fácil comprensión por los ciudadanos, y —sobre todo— porque la concurrencia de comunidades es la hipótesis jurídicamente más relevante y en la que se hace precisa una regulación más acabada.

De acuerdo con las ideas expuestas, los complejos inmobiliarios en forma de **comunidad agrupada** permiten, sin ningún género de duda, albergar estructuras jurídicas de **tipo piramidal**, incluso en sus formas y combinaciones más complicadas. Las comunidades agrupadas se articulan sobre propiedades separadas, que constituyen **subconjuntos** dentro del complejo inmobiliario general. Estos subconjuntos se descomponen —a su vez— en unidades inmobiliarias inferiores, simples, complejas, o en una combinación de ambas (16).

ALBERTO DORREGO DE CARLOS  
Letrado de las Cortes Generales

---

(16) No podemos, por tanto, compartir algunas de las críticas que se han formulado a la nueva regulación en las que se reprocha al legislador el abandono normativo de los conjuntos inmobiliarios no residenciales. F. YANNONE, «La reforma de la LPH en el marco del nuevo derecho inmobiliario. Necesidad y alcance de la reforma de la Ley de Propiedad Horizontal», en *Práctica de la LPH*, tomo II, Expansión, 1999, pág. 25, afirma que «la regulación de los conjuntos inmobiliarios es, sin duda, uno de los aspectos más novedosos y al mismo tiempo deficientes de la ley, que parece referirse exclusivamente a complejos residenciales. El auge actual de centros comerciales, centros de ocio, parques industriales, tecnológicos, etc., exigía una regulación más precisa y detallada de este tipo de complejos». En el mismo sentido, en esta misma obra colectiva, L. CLEMENTE, *Las comunidades de propietarios después de la reforma; conclusiones y recomendaciones*, pág. 142.

# Instituciones del Derecho Civil cubano. Antecedentes y actualidad. Un punto de partida para el comienzo del siglo XXI

*SUMARIO:* PRESENTACION.—1. PERSONA NATURAL: LOS DERECHOS INHERENTES A LA PERSONALIDAD.—2. PERSONA JURIDICA: TIPOS DE PERSONAS JURÍDICAS ADMITIDAS EN EL CÓDIGO CIVIL CUBANO DE 1987.—3. FORMAS DE PROPIEDAD EN EL SISTEMA JURIDICO CUBANO.—4. PROGRESOS QUE LEGISLATIVAMENTE INCLUYE LA ACTUAL LEY DE INVERSIONES CUBANA.—5. OBSTACULOS PARA LA INVERSION EXTRANJERA QUE SUBSISTEN EN LA LEY 77/95.—6. OTRAS NORMAS QUE CONFORMAN EL SISTEMA LEGAL DE LA INVERSION EXTRANJERA EN CUBA.—7. SOBRE LA INVERSION EN LA ACTIVIDAD INMOBILIARIA: a) REGISTRO DE LA PROPIEDAD EN CUBA. VIGENCIA DE LA LEY HIPOTECARIA; b) OTROS DERECHOS REALES.—8. INSTITUCIONES COMUNES EN LA DUALIDAD LEGISLATIVA: a) LA EXPROPIACIÓN FORZOSA; b) LA CONFISCACIÓN.—9. OTRAS INCIDENCIAS DE LA LEY PENAL CUBANA PARA EL INVERSOR: a) INSOLVENCIA PUNIBLE; b) RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS.

## PRESENTACION

En la intervención anterior dedicada al recorrido histórico de la Huella del Derecho español en los siglos XIX y XX, en sus primeros setenta y cinco años, tratamos de abordar desde el prisma histórico jurídico: EL ORIGEN, FORMACION Y DESARROLLO DEL DERECHO CUBANO EN EL AMBITO DEL DERECHO PRIVADO.

En este sentido, el jurista se encuentra en una situación análoga a la del historiador porque no es suficiente analizar los conocimientos presentes de los hechos sino que además es necesario reconstruir las categorías mediante las cuales se forma la imagen de la situación concreta que analizamos en un momento dado de cualquier país, aquí reitero la importancia de las interven-

ciones realizadas en el primer día porque sólo conociendo la historia seremos capaces de entender y aplicar el derecho correctamente, y además adecuarlo con un prisma realista, pero permítanme invitarlos a adentrarnos EN EL SISTEMA JURIDICO CUBANO EN VIGOR, con sus peculiaridades y las tradiciones jurídicas asentadas en un período histórico de cuarenta años.

¿COMO HAREMOS ESTE VIAJE AL CENTRO DEL SISTEMA JURIDICO CUBANO?

Les propongo intentar buscar las claves, al decir del profesor LASARTE, que acotan el Ordenamiento Jurídico por un conjunto de normas, con cierta coherencia y sistemática creíble, dentro de ese sistema, y por ese camino acercarnos al conjunto de normas atinentes a una situación social típica que compone precisamente lo que se reconoce en Derecho como una INSTITUCION. En Derecho CIVIL el NUCLEO CENTRAL de esta materia lo constituye LA PERSONA, EN SUS DISTINTAS RELACIONES. Así que para adentrarnos definitivamente en el DERECHO CUBANO, desde un prisma verdaderamente jurídico, nos remitimos al estudio de sus dos INSTITUCIONES BASICAS: LA PERSONA Y LA PROPIEDAD, pero antes repasemos el CONTEXTO JURIDICO CUBANO, retomando hasta la fecha tratada en la jornada anterior (1975), donde revisamos cómo había quedado la HUELLA ESPAÑOLA EN EL CODIGO CIVIL ESPAÑOL vigente en Cuba y editado en ese año.

En 1976 comienzan a producirse hechos significativos en el ámbito del Derecho cubano, dentro de las nuevas condiciones que se habían conformado desde 1959 a la fecha, con la promulgación de la Constitución de 1976, el Estado tal y como ha quedado constituido, legítima dentro de su concepción, las instituciones acordes con ese tipo de Estado, caracterizado por unas relaciones sociales en que prima el Derecho público, por lo que las instituciones reconocidas en este mecanismo legitimador, aún cuando algunas de ellas conservan su denominación tradicional, no resultan equiparables en contenido a las tradicionales o, digamos más claramente, al Derecho de origen latino, y cito ejemplos, el matrimonio, se separa del Derecho Civil en una ley aparte, la actividad judicial tiene un encaje diferente en la estructura de ese Estado, la propiedad privada no aparece concebida dentro del sistema y es sustituida por formas de propiedad derivadas de la propiedad estatal principalmente, la persona jurídica tiene un tratamiento diferente, destacando como principales, además del Estado, las empresas estatales y las organizaciones políticas y de masas.

En este momento parto de la idea que se producen cambios innegables que convierten al Derecho cubano en un Derecho que se aleja de la huella española, aún y cuando por la sangre y raíz no se puede borrar definitivamente dentro de lo que se conoce en la historia jurídica de Cuba como: PROCESO DE INSTITUCIONALIZACION.

El período que comienza, como señalé con la promulgación de la Constitución de 1976, es secundado por la aprobación legislativa de leyes tales como la Ley de la Organización de la Administración Central del Estado, la Ley Electoral, la Ley de Procedimiento Civil Administrativo y Laboral, la Ley de Procedimiento Penal y el Código Penal de 1979, cambios legales que no pueden abandonar del todo nuestro derecho alimentado con muchos años, pero que siguen algunas huellas de los países de la actual Europa oriental (era muy difícil seguirlos en tema de Derecho).

En este nuevo ordenamiento es interesante reflejar el papel del Poder Judicial, y para ello cito las consideraciones que sobre el tema se hicieron en el artículo que resultó el PRIMER PREMIO EN LA TEMÁTICA DERECHO ADMINISTRATIVO Y DERECHO CONSTITUCIONAL DEL PRIMER CONCURSO DE LA REVISTA JURIDICA CUBANA.

*«A diferencia de lo que ocurría en el régimen constitucional burgués, en que los tribunales eran considerados como uno de los poderes del Estado, teóricamente equiparados al poder ejecutivo y al legislativo, en el régimen socialista se parte del concepto de que la institución judicial es un órgano del Estado y no un poder, pues en verdad, sólo existe un poder... las resoluciones que se dictan en los procesos judiciales no contienen pronunciamientos de carácter general, sino que se limitan a decidir casos concretos. Por tanto, las sentencias judiciales pronunciadas por el Tribunal Supremo no tienen ya el carácter de fuentes generales de Derecho que les atribuya nuestra derogada legislación colonial.*

*No obstante, la Constitución confiere al pleno del Tribunal Supremo y a su Consejo de Gobierno la potestad de dictar normas de carácter general que sí son obligatorias para todos los tribunales a los que imparten instrucciones para el logro de una práctica judicial uniforme en la interpretación de la CONSTITUCION y la Ley (arts. 124 de la Constitución e inciso 5 del art. 21 de la Ley de Organización del Sistema Judicial de 10 de agosto de 1977).*

*Pero independientemente de la facultad asignada a los órganos de gobierno de los tribunales, son jerárquicamente superiores de éstos, la Asamblea Nacional y el Consejo de Estado, y este último tiene la potestad de dar a las leyes vigentes, en caso necesario, una interpretación general y obligatoria y de impartir instrucciones a los tribunales».*

Lo expresado por este autor cubano aparece constitucionalmente vigente, según la modificación de 1992, en los artículos 90, incisos *h*, *i*, 121 y refiriéndose a la Fiscalía General, que es también considerada un órgano de Estado (arts. 127 y 128).

Dentro de este sistema político-jurídico, *¿dónde quedan las relaciones de Derecho Civil y su principal norma, el Código Civil?*

El Código Civil cubano resultó una de las últimas por casi asegurar que la última ley que concluye el ciclo de institucionalización comenzado en 1976

con la Constitución. La elaboración de un Código cubano llevó un largo proceso que comenzó en 1969, y que tuvo un primer momento de trabajo con la presentación del primer anteproyecto de 1979, a la que le sucedieron nueve, hasta que en 1986 se presentó el que con alguna mínima modificación fue aprobado en la Asamblea Nacional del Poder Popular con alguna ligera intervención relativa al artículo 476, sobre las incapacidades para suceder de las personas que, según la legislación establecida, consideran que han abandonado el país. El Código se aprobó el 16 de julio de 1987, como Ley 59, para comenzar a regir a los 180 días siguientes a su publicación que apareció en Gaceta Oficial Extraordinaria 9 de 15 de octubre de 1987, es decir, el 13 de abril de 1988. El actual Código nació con 547 artículos, además de dos Disposiciones Especiales, seis Transitorias y dos Finales. La reducción siempre se explicaría por la introducción de una Parte General dedicada a la teoría del acto jurídico, pues se omite de su articulado la categoría de negocio jurídico). En la ineficacia se incorpora como forma de nulidad absoluta la simulación absoluta y relativa (los autores del Código quisieron enmarcar dentro de tal acápite a la ineficacia de los negocios fiduciarios).

El libro dedicado a los Derechos reales se identifica con Derecho de Propiedad, se considera más adecuado al régimen de propiedad vigente (el carácter *erga omnes* de cualquier derecho real no es muy apropiado para los tipos regulados por el Código cubano) y se relacionan los derechos reales válidos, a saber:

- Derechos reales de aprovechamiento: Propiedad, copropiedad, posesión, usufructo y superficie.
- Derechos reales de adquisición preferente: Tanteo y retracto.
- Derechos reales de garantía: Prenda, retención, hipoteca naval y aérea.

En el libro dedicado a los contratos se incluyen los contratos estatales de transporte y venta de establecimientos públicos.

El Código fue concebido con un grado de abstracción y generalidad reflejado en los artículos 8, 108 y su Disposición Final primera, en tal extremo que inmediatamente de su promulgación se reconocía la existencia de diseminación legislativa civil, se había perdido la unidad de la materia, de la rama, perdiendo el principio básico de toda codificación.

La ordenación de las materias se realiza principalmente siguiendo a los Códigos de los países de la Europa del este, principalmente los de la República Federativa Soviética, el de la República Democrática Alemana, también Polonia y Checoslovaquia, para algunas instituciones concretas que se trasladan al Derecho cubano con la usucapión y los derechos inherentes a la personalidad. En este sentido, el Código Civil cubano adopta el siguiente sistema:

- Disposiciones Preliminares: artículos 1-21, de inspiración y procedencia española.
- Libro primero [la relación jurídica (art. 22 al 126)].
- Libro segundo: Derecho de Propiedad y otros derechos sobre bienes (arts. 127-232).
- Libro tercero: Derecho de Obligaciones y contratos (arts. 233-465).
- Libro cuarto: Derecho de Sucesiones (arts. 466-547).

## 1. PERSONA NATURAL

### DERECHOS INHERENTES A LA PERSONALIDAD

En la legislación civil anterior a 1959 existieron ciertos antecedentes históricos reflejados en la Constitución de 1940, y en los que se protegía el derecho a la vida, artículo 25 (se prohibía la pena de muerte); artículo 20, se protege la dignidad humana, y en los artículos 30 y 33, se respetaba la libertad de movimiento y expresión.

En el ámbito del Derecho laboral cubano de los años cincuenta, existía alguna ley especial sobre la protección a la vida y la integridad física del trabajador, y alguna sentencia de la época se pronunciaba sobre el particular, pero lo cierto es que la idea jurídica quedaba aún en el marco de protección puramente patrimonial.

En el actual Código cubano se introdujo un único artículo, referido a la materia, inspirado del Código checo, que era mucho más completo.

Artículo 38: «La violación de los derechos inherentes a la personalidad, consagrados en la Constitución, que afecte al patrimonio o al honor de su titular, confiere a éste o a sus causahabientes la facultad de exigir:

- a) el cese inmediato de la violación o la eliminación de sus efectos, de ser posible;
- b) la retractación por parte del ofensor; y
- c) la reparación de los daños y perjuicios causados.

El mencionado artículo sólo brinda expresamente protección contra la lesión del honor y el patrimonio a través de la violación de los derechos constitucionales, y las medidas a aplicar en caso de lesión, son las anteriormente referidas, sin embargo, en caso de lesión al honor, no puede aplicarse la reparación de daños y perjuicios, así se desprende del artículo 88 del propio Código Civil.

¿Las acciones civiles para hacer efectivos estos derechos podrán ser ejercitadas acumulándolas a un proceso penal o mediante el ejercicio independiente ante la jurisdicción civil?

No resulta objetivo de la Conferencia adentrarnos en el Derecho Penal cubano, pero la interrelación de las distintas materias nos hace acercarnos y en ocasiones hasta confundir el tema cuando existe, como en el caso cubano, un vacío de derecho y legislación en la solución a brindar, es por ello necesario remitirse a la peculiaridad de la Ley Procesal cubana, Ley 5 de 13 de agosto de 1977, que a diferencia de la ley española, otorgó a los órganos de la policía la función principal en el desarrollo de la fase preparatoria del juicio oral.

El artículo 157 de la Ley de Procedimiento Penal contiene una única regla sobre la investigación a realizar en esta fase y sus fuentes: «Se llevará siempre el expediente de certificación de los antecedentes penales del acusado. Si el actuante considera necesario o conveniente pedir informes de la conducta del acusado, lo solicitará de la policía o de los organismos que estime oportuno y mediante declaración de las personas que pudieran ofrecer antecedentes sobre ella».

La falta de precisión en la fuente informativa conlleva en la práctica a informaciones subjetivas que pueden tipificarse en las figuras delictivas sancionadas en el Código Penal: artículo 320, injuria; artículo 319, calumnia, y artículo 154, acusación falsa.

En lo civil, sin embargo, no existe para la protección de éste y cualquier otro derecho de la personalidad violado, los propios autores del Código Civil defendían la solución de tramitar por el Procedimiento Ordinario (proceso de conocimiento de la Ley procesal cubana —art. 223.3—) estas reclamaciones, otra corriente académica defendía la incorporación de un proceso ágil y rápido a la ley procesal, y una tercera posición intentaba buscar una solución llevando la violación de los derechos de la personalidad por el proceso de amparo en la posesión de la ley cubana, solución, a mi modo de ver, descabellada, porque es como conceder la absoluta identificación patrimonial al derecho inherente de la persona dañado. De todas formas, ninguna de estas posiciones pasaron de la reflexión doctrinal y no existe acuerdo del Tribunal Supremo que aplique una instrucción para estas determinadas situaciones jurídicas.

El Código Penal reprime los delitos contra el honor y tipifica como tales la difamación, la calumnia y la injuria. Dentro de esta última figura delictiva se incrimina al que, de propósito, por escrito o de palabra, por medio de dibujos, gestos o actos, ofenda a otro en su honor.

## 2. PERSONAS JURIDICAS

### TIPOS DE PERSONAS JURÍDICAS EN EL CÓDIGO CIVIL CUBANO

La ley cubana señala las nuevas personas jurídicas que pueden constituirse en el sistema jurídico-económico vigente, así el artículo 39.2 define:

— Son personas jurídicas, además del Estado:

- a) Las empresas y uniones de empresas estatales.
- b) Las cooperativas (entiéndase de producción agrícola exclusivamente).
- c) Las organizaciones políticas, de masas sociales y sus empresas.
- ch) Las sociedades y asociaciones constituidas de conformidad con los requisitos establecidos en las leyes.
- d) Las fundaciones: conjunto de bienes creado como patrimonio separado por acto de liberalidad del que era su propietario, para dedicarlos al cumplimiento de determinado fin permitido por la ley sin ánimo de lucro y constituidas de conformidad con los requisitos establecidos en las leyes.
- e) Las empresas no estatales autorizadas para realizar sus actividades, y
- f) Las demás entidades a las que la ley confiere personalidad jurídica.

De la anterior enumeración del Código Civil quedan excluidos los órganos y organismos del Estado y las demás unidades presupuestadas. Reconocerles a tales organismos la condición de personas jurídicas independientes implicaría admitir su capacidad para disponer de su patrimonio, lo que en realidad no es así, porque están sometidos al sistema de centralización económica que mantiene el Estado cubano.

### *Inscripción obligatoria de las personas jurídicas*

La falta de inscripción puede comportar una sanción penal para los promotores o asociados de una persona jurídica, pues será ilícita la entidad que no se inscriba en el organismo estatal correspondiente (art. 239 del Código Penal).

Los registros variarán en dependencia del tipo de persona jurídica, así por ejemplo, en el caso de las cooperativas —(SOLO AGRICOLAS), la Ley 36 de 22 de julio de 1982, dispone en su art. 12— las cooperativas de que se trata tienen personalidad jurídica propia a partir de su inscripción en el Registro del Comité Estatal de Estadística, se incluye a las cooperativas de créditos. Las ORGANIZACIONES POLITICAS, SOCIALES Y DE MASAS reconocidas en los artículos 5, 6 y 7 de la Constitución, sin embargo, no aparecen registradas.

### *Sociedades civiles*

El Código Civil completa la normativa de esta forma de persona jurídica en sus artículos 396 y 397, cuando establece que se requiere para su consti-

tución autorización del organismo estatal competente, y señala que sólo adquirirá personalidad jurídica cuando quede inscrita en el Registro Público correspondiente, se incluye dentro de las sociedades civiles los despachos de abogados que no se subordinan a la Organización Nacional de Bufetes Colectivos, y sí al Ministerio de Justicia donde quedan registrados, para estas sociedades rige con alguna normativa complementaria el Decreto-ley 77 de 20 de enero de 1984.

### *Asociaciones*

Las personas jurídicas que se constituyan, sin fines de lucro, en el ejercicio del Derecho, según la Constitución cubana, artículo 53, adquirirán sólo su personalidad cuando se inscriban en el Registro de Asociaciones habilitados en el Ministerio de Justicia, artículo 18 de la Ley de Asociaciones, Ley 54 de 27 de diciembre de 1985. El principio de asociarse queda limitado por el artículo 62 de la Constitución, y su cumplimiento resulta punible.

Sobre asociaciones constituidas con fines religiosos, la DISPOSICION TRANSITORIA CUARTA de la propia Ley 54 dispuso que conservarán su actual status jurídico hasta tanto se promulgue la Ley de cultos. Queda vigente la Orden Militar número 487, de 2 de diciembre de 1900, que regula el registro de cultos autorizados para ritos de matrimonios religiosos, una ley promulgada durante la intervención norteamericana. Esta normativa es válida para las fundaciones que quedan inscritas también en el Ministerio de Justicia y se guían por sus estatutos fundacionales, al menos es el caso de la Fundación de Cine Latinoamericano.

### *Empresas no estatales*

La incorporación de este tipo de persona jurídica en el Código Civil cubano no estaba dirigido precisamente para el reconocimiento de las empresas extranjeras que comenzaban a constituirse en forma de empresas mixtas, y sí para las representaciones con una ley especial en el momento de promulgarse el Código Civil. En el Derecho histórico cubano ya se había establecido el Registro Central de Compañías en la década de los cincuenta, y en cuanto a las Sociedades Anónimas se ordenó en su día la inscripción obligatoria en el Registro General de Sociedades Anónimas creado en el Negociado del Registro de Bancos, Empresas, Compañías y Comerciantes de la Dirección de Comercio (Decreto 2554 de 12 de septiembre de 1940). Ambos registros fueron transferidos al Ministerio de Justicia, organismo rector de la actividad registral, conforme al Decreto-ley 67 de 19 de abril de 1983. Lo mismo

sucedió en el Registro de Ferrocarriles, que por Ley 70 de 13 de febrero de 1959, quedó virtualmente desactualizado y en desuso.

En el caso de las SOCIEDADES ANONIMAS expresamente, aunque el Código de Comercio autorizaba originalmente a que las acciones se emitieran al portador, la Ley 498 de 19 de agosto de 1959 creó la Comisión Nacional de Valores y Bolsas, a la cual debía informarse de las actividades relacionadas con los valores de cualquier clase y su mercado. Según el artículo 70 de la Ley 498, de las acciones de cualquier clase que emitan las compañías de carácter público serán nominativas, y la Disposición Transitoria tercera de la propia ley otorgó un plazo de un año a partir de su vigencia para que las compañías anónimas de carácter público procedieran a convertir en nominativas las acciones del portador que hubieran emitido. Es por esta razón que en la primera Ley de inversiones, el Decreto-ley 50/82, el artículo 6 establecía que las empresas mixtas que se constituyan a su amparo adopten la forma de anónimas por acciones nominativas. En el actual gobierno esta decisión fue originada para eliminar el temor a la clandestinidad implícita en las acciones al portador.

En la legislación cubana vigente todas las empresas extranjeras sean mixtas, totalmente extranjeras o representaciones, deben quedar inscritas en el registro que organiza y regula la Cámara de Comercio de la República de Cuba, al igual que los contratos de asociación económica.

Entre las empresas no estatales señalamos que se consideraran incluidas las representaciones extranjeras que fueron aprobadas por el Decreto 145, de 22 de julio de 1988, y que fue derogado y sustituido por el Decreto 206/96, de 24 de mayo, y reconoce a las sucursales.

En definitiva, las personas jurídicas que reconoce el actual Código cubano están en relación directa con las formas de propiedad que aparecen autorizadas en la Constitución cubana y en la propia Ley Civil.

### 3. FORMAS DE PROPIEDAD EN EL SISTEMA JURIDICO CUBANO

La Constitución y el Código Civil admiten como formas de propiedad: la propiedad estatal, la propiedad de las cooperativas de producción agropecuaria, la propiedad de las organizaciones políticas, sociales y de masas, la propiedad personal y otras formas de propiedad. Analicemos cada una de ellas.

#### PROPIEDAD ESTATAL

Es la principal y más fuerte forma de propiedad reconocida en la Constitución como propiedad socialista, formada a partir de las leyes nacionaliza-

doras y que se ha seguido nutriendo de leyes confiscatorias. En la reforma constitucional de 1992 se estableció una modificación con respecto a esta forma de propiedad, así el artículo 15 del texto constitucional de 1976 establecía el carácter irreversible de la propiedad estatal, y en 1992 se modifica el siguiente acápite:

*«No pueden ser transmitidos a personas naturales o jurídicas, SALVO los casos excepcionales en que la transmisión total o parcial de algún objetivo económico se destine a los fines del desarrollo del país, previa aprobación del Consejo de Ministros o su Comité Ejecutivo».*

El CODIGO CIVIL de fecha anterior a la reforma constitucional —recordar que fue publicado en Gaceta Oficial Extraordinaria el 15 de octubre de 1987— no admite, sin embargo, la venta a terceras personas:

*Artículo 138.1. Los inmuebles e instalaciones que constituyen propiedad estatal no pueden transmitirse en propiedad a personas naturales o jurídicas.*

*3. Los bienes a que se refiere el apartado 1 de este artículo no pueden ser ofrecidos en garantía ni embargados, excepto que la Ley disponga otra cosa.*

La Propiedad Estatal además acrece:

- Con los bienes que hayan sido objeto de actos cuya nulidad se declare, siempre que quienes hayan intervenido en ellos hayan procedido de mala fe (art. 75 del Código Civil).
- Con los bienes de quienes fallezcan sin dejar herederos, sin declaratoria de herederos al respecto (art. 546 del Código Civil).

#### PROPIEDAD DE LAS ORGANIZACIONES POLÍTICAS

La Constitución reconoce también esta forma de propiedad. Son Organizaciones que refuerzan la vida del Estado, funcionan muy cerca de él, y tienen su razón de ser precisamente por el tipo de Estado de que se trata y constitucionalmente se les reconoce patrimonio propio (art. 22 de la Constitución, arts. 141-144 del Código Civil).

#### PROPIEDAD DE LAS COOPERATIVAS DE PRODUCCIÓN AGROPECUARIA

Es una forma de propiedad que nace de la agrupación de los pequeños propietarios de tierra, dedicados a la labor de éstas. La Constitución las admite en el artículo 20, con las siguientes particularidades:

*«Los agricultores pequeños tienen derecho a asociarse entre sí, en la forma y con los requisitos que establece la ley, tanto a los fines de la producción agropecuaria como a los de obtención de créditos y servicios estatales.*

Se autoriza la organización de cooperativas de producción agropecuaria en los casos y en la forma que la ley establece. Esta propiedad cooperativa es reconocida por el Estado y constituye una forma avanzada y eficiente de producción socialista.

Las cooperativas de producción agropecuaria administran, poseen, usan y disponen de los bienes de su propiedad, de acuerdo con lo establecido en la ley y sus reglamentos.

*Las tierras de las cooperativas no pueden ser embargadas ni gravadas, y su propiedad puede ser transferida a otras cooperativas o al Estado, por las causas y según el procedimiento establecido en la ley».*

El Código Civil reproduce el texto constitucional y fija algunos detalles en los artículos 145-149, donde quedan reflejadas las limitaciones de esta forma de propiedad según el propio artículo 149.

Esta forma de propiedad queda regulada también en una ley especial, la Ley 36 de 22 de julio de 1982, publicada en Gaceta Oficial, Edición Ordinaria, en fecha 22 de julio del propio año. En ella se destacan los siguientes artículos:

*Artículo 18. El miembro de una cooperativa no puede pertenecer simultáneamente a otra cooperativa, ni ser poseedor de tierra rústica, ni mantener otra actividad laboral, ni conservar medios de producción propios al integrarse a la cooperativa.*

Artículo 25. El cooperativista que por su voluntad u otra causa se separe de la cooperativa, sólo tiene derecho a percibir el importe no amortizado de los bienes que aportó.

Artículo 26. La tierra propiedad de la cooperativa sólo puede transmitirse por razón de utilidad pública e interés social y por permuta que beneficie a la cooperativa y siempre previa autorización del Ministerio de Agricultura.

Artículo 27. Se prohíbe el usufructo, arrendamiento, aparcería, préstamos hipotecarios y cualquier otra forma de gravamen o cesión parcial a favor de particulares.

*Artículo 35. Sólo por excepción, con carácter transitorio y por carecer la cooperativa de condiciones, la Asamblea general de miembros puede autorizar la crianza de animales en forma individual o familiar. Igual autorización requieren los cooperativistas para la tenencia en el área de la cooperativa de animales de uso personal o familiar.*

## PROPIEDAD DE LOS AGRICULTORES PEQUEÑOS

En la Constitución de 1976 quedó establecida sin sufrir modificaciones en cuanto a las «facultades» que se derivan de ella (art. 19), el Código Civil concreta algunas de dichas facultades de una manera muy elocuente:

*Código Civil, artículo 152. 1. Los agricultores pequeños están obligados a mantener, explotar y utilizar adecuadamente la tierra y sus demás bienes relacionados con la producción agropecuaria y forestal.*

*2. El incumplimiento sin causa justificada de lo dispuesto en el apartado anterior puede dar lugar a la expropiación de los bienes.*

La facultad de uso se convierte en obligación, con sanción expropiatoria.

En los artículos 153 y 154 del Código Civil quedan prohibidas las facultades de disposición y gravamen:

*Artículo 153. Los agricultores pequeños sólo pueden incorporar sus tierras a cooperativas de producción agropecuaria o a empresas estatales, o venderlas, permutarlas o transmitir las por cualquier título a otros agricultores pequeños. En todo caso es necesaria la previa autorización del organismo estatal competente y el cumplimiento de los demás requisitos legales.*

*2. En caso de venta, el Estado tiene derecho preferente para la adquisición mediante el pago del precio legal.*

*3. La transmisión de tierras al Estado sólo se puede realizar a través del organismo estatal competente.*

*Artículo 154. Las tierras pertenecientes a los agricultores pequeños no pueden ser objeto de arrendamiento, aparcería, préstamo hipotecario o de otro acto jurídico que implique gravamen o cesión a particulares de los derechos emanados de su propiedad.*

## PROPIEDAD PERSONAL

## ¿SOBRE QUE SE SUSTENTA Y NUTRE LA PROPIEDAD DEL CIUDADANO CUBANO RESIDENTE EN LA ISLA?

Es interesante, en primer lugar, establecer esta distinción poco creíble en cualquier país occidental, dependerá si el ciudadano cubano ha quedado autorizado o no para quedar domiciliado en su país por las leyes migratorias del Estado cubano, sólo los cubanos residentes en la isla tendrán derecho a la propiedad personal que ampara el Código Civil, ¿los otros? Pueden haber quedado afectados por leyes confiscatorias si se considera que abandonaron el país y ahora podrán adquirir como no residentes los bienes inmuebles que el Estado oferta como inversión, esta realidad la analizaremos más adelante,

así que por el momento regresemos a la situación del ciudadano cubano residente en el país y sujetos a «la propiedad personal». Esta forma de propiedad aparece reconocida en la Constitución y en el Código Civil cubano, en apenas tres artículos, de ellos destacamos alguno de ellos.

Artículo 157. Pueden ser de propiedad personal:

- a) Los ingresos y ahorros provenientes del trabajo propio.
- b) La vivienda, casa de descanso, solares yermos y demás bienes adquiridos por cualquier título legal.
- c) Los medios e instrumentos de trabajo personal o familiar.

Artículo 158. Los bienes de propiedad personal que constituyen medios o instrumentos de trabajo personal o familiar no pueden ser utilizados para la obtención de ingresos provenientes de la explotación del trabajo ajeno.

Artículo 159. La Ley establece la cuantía en que son embargables los bienes de propiedad personal.

La escasa normativa sobre esta forma de propiedad en el Código Civil queda explicada porque es precisamente en este punto donde se observa la diseminación legislativa del Derecho Civil cubano, normas especiales con gran influencia administrativa determinan la regulación legal de la propiedad personal de acuerdo al tipo de bien que se pretenda adquirir.

La vivienda, dentro de este grupo, es el bien más valioso en el patrimonio del ciudadano cubano y ha quedado sujeta principalmente a una ley especial, denominada Ley General de la Vivienda, de fecha 23 de diciembre de 1988, ley que en esencia mantiene el mismo principio de la Ley de Reforma Urbana de 14 de octubre de 1960, norma donde quedó prohibida la compraventa entre particulares, así como cualquier otro tipo de gravamen sobre bienes inmuebles. En la actual Ley de la Vivienda, tanto la compraventa como la donación quedan sujetas a previa autorización administrativa y el Estado podrá optar por el derecho de tanteo sobre el bien inmueble que se pretende transmitir, así que estos contratos han quedado desechados en la práctica jurídica nacional cubana, imperando entonces como negocio jurídico tipo, la permuta, sin embargo este contrato también ha quedado sujeto a restricciones derivadas, por ejemplo, de la ubicación de las viviendas que se pretenden permutar, en este sentido se han declarado «zonas congeladas» varios barrios de la capital habanera, tales como Miramar, Vedado, Habana Vieja, Centro Habana y todas las zonas de playas. En 1995 se firmó también una Resolución Conjunta del Instituto Nacional de la Vivienda, el Ministerio del Interior y el Ministerio de Justicia, que revitaliza la Ley 989, de 5 de diciembre de 1961, donde quedaban confiscados los bienes de las personas que después de tres meses de autorización fuera del territorio nacional, no regresaban al país. La Resolución Conjunta ha declarado nulas de pleno derecho las permutas realizadas si

los permutantes emigran del país dentro de los cuatro años siguientes a la presentación de la solicitud de la donación o permuta.

Así que la permuta como contrato tipo en el Derecho cubano aún y cuando sigue siendo el fundamental, ha cedido espacio jurídico al contrato de arrendamiento como forma social de solucionar el lugar donde vivir en Cuba.

La Ley de Reforma Urbana de 14 de octubre de 1960, prohibió el arrendamiento de bienes inmuebles, pero en 1987 la aprobación de la Ley General de la Vivienda introdujo nuevamente la posibilidad de arrendar, si bien no la vivienda, sí hasta un máximo de dos habitaciones de la misma (art. 74). El Código Civil cubano trasladó los artículos básicos del Código español, en cuanto a norma de arrendamiento de bienes inmuebles (arts. 389-395), manteniendo la tácita reconducción en el artículo 392. La afluencia de turismo en la isla obligó al Estado a aprobar el 15 de mayo de 1997, el Decreto-ley 71, «Sobre el arrendamiento de viviendas, habitaciones o espacios», modificando el artículo 74 de la Ley General de la Vivienda, normativa que admite el arrendamiento de viviendas y habitaciones, siempre que se inscriba el contrato de arrendamiento en la Dirección Municipal de la Vivienda. Esta disposición, no obstante, prohíbe el arrendamiento a personas jurídicas y representantes de firmas, así como para realizar actividades lucrativas de carácter comercial, industrial o de servicios. En la norma se incluyen multas por incumplir el trámite obligatorio de la inscripción que oscilan entre doscientos y mil ochocientos dólares.

El arrendamiento ha sido, sin embargo, y a pesar de estas medidas de control estatal, una nueva forma de mercado nacional, por lo que el 17 de agosto de 1998, mediante Resolución de la Vivienda 379, se modifica nuevamente el artículo 74 de la Ley General de la Vivienda y la norma anterior con las siguientes variantes:

- a) Se sustituye el requisito de inscripción después de concertado el contrato por solicitud de inscripción con carácter previo.
- b) Se requiere declaración jurada ante notario en la que conste que ninguno de los convivientes ejercen actividad por cuenta propia o se dedican a actividades de transportistas.
- c) Para la autorización se necesita, previamente, la inscripción en el Registro del Contribuyente.
- d) Es obligación del arrendador fijar una pegatina otorgada por dicha Dirección Municipal de la Vivienda que será de color rojo o azul, según sea el arrendatario nacional o extranjero.

#### OTRAS FORMAS DE PROPIEDAD

De forma paralela a este sistema jurídico de índole nacional, coexiste la autorización reciente de una forma de propiedad, derivada únicamente de la

propiedad estatal, y legalizada en la Reforma constitucional de 1992, con la introducción del artículo 23 de la actual Ley Fundamental cubana:

*«El Estado reconoce la propiedad de las empresas mixtas, sociedades y asociaciones económicas que se constituyen conforme a la ley.*

*El uso, disfrute y disposición de los bienes pertenecientes al patrimonio de las entidades anteriores se rigen por lo establecido en la ley y los tratados, así como por los estatutos y reglamentos propios por los que se gobiernan».*

#### ANTECEDENTES

En el año 1982 se promulgó el Decreto-ley 50, «Sobre Asociaciones Económicas entre entidades cubanas y extranjeras», con la idea de exportar empresas cubanas y dejarlas asociadas en otros países con capital de aquéllos, en Libia, por ejemplo, se acometieron algunas obras de construcción bajo esta forma de persona jurídica, pero la norma aprobada permitía a la vez invertir en Cuba con cierta cobertura legal anticonstitucional, de hecho la inversión en el país no ocurrió hasta finales de la década de los ochenta, cuando la situación económica así lo obligó. La aplicación de esta única ley como garantía jurídica del inversor conllevaba serias limitaciones además de la inconstitucional, tales como: la inversión quedaba limitada a los derechos reales de usufructo y superficie, en forma de arrendamientos, autorizadas únicamente por una Comisión del Consejo de Ministros o el propio Gobierno, y con una limitación de inversión foránea del 49 por 100 como máximo, además las entidades estatales controlan y contratan la mano de obra cubana. El artículo 15 de la Constitución cubana de 1976, declaraba el carácter indivisible de la Propiedad Estatal y esto no daba posibilidad de privatización en la propiedad conformada precisamente en un largo proceso de expropiaciones y confiscaciones.

La primera norma cubana después de 1959 que realmente ofrece una variación dentro del sistema jurídico conformado en este período, después de la Reforma constitucional de 1992, es la Ley de Minas, Ley 76, de 22 de enero de 1995, donde admite la inversión en recursos naturales, mediante concesión administrativa y previo pago de un simbólico canon. La ley queda obligada, como ocurrirá en adelante a introducir en sus primeros artículos, un glosario, un diccionario jurídico que define conceptos desaparecidos del Derecho cubano como, por ejemplo, la servidumbre.

En el propio año 1995 se aprueba por Gaceta Oficial de 5 de septiembre, la Ley 77/95, una ley corta de 58 artículos, una Disposición especial, tres Disposiciones Transitorias y dos Disposiciones Finales.

#### 4. PROGRESOS QUE LEGISLATIVAMENTE INCLUYE LA ACTUAL LEY DE INVERSIONES CUBANA

Con relación al Decreto-ley 50 de 1982, la Ley 77/95, resulta una declaración de principios jurídicos que pudieran haber resultado un verdadero impulso económico en el país con la inversión de capitales extranjeros si esta Ley de inversiones se hubiera aprobado dentro de un sistema jurídico en vías de modernidad y actualización internacional en cuanto a las relaciones comerciales en los países de Occidente.

La Ley actual se diferencia de la anterior en los siguientes y fundamentales puntos:

1. Se admite la inversión en todos los sectores de la economía (art. 10).
2. Pueden realizarse inversiones mediante acciones o en otros títulos valores (inversiones indirectas, art. 11).
3. La empresa mixta no queda sujeta a una limitación restrictiva de capital extranjero, por la ley, todo dependerá del acuerdo entre las partes y la autorización gubernamental (art. 13).
4. Se admite la empresa de capital totalmente extranjero (art. 15).
5. La empresa totalmente extranjera puede ser unipersonal (art. 15).
6. Se introduce un capítulo dedicado a las garantías de los inversionistas, donde queda prevista la expropiación por razones de utilidad pública o interés social, con previa indemnización.

#### 5. OBSTACULOS PARA LA INVERSION EXTRANJERA QUE SUBSISTEN EN LA LEY 77/95

1. La autorización para realizar la inversión queda en la generalidad de los casos en la aprobación directa del Consejo de Ministros (art. 21) por lo que la decisión económica depende en estos momentos y se vincula más a la decisión y situación política del país.

2. La introducción del capítulo dedicado a las garantías de los inversionistas no prevé la oposición a la declaración de utilidad pública, por lo que potestad discrecional que concedió en su día la inversión no queda legalmente sujeta a respetar tal decisión adoptada.

3. Las facultades de disposición del inversionista en la parte accionarial de la empresa mixta o en las propiedades que adquiriera, quedan sujetas al derecho preferencial de tanteo por parte del Estado cubano, y en todo caso de la autorización estatal para realizar cualquier operación traslativa con tercero (art. 6.1.2).

4. La autorización gubernamental (Consejo de Ministros) fija las cláusulas contractuales bajo las condiciones a que está sometida la inversión (art. 24).

5. El derecho real de propiedad admitido en la Ley 77/95, para adquirir bienes inmuebles en Cuba, no tiene contenido jurídico en la legislación civil cubana, es un derecho real vacío y sujeto a improvisaciones doctrinales extranjeras, que se aplican por intuición o sentido común, pero no porque el sistema jurídico cubano así lo haya reconocido, es necesario recordar que la analogía, la jurisprudencia y la costumbre han sido rechazadas como fuentes del sistema jurídico cubano actual. El voluntarismo normativo que crea una legislación paralela y ajena a la nacional puede —como lo hace— echar mano de la doctrina contemporánea en algunos puntos, como puede rechazarla cuando lo considere oportuno desde el punto de vista político, ¿legalidad?, ¿garantía jurídica?, lo cierto es que sobre estas bases y no otras se está construyendo la inversión extranjera en Cuba.

6. Las empresas mixtas aprobadas siguen conservando la primacía estatal en su participación accionarial.

7. La contratación laboral sigue siendo controlada por una entidad estatal que suministra la fuerza de trabajo nacional, circunstancia que atenta contra la fiabilidad y lealtad al empresario extranjero, que no contrata pero paga (art. 33, Ley 77/95).

## 6. OTRAS NORMAS QUE CONFORMAN EL SISTEMA LEGAL DE LA INVERSION EXTRANJERA EN CUBA

En la Ley 77/95 se aprueban como formas de inversión, además de la empresa mixta, el contrato de asociación económica internacional y la empresa de capital totalmente extranjera, otras modalidades de capital extranjero que han necesitado de normas especiales para definir su contenido, así por ejemplo, contradictoriamente el artículo 13.6 de la Ley 77, dispone: «las empresas mixtas pueden crear oficinas, representaciones, sucursales y filiales, tanto en el extranjero, así como tener participaciones en entidades en el exterior».

Por otra parte se considera como empresa de capital totalmente extranjero al inversionista extranjero en empresa de capital totalmente extranjero que como persona natural o jurídica dentro del territorio nacional cubano, cree una filial cubana de la entidad extranjera de la que es propietario, bajo la forma de una compañía anónima por acciones nominativas e inscribiéndolas en el Registro de la Cámara de Comercio de la República de Cuba (art. 15.2).

Es curiosa la terminología que introduce la Ley 77/95 con la consideración de filial, que puede en última instancia relacionarse con representaciones, lo cierto es que antes de la Ley de Inversiones existía el Decreto 145, de 22 de junio de 1988, sobre Reglamento del Registro Nacional de Representaciones Extranjeras, adscrito a la Cámara de Comercio de la República de Cuba, y

durante años estas representaciones funcionaron en Cuba comercialmente, dicha norma ha sido sustituida por el Decreto 206, de 24 de mayo de 1996, que regula el Reglamento del Registro Nacional de Sucursales y Agentes de Sociedades Mercantiles Extranjeras. El artículo 2 del Decreto define como:

- Sociedad mercantil. Persona jurídica que se dedica a realizar actos de comercio, con domicilio en el extranjero.
- Sucursal. Establecimiento perteneciente a una sociedad mercantil, o un empresario individual radicado en el territorio nacional para realizar operaciones comerciales que le sean autorizadas.
- Agente. Entidad nacional, previamente autorizada por el Ministerio de Comercio Exterior, que se obliga mediante contrato de agencia, a promover actos de comercio a nombre y en representación de una sociedad mercantil o un empresario individual.

El Decreto determina en cuanto a la operación de la sucursal:

- Tanto la sucursal como el agente están obligados a inscribirse en la Cámara de Comercio de la República de Cuba.
- La persona que actúe como representante de una sucursal deberá ser ciudadano extranjero.
- Sólo se concederá la actuación como agentes a las entidades cubanas de comercio exterior.
- Las sucursales y los agentes sólo podrán operar en el territorio cubano, una vez que hayan obtenido su inscripción y se les haya otorgado una licencia (art. 19).

#### LEGISLACIÓN BANCARIA

La Ley 77/95 determinó en su artículo 26, que: «Las empresas mixtas, los inversionistas extranjeros y los inversionistas nacionales partes en contratos de asociación económica internacional, conjunta o indistintamente, y las empresas de capital totalmente extranjero, abren cuentas en moneda libremente convertible en cualquier Banco del Sistema Bancario Nacional, a través de las cuales efectúan los cobros y pagos que generan sus operaciones».

Lo cierto ha sido que los Bancos nacionales no estaban «preparados» comercial ni jurídicamente para este proceso, por lo que ha sido necesario, en principio, reestructurar, al menos legislativamente, el Sistema Bancario Nacional mediante los Decretos 172 y 173 de 28 de mayo de 1997.

El Decreto 172/97 crea el Banco Central de Cuba, que sustituye al Banco Nacional de Cuba. El Decreto 173/97, por su parte, autoriza las Instituciones Financieras y las Oficinas de Representación de Bancos extranjeros en Cuba, definiendo como tales:

- a) **INSTITUCION FINANCIERA.** Toda entidad jurídica constituida con arreglo a las leyes cubanas o extranjeras, cuyo objeto social sea realizar actividades de intermediación financiera. La definición abarca tanto a los Bancos como a las instituciones financieras no bancarias.
- b) **INSTITUCION FINANCIERA NO BANCARIA.** Toda entidad jurídica constituida con arreglo a las leyes cubanas o extranjeras que cuente con corredores o agentes de negocios en dinero que realicen actividades de intermediación financiera, tales como arrendamientos financieros, de bienes muebles o inmuebles, de administración de carteras de cobro o factoraje (factoring), compañías o casas financieras de operaciones de fideicomiso (en trust) de fondos mutuales de inversión.
- c) **OFICINAS DE REPRESENTACION.** Aquellas oficinas autorizadas a actuar en el territorio nacional como representantes de instituciones financieras por orden y cuenta de su Casa Matriz, y que no realizan operaciones activas o pasivas bancarias o financieras no bancarias.
- d) **SUCURSAL.** Oficina de una institución financiera que realiza negocio de intermediación financiera como dependencia de su casa matriz.

Es interesante apreciar la influencia de terminología anglosajona en estas leyes bancarias, la explicación puede brindarse, en primer lugar, porque los intentos de fondos de inversión en Cuba han sido de origen inglés, además, reitero que la falta de Derecho para el comercio en Cuba permite que las velas giren en cualquier sentido que la brisa corra.

#### LEGISLACIÓN FISCAL

A los principios fiscales fijados en la Ley 77/95, en donde se ofrece diferente tratamiento que para los nacionales, a los que se les aplica otra norma impositiva, ha quedado incorporado una serie de disposiciones complementarias en esta materia fiscal. En la Ley 77/95 se fijan las siguientes tasas impositivas:

- El impuesto sobre utilidades netas es del 30 por 100, en caso de las empresas mixtas.
- El impuesto sobre utilidades netas, en caso de explotación de recursos naturales o empresas totalmente extranjeras, es del 50 por 100.
- Impuesto sobre utilización de fuerza de trabajo y seguridad social, el que se aplicará sobre la totalidad de los salarios y demás ingresos que por cualquier concepto perciban los trabajadores.

En el propio año 1995 se aprobó la Resolución 33/95, del Ministerio de Finanzas y Precios, de 27 de diciembre, sobre Impuesto sobre utilidades. La Resolución define los sujetos pasivos del impuesto en los artículos 3 y 4, y de ellos destacamos:

Artículo 3. Son sujetos pasivos del impuesto, de acuerdo a lo establecido en la Ley, las personas jurídicas cubanas y extranjeras, cualquiera que sea su forma de organización o régimen de propiedad, que se dediquen en el territorio nacional al ejercicio de actividades comerciales, industriales, constructivas, financieras, agropecuarias, pesqueras, de servicios, mineras o extractivas en general, y cualesquiera otras de carácter lucrativo.

Artículo 4. ...se entenderá que una persona jurídica está gravada con el impuesto siempre que tenga en la República de Cuba un establecimiento permanente, lugar fijo de negocios o representación para contratar en nombre y por cuenta de su empresa.

En esta Resolución se observa una modificación impositiva con respecto a la Ley 77/95, según aparece dispuesto en sus artículos 8 y 9.

Artículo 8. La base del impuesto estará constituida por la utilidad neta imponible, que se determinará por la suma de todos los ingresos devengados en el año fiscal, excluidos los gastos deducibles, la compensación de bases imponibles negativas de ejercicios anteriores y las reservas o provisiones autorizadas a crear antes del impuesto, de acuerdo con las normas contenidas en el Reglamento.

Artículo 9. Los sujetos del impuesto, de acuerdo con lo establecido en la Ley, pagarán el impuesto aplicando un tipo impositivo del 35 por 100 sobre la utilidad neta imponible.

Antes de la normativa señalada y aún anterior a la Ley 77/95, son las Resoluciones 9 y 10, de 4 de mayo de 1994, donde se disponen las multas por incumplir la obligación de presentar los estados financieros.

Sobre normativa fiscal destacamos también las que se refieren a los impuestos sobre transporte terrestre y sobre documentos, la primera de 17 de septiembre de 1997, y la segunda de 23 de abril de 1998, Resolución 12/98.

#### LEGISLACIÓN LABORAL

Se han dictado normas complementarias a la actividad laboral en casos de empresas inversoras, hasta el momento, la legislación complementaria sigue y ratifica la función de la entidad empleadora como fuente de fuerza laboral. Ello se desprende, al menos, de la Resolución 3/96, de 24 de mayo, aprobada por el Ministerio de Seguridad Social, que ampara el Reglamento sobre el Régimen Laboral en la Inversión Extranjera.

En este Reglamento se establecen dos relaciones diferentes para llegar a emplear mano de obra cubana, pues, como regla general, los trabajadores serán cubanos o extranjeros residentes (art. 5).

#### RELACIONES ENTRE LA ENTIDAD EMPLEADORA, LAS EMPRESAS Y SOBRE LA REMUNERACIÓN EN MONEDA LIBREMENTE CONVERTIBLE

##### *Contrato de suministro de fuerza de trabajo*

La empresa inversora presenta a la entidad empleadora su demanda de fuerza de trabajo, en la que se especifica: profesiones, cantidad de trabajadores, características laborales de los mismos y período de entrega, requerimientos todos que se formalizarán mediante un documento que se denomina «Contrato de suministro de fuerza de trabajo».

El contrato de suministro de fuerza de trabajo, concertado por escrito entre la entidad empleadora y la empresa inversora, como representante sin mandato, es un contrato genérico que requiere, además de la identificación de las partes, la definición de los siguientes puntos:

- Salario nominal en divisas convertibles para cada profesión y cargo que integran las plantillas.
- Duración del período de prueba.
- Causas por las cuales la empresa puede solicitar la devolución de un trabajador.
- Sustitución y reemplazo de la fuerza de trabajo.
- Duración y revisión del contrato.

El Reglamento ratifica que las empresas (los inversores) abonarán a la entidad empleadora, en moneda libremente convertible, todos los haberes incluyendo los salarios, vacaciones, incrementos, pagos adicionales y compensaciones que establece la ley, de los trabajadores que integran su plantilla, con excepción de los integrantes de los Organos de Dirección.

#### RELACIONES INDIVIDUALES DE TRABAJO

##### *Del contrato de trabajo*

El Reglamento, en capítulo aparte, trata las relaciones que se establecen entre la entidad empleadora y los trabajadores que formaran parte de la empresa inversora. Al respecto el artículo 21, establece: Los ciudadanos cuba-

nos y los extranjeros residentes, permanentes en el país, con excepción de los integrantes de sus órganos de dirección, no pueden prestar servicios en las empresas si éstas no han establecido y suscrito con la entidad empleadora el Contrato de Suministro de fuerza de trabajo y si el personal previamente no ha formalizado la relación laboral con la entidad empleadora.

El Reglamento también ratifica que el pago de los haberes del personal cubano o extranjero, residente permanente en Cuba, que presta servicios en una Asociación Económica Internacional o empresa de capital totalmente extranjero, lo realiza la entidad empleadora en moneda nacional.

### *Valoración*

La contratación de los empleados por empresa interpuesta ha sido tradicionalmente prohibida y considerada como tráfico ilegal de mano de obra, asimilándola a la actividad de intermediación en el mercado de trabajo con fines lucrativos, ello ha sido así valorado porque se considera que esta figura podía atentar contra los derechos fundamentales de los trabajadores. En los países de la Unión Europea, no obstante, después de ratificar el Convenio de la Organización Internacional del Trabajo, han venido desarrollando toda una regulación sobre la actividad de la empresa de trabajo temporal, y destaco este detalle, la contratación temporal de la empresa intermediaria es uno de los requisitos de la legalidad de este contrato laboral atípico.

España se mantuvo ajena a esta modalidad, en virtud del artículo 43 del Estatuto de los Trabajadores, pero la propia necesidad de integración a la Europa de la Unión permite la legalización mediante un régimen jurídico de esta actividad, es la Ley 14/94, de 1 de junio, la normativa que regula las empresas de trabajo temporal. La propia OIT, en reciente informe, ha denunciado la violación de esta forma de contratación laboral que no queda protegida en su normativa como la española.

### LEGISLACIÓN DE LA ZONA FRANCA

El Decreto-ley 1657/96, estableció la normativa especial sobre la actividad en las zonas francas, definiendo los sujetos que formarán parte en la actividad comercial de estos lugares especiales, así queda definido:

*Operador:* La persona natural o jurídica, con domicilio en el extranjero y capital extranjero, o la persona jurídica nacional, a la que el Ministerio de Inversión extranjera, a propuesta del concesionario, autoriza a establecer en la zona franca para realizar en ella alguna o algunas de las actividades comprendidas en el marco legal de esta ocupación.

*Concesionario:* La persona natural o jurídica, con domicilio en el extranjero y capital extranjero, o la persona jurídica nacional que, en ejercicio de la concesión correspondiente y con recursos propios, fomenta y desarrolla la infraestructura necesaria y suficiente para la instalación y funcionamiento de la zona franca y asume seguidamente la dirección y administración de la misma.

A esta norma le han sucedido una serie de disposiciones especiales encaminadas a organizar la función empresarial y laboral en las zonas francas. Se destacan entre ellas, el Acuerdo 3076/96, de 14 de octubre, donde se crea la Oficina Nacional de Zonas Francas, con la principal función de tramitar todo lo relativo a la autorización y creación de la actividad desarrollada en ellas. La Resolución 61/96, del Ministerio de Finanzas, establece el Reglamento sobre el tratamiento en materia de aranceles de aduanas de las mercancías procedentes de las zonas francas. En esta disposición se destaca el artículo 2: «Las mercancías procedentes de las zonas francas que sean admitidas en el territorio nacional para ser declaradas a consumo en el mismo estado en que habrían sido introducidas en ellas, serán debidamente declaradas a la Aduana como si se tratara de mercancías importadas directamente del extranjero, a los efectos del pago de los derechos de aduanas que correspondan». La Instrucción 2/96, del Ministerio de Inversión Extranjera, fija el procedimiento para la autorización del establecimiento de los operadores en la zona franca, y en 1997 se aprueban dos Resoluciones del Ministerio para la inversión extranjera, la primera Resolución 22/97, es el Reglamento que marca el procedimiento de inicio de operaciones en una zona franca y la concesión de licencia para tales operaciones, la segunda Resolución 10/97, de 30 de junio, establece el Reglamento sobre el régimen laboral de las zonas francas, destacando en una última modificación que los empresarios extranjeros podrán conceder a sus trabajadores beneficios adicionales a los establecidos en la legislación laboral. Los beneficios que constituyen la entrega de dinero en efectivo no podrán superar el 10 por 100 del salario devengado por el trabajador en el período que sea seleccionado por el concesionario u operador. La entrega del beneficio mencionado sólo podrá realizarse en pesos cubanos convertibles. Para ello los concesionarios y operadores realizarán el cambio de las cantidades programadas a este tipo de moneda en cualquier oficina habilitada para estos fines por el Sistema Bancario Nacional.

## 7. SOBRE LA INVERSION EN LA ACTIVIDAD INMOBILIARIA

A pesar que la inversión sobre bienes inmuebles está aprobada en la Ley de Inversiones actual, la inversión realizada en este bien no puede quedar garantizada con la hipoteca.

En reciente documento informativo publicado por una de las pocas Consultorías jurídicas estatales autorizadas a trabajar con la inversión extranjera, y refiriéndose al tema de promocionar la inversión en la actividad inmobiliaria, señalaba:

*«Además de lo estipulado en la nueva Ley de Inversión Extranjera, la actividad inmobiliaria está basada en un grupo de premisas que ofrecen una mayor seguridad y garantía, tales como:*

*...resulta necesario reactivar algunas instituciones jurídicas como lo son la Hipoteca y el Registro de la Propiedad, que aunque han sufrido distintas modificaciones en el tiempo, resultan vigentes y son consustanciales al régimen inmobiliario.*

*En virtud de la naturaleza real que tiene la hipoteca como garantía en el cumplimiento de las obligaciones, su propia finalidad y muy particularmente su incidencia en el tráfico inmobiliario, aconsejan su utilización como derecho real de garantía y, consecuentemente con ello, establecen desde el punto de vista procesal, el procedimiento que permita al acreedor la realización de su crédito, todo lo cual posibilitará a las empresas inmobiliarias la obtención del financiamiento para su actividad y facilidades en la comercialización de sus inmuebles».*

Toda esta declaración de principios doctrinales me parece útil y precisamente más cuando la legislación y el sistema de Derecho cubano se ha adaptado a la no existencia de estas garantías jurídicas. Hagamos un repaso en este sentido.

a) REGISTRO DE LA PROPIEDAD EN CUBA.  
VIGENCIA DE LA LEY HIPOTECARIA

*Derechos reales en la legislación histórica*

La Ley Hipotecaria de 14 de julio de 1983, resultó sujeta a múltiples modificaciones en los primeros cincuenta años de este siglo (xx) como manera de ir adaptando la realidad económica cubana a la legislación sobre la propiedad inmueble en el país, sin embargo, es a partir de 1959, cuando la Ley Hipotecaria (que en parte rige todavía) sufrió una fuerte derogación en su articulado. Para comprender el alcance de estas modificaciones, nos remitimos a un libro de texto universitario publicado en La Habana en 1977, donde el entonces profesor del más alto centro docente del país valoraba la realidad del Derecho sobre bienes inmuebles en Cuba después de las modificaciones en su sistema jurídico.

En el citado libro se explica en la página 79: «*Los derechos adquiridos en virtud de la Ley de Reforma Urbana difieren sustancialmente de los que se derivan del artículo 348 del Código Civil. El contenido jurídico de esos derechos (se refieren a los que se adquieren por la ley de RU), en modo alguno permite catalogarlos dentro de las burguesas facultades de disponer y gozar. Por ejemplo, el artículo 29 de la Ley estatuye que sólo en la forma y condiciones determinadas por el Consejo Superior de Reforma Urbana podrán ser enajenados los bienes de ellos comprendidos. Pero este Consejo ha extendido el alcance del mencionado precepto a todos los inmuebles urbanos. Por tanto, actualmente resulta ilícita cualquier transmisión de los bienes urbanos carentes de la necesaria autorización del Ministerio de Justicia. Por otra parte, los inmuebles urbanos no son susceptibles de gravarse (párrafo tercero del art. 29 de la Ley)*». «Derecho sobre Bienes». Fascículo 2. Editado por la Universidad de La Habana, marzo de 1973.

En lo que respecta a la vivienda urbana, artículo 29 de la Ley de Reforma Urbana, de 14 de octubre de 1960, prohibió el establecimiento de gravámenes sobre esa clase de inmuebles, habiéndose transferido a favor del Estado los créditos hipotecarios existentes. Y la Disposición Transitoria tercera de la LRU prohibió a los extranjeros no residentes en Cuba la compra de bienes inmuebles.

También fueron suprimidos en el ámbito urbano, los gravámenes consistentes en censos sobre fincas ocupadas por sus propietarios o transferidas por virtud de la Ley de Reforma Urbana (acuerdo 105 del Consejo Superior de la Reforma Urbana, de 30 de noviembre de 1961, en relación con la Resolución 14 de 5 de mayo de 1971, dictada por el Ministerio de Justicia).

El artículo 34 de la Primera Ley de Reforma Agraria, de 17 de mayo de 1959, prohibió los contratos de arrendamientos, aparcería, usufructo o hipoteca.

El artículo 7 de la Segunda Ley de Reforma Agraria, de 3 de octubre de 1963, canceló los gravámenes sobre fincas rústicas, y en el artículo 21 de la Constitución de 1976 se prohibió la hipoteca cuando implicaba la constitución de un gravamen inmobiliario para garantizar créditos a favor de particulares, quedando ubicada esta prohibición constitucional en el artículo 21 de la actual Constitución, por resultar precisamente los pequeños agricultores con su forma más semejante a la propiedad privada de activar esta institución.

Por otra parte, en lo que respecta a la vivienda urbana, artículo 29 de la Ley de Reforma Urbana, de 14 de octubre de 1960, prohibió el establecimiento de gravámenes sobre esa clase de inmuebles, habiéndose transferido a favor del estado los créditos hipotecarios existentes.

También fueron suprimidos en el ámbito urbano, los gravámenes consistentes en censos sobre fincas ocupadas por sus propietarios o transferidas por virtud de la Ley de Reforma Urbana (acuerdo 105 del Consejo Superior de la Reforma Urbana, de 30 de noviembre de 1961, en relación con la Resolución 14 de 5 de mayo de 1971, dictada por el Ministerio de Justicia).

La inscripción arrendataria (en el Registro de la Propiedad) es también un derecho real histórico de aprovechamiento, pues cuando un contrato de arrendamiento se otorgaba por más de un año, o así se acordaba por las partes, podría inscribirse en el Registro, y confería al arrendatario una acción *erga omnes*, por lo que no le perturbaba el cambio de propietario del bien (Ley 2 de marzo de 1922, modificativa de la Ley Hipotecaria).

### *Inscripción de la posesión de inmuebles*

Conforme a la Ley Hipotecaria de 6 de octubre de 1983, la posesión era un derecho real inmobiliario inscribible en el Registro de la Propiedad. En la actualidad ya no tiene carácter de derecho real inscribible. En lo urbano, el Tribunal Supremo en Acuerdo 288, de 2 de julio de 1975. En virtud de esta Resolución quedó establecido que aunque el artículo 390 de la Ley Hipotecaria no ha sido expresamente derogado por la LPCAL, conforme a la LRU, artículo 9, todo ocupante de un inmueble urbano deberá declarar a la autoridad correspondiente de la Reforma Urbana, las circunstancias relativas al hecho de la ocupación, a efecto de otorgar o no los títulos correspondientes, de lo que es forzoso inferir que el procedimiento establecido en el artículo 390 de la Ley Hipotecaria no resulta aplicable cuando se trate de bienes sujetos a la Ley de RU.

Las consideraciones anteriores nos llevan, sin lugar a dudas, a comprender la inaplicabilidad y el no uso del Registro de la Propiedad desde la década de los sesenta hasta la aprobación de la Ley General de la Vivienda, cuando en 1989, según acuerdo que consta en acta de 22 de mayo, suscrito por el Ministerio de Justicia y el director del Instituto Nacional de la Vivienda, las funciones sobre el patrimonio y el Registro de la Propiedad de viviendas y solares debían pasar al Instituto Nacional de la Vivienda.

En la Resolución 259/89, de 19 de junio, dictada por el Presidente del Instituto Nacional de la Vivienda, se consideró que mientras no se integraran los antiguos libros del Registro de la Propiedad a los creados bajo la normativa de la Ley General de la Vivienda, los antiguos serían custodiados por las Direcciones Municipales de la Vivienda. Ciertamente, el reducido espacio físico de estos organismos públicos y sus malas condiciones de trabajo imposibilitaron el traslado efectivo de los antiguos registros.

Las Direcciones Municipales de las Viviendas quedaron, no obstante, obligadas a prestar los servicios relativos a la publicidad inmobiliaria siguiente:

- Inscripción de los títulos que acrediten la propiedad del Estado sobre inmuebles.
- Inscripción de títulos en que se establezca el usufructo sobre terrenos urbanos de la propiedad del Estado.
- Expediente de certificaciones de dominio y gravámenes sobre inmuebles.

Así que el Registro de la Propiedad de Cuba quedó sólo como archivo nacional, por lo demás desactualizado por las leyes de nacionalizaciones, Reforma Urbana y Reforma Agraria. En mayo de 1998 se aprobó en el Decreto-ley 185/98, como documento legal que pretende resucitar al Registro de la Propiedad en Cuba, modificando la Ley General de la Vivienda, Ley 65 de diciembre de 1988, en los artículos 116, 117, 118, 119, 120 y 121. Esta norma dispone el traslado de la dirección y funcionamiento del Registro de la Propiedad al Ministerio de Justicia, señalando además que cuando este Ministerio lo disponga, todas las personas titulares de inmuebles vendrán obligadas a inscribir, en el Registro correspondiente, el documento acreditativo de su titularidad, las transmisiones de dominio, las cargas, variaciones constructivas, así como otros derechos sobre dichos bienes en los plazos y condiciones que establezca el Ministerio de Justicia.

Muchos cuestionamientos técnicos encara esta sencilla norma que pretende resolver la situación de inseguridad registral conformada durante casi cuarenta años. La más sencilla y elemental pregunta sería: ¿Cuál es la normativa que ampara, califica y define la función del Registrador en Cuba? En fin, esta es otra de las tantas maneras de jugar al Derecho de un país donde prima la voluntad política.

#### b) OTROS DERECHOS REALES

La promulgación del Código Civil cubano con la determinación de derechos reales *numerus clausus*, indicó los «otros derechos reales» que podían utilizarse en la inversión extranjera. Con sinceridad creo que fijó los únicos porque reitero que el derecho real de propiedad, así sin apellidos (personal o estatal), no aparece en la ley sustantiva cubana, que repito no está preparada para ello, y que no sobrevivirá al cambio.

#### *Derecho real de usufructo*

El Código Civil cubano se distingue del usufructo histórico en que el derecho real puede ser revocado por el Estado si el bien sobre el cual recae

es imprescindible para obras de utilidad pública o necesidad social, nota importante para los inversores. El derecho de usufructo adquirido por la entidad inversora en Cuba es intransferible, por lo que el bien adquirido en concepto de tal derecho puede ser utilizado por el tiempo que se establezca, pero no podrá ser enajenado o gravado. El actual Código Civil cubano autoriza (art. 211) al Estado a entregar en usufructo bienes de propiedad estatal a personas naturales o jurídicas en los casos y con las formalidades previstas en las disposiciones legales. El usufructo puede constituirse por un término de 25 años en el caso de las personas jurídicas, por igual término si se solicita antes de la fecha de vencimiento (art. 215 del Código Civil).

### *Derecho real de superficie*

El artículo 218 del Código Civil cubano establece: «El Estado puede conceder a personas naturales o jurídicas el derecho de superficie sobre terrenos de propiedad estatal para edificar viviendas o efectuar otras construcciones». Tanto el usufructo como la superficie en la legislación cubana son derechos reales administrativos, y con ese carácter se han otorgado a la inversión. El plazo establecido por el Código Civil para otorgar el derecho de superficie es de cincuenta años prorrogables por la mitad, o sea, por veinticinco años más. Al expirar el término o extinguirse el derecho de superficie por las causas que establece el Código, las construcciones o instalaciones que se hubieren realizado revertirán a favor del Estado, que es el propietario del terreno, pero el Código Civil cubano no estipula expresamente la compensación del propietario por las obras realizadas en el suelo, así que si en los acuerdos con el Estado cubano, esta indemnización no se ha pactado previamente, no se tendrá derecho a ella. El desconocimiento de las peculiaridades cubanas en su peculiar derecho, acarreará muchas sorpresas empresariales si no se consideran en su momento.

## 8. INSTITUCIONES COMUNES EN LA DUALIDAD LEGISLATIVA

A pesar del paralelismo que se observa en el actual sistema jurídico cubano en cuanto a dos columnas legislativas no interrelacionadas y referidas, la primera a las propiedades de personas naturales o jurídicas cubanas, y la segunda en cuanto a la propiedad de las inversiones extranjeras, existen puntos comunes en esta dualidad, tales como:

- a) Ambas surgen únicamente de la propiedad estatal.
- b) Están sujetas a las instituciones limitativas de la propiedad, tales como: la expropiación y la confiscación.

## a) LA EXPROPIACIÓN FORZOSA

En 1977 se aprobó por la Asamblea Nacional del Poder Popular, máximo órgano legislativo cubano, la Ley de Procedimiento Civil Administrativo y Laboral, que sustituyó a otra norma dictada dentro del nuevo gobierno, y que ya había establecido la posibilidad de acudir a la vía judicial para discutir sólo el precio ofrecido por la expropiación y no la resolución que dictaba dicha medida (art. 430 LPCAL). El tratamiento judicial cubano reviste las características de un proceso breve. La norma procesal cubana no es aplicable, sin embargo, para el caso de expropiación a inversores extranjeros, existiendo en tal circunstancia otro ejemplo de dualidad jurídica.

La Constitución cubana de 1976 legitimó la necesidad de procedimiento para aplicar la expropiación y, en tal sentido, la reforma constitucional de 1992, ratifica este principio:

*«Artículo 25. Se autoriza la expropiación de bienes por razones de utilidad pública o interés social y con la debida indemnización. La establece el procedimiento para la expropiación y las bases para determinar su utilidad y necesidad, así como la forma de la indemnización, considerando los intereses y las necesidades del expropiado».*

La expropiación, no obstante, sigue siendo para las formas de propiedades no estatales existentes en Cuba, la espada de Damocles que puede alzarse y caer en cualquier momento. Veamos el porqué de tal advertencia.

Desde 1994, se firmó en La Habana un Convenio de Promoción y Protección Recíproca de la Inversión entre los Gobiernos de Cuba y España, publicado el 18 de noviembre de 1995, en el *BOE* 276. En tal Convenio, los artículos 5, 10 y 11, prevén y ofrecen solución a posibles casos de expropiación forzosa. Ambas partes acuerdan acudir a un Órgano de Justicia Internacional (Tribunal de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional de París) para litigar la cuantía de la indemnización. La pregunta es ¿puede cuestionarse la razón de utilidad pública? En este sentido, la Ley de Inversiones ratifica el Acuerdo Cuba-España, permitiendo cuestionar la compensación, pero en este caso es muy útil recordar que la ley procesal cubana ha eliminado expresamente el litigar sobre la razón de utilidad pública.

La Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha declarado la violación del artículo 1 del Protocolo Adicional Primero cuando:

1. No se ha respetado la compensación por indemnización en caso de quedar afectada la propiedad.
2. La intervención expropiatoria devenga ilegítima por no justificarse en fines de interés general.

3. Se haya quebrado la proporcionalidad de los medios en relación con el fin.

Existe abundante y clásica jurisprudencia europea en el cuestionamiento de la utilidad pública. Ver al respecto, caso *Lithgow* y otros, sentencia de 8 de julio de 1986; caso *James* y otros, sentencia de 21 de febrero de 1986; caso *Sporrong* y *Lönnroth*, sentencia de 24 de septiembre de 1982.

A pesar de lo expuesto, creo que en esta ocasión en la dualidad legislativa establecida en el sistema cubano, ha primado el «derecho interno», formado ajeno y alejado a los principios modernos y contemporáneos del Derecho occidental durante cuarenta años.

#### b) LA CONFISCACIÓN

La Constitución cubana admite la confiscación:

*«Artículo 60. La confiscación de bienes se aplica sólo como sanción por las autoridades, en los casos y por los procedimientos que determina la ley».*

El Código Civil cubano la regula en el artículo 135.1, con igual contenido.

La confiscación aparece en leyes especiales y en el Código Penal cubano, G.O. Edición Especial 3, Ley 62, 30 de diciembre de 1987, modificado por G. Oficial de 26 de junio de 1997, quedando incluida como sanción accesoria junto con el comiso.

El Código Penal cubano define la confiscación en el artículo 44.1: «La sanción de confiscación de bienes consiste en desposeer al sancionado de sus bienes, total o parcialmente, transfiriéndolos a favor del Estado».

44.3: «La sanción de confiscación de bienes la aplica el Tribunal a su prudente arbitrio en los delitos contra la seguridad del Estado, también es aplicable preceptiva o facultativamente, en los demás delitos previstos en la Parte Especial de este Código».

La confiscación entonces aparece como sanción accesoria en el tráfico de influencia, artículo 151.3; cohecho, artículo 153.8; exacción ilegal y negociación ilícita, artículo 153.3.

La sanción accesoria de comiso, que consistía en desposeer al sancionado de los bienes u objetos que sirvieron o estaban destinados a servir para la perpetración del delito, siempre que no pertenecieran a un tercero no responsable; quedó modificada en 1997, de la siguiente manera: «la sanción de comiso consiste en desposeer al sancionado de los bienes u objetos que sirvieron o estaban destinados a servir para la perpetración del delito y los provenientes directa o indirectamente del mismo, así como los de uso, tenencia o comercio ilícito que le hubieran sido ocupados».

Significa esto que ahora la sanción comprende también los instrumentos del delito que se encuentran en posesión o propiedad de terceros no responsables.

La intervención: Ha sido una modalidad confiscatoria utilizada desde principios de 1959, con la aplicación de la Ley 647 de 1959, norma cubana que fue valorada por la justicia española en el caso Cifuentes, desde la primera sentencia del Juzgado 7 de Primera Instancia de Madrid, en la que se reconoce que: «Dar existencia y vigor a una intervención sobre la sociedad con facultades totales del interventor significa sin más una privación absoluta de los bienes y derechos pertenecientes a la sociedad... como una privación encubierta de la propiedad.

...si se aceptare la intervención decretada por el Estado cubano, ello supondría la muerte civil de la empresa, la intervención como la presenta el actor (parte estatal cubana) hay que configurarla de igual naturaleza con las expropiaciones, nacionalizaciones, confiscaciones, requisiciones e incautaciones, y tales formas de apropiación extraordinaria hay que rechazarlas en el orden internacional cuando sean una expresión política agresiva».

## 9. OTRAS INCIDENCIAS DE LA LEY PENAL CUBANA PARA EL INVERSOR

### a) INSOLVENCIA PUNIBLE

El artículo 337 del Código Penal cubano, modificado el 26 de junio de 1997, sanciona.

«Incurrir en sanción de privación de libertad de dos a cinco años:

*a)* El deudor que para sustraerse al pago de sus obligaciones, se alce con sus bienes, los oculte, simule enajenaciones o créditos, se traslade al extranjero o se oculte sin dejar representante legal o bienes de cantidades suficientes para responder al pago de sus deudas o realice cualquier otro acto de disposición patrimonial en defraudaciones de los derechos de sus acreedores.

*b)* El que sea declarado en quiebra, concurso o suspensión de pagos, cuando la insolvencia sea causada o agravada intencionalmente por el deudor o por persona que actúe en su nombre.

2. El que en procedimiento de quiebra, concurso o expediente de suspensión de pagos presente datos falsos relativos al estado financiero, con el fin de lograr la declaración de aquellos, incurre en sanción de privación de libertad de uno a tres años».

La redacción de este artículo es peculiar en el Derecho cubano actual donde al parecer el desarrollo del Derecho Mercantil que no tiene articulado procesal vigente en cuanto a la quiebra, necesita de las normas sustantivas penales como única forma de garantizar la seguridad jurídica de las relaciones contractuales y patrimoniales.

En la edición del Código Civil español vigente en Cuba realizada en 1975, se explicaba la situación en que había quedado el concurso y la quiebra sustantiva y procesalmente en la Legislación cubana con las modificaciones jurídicas realizadas, así los artículos referidos a CONCURRENCIA Y PRELACION DE CREDITOS (1911 y 1912), aparecieron en esta edición de 1975, con las siguientes notas:

Artículo 1.911. Nota.

Ley Fundamental (Constitución de 1959), artículo 61, último párrafo —tal y como quedó redactado por la Ley de Reforma Constitucional de 11 de marzo de 1960— que establece la inembargabilidad de los sueldos o salarios y los instrumentos de labor de los trabajadores.

El artículo 91 de la Ley Fundamental, en relación con el artículo 29, párrafo 2.º de la Ley de Reforma Urbana, que declara inembargables los inmuebles urbanos destinados a vivienda y también en relación con el artículo 16, párrafo tercero, de la 1.ª Ley de Reforma Agraria, que declara inembargables las tierras que integran el «mínimo vital» de una familia campesina, fijado en los términos que la misma disposición define.

Artículo 1.912 (modificado). El deudor puede solicitar judicialmente de sus acreedores quita y espera de sus deudas, o cualquiera de las dos cosas; pero no producirá efectos jurídicos el ejercicio de este derecho sino en los casos y en la forma previstos en la Ley de Procedimiento Civil y Administrativo.

*En el texto de este artículo se sustituye la anterior referencia a la «Ley de Enjuiciamiento Civil», por la de «Ley de Procedimiento Civil y Administrativo» por las razones expuestas en la nota al artículo 714.*

*El inciso 1.º de la Cuarta Disposición Final de la LPCA, derogó la LEC, que a su vez regulaba el procedimiento a seguir en caso de concurso de acreedores (arts. 1.128 a 1.315 LEC) el que no fue incluido en la LPCA.*

La Ley de Procedimiento Civil y Administrativo fue sustituida en 1977 por la Ley de Procedimiento Civil Administrativo y Laboral, que no incluyó por innecesaria en la economía estatalizada cubana la insolvencia del deudor, es decir, la quiebra. Como hemos explicado, el Código español vigente en

Cuba, sus modificaciones y sus notas fueron derogadas en 1987, por el actual que no incluye referencia al tema de la quiebra.

#### b) RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS

La modificación del Código Penal cubano, de 27 de junio de 1997, introduce la responsabilidad penal de las personas jurídicas, así el artículo 28 del Código Penal modificado parece, en principio, reproducido del artículo 129 del Código Penal español, en tanto ambas normas legales incluyen:

Código Penal cubano:

- a) Disolución, que consiste en la extinción de la persona jurídica. En los casos en que se imponga, se anulará la escritura de constitución, inscribiéndose la parte pertinente de la sentencia en los registros en que se halla inscrita y quedando la persona jurídica en estado de disolución, a todos los efectos legales, desde el momento en que sea firme la sentencia.
- b) Clausura de la empresa, sus locales o establecimientos, con carácter temporal o definitivo. La clausura temporal no excederá de cinco años.
- c) Clausura temporal, que consiste en el cierre total del establecimiento, local, oficina o negocio de la persona jurídica por el término que determine la sentencia, el cual no puede ser inferior a tres meses ni exceder de dos años.
- d) Prohibición temporal o permanente de la licencia para determinadas actividades o negocios. Las actividades o negocios prohibidos serán exclusivamente aquellos que acuerde el tribunal en su sentencia, esta sanción no puede ser inferior a seis meses ni exceder de tres años cuando sea temporal.

El Código Penal español:

- a) Clausura de la empresa, sus locales o establecimientos, con carácter temporal o definitivo. La clausura temporal no podrá exceder de cinco años.
- b) Disolución de la sociedad, asociación o fundación.
- c) Suspensión de las actividades de la sociedad, empresa, fundación o asociación por un plazo que no podrá exceder de cinco años.
- d) Prohibición de realizar en el futuro actividades, operaciones mercantiles o negocios de la clase de aquellos en cuyo ejercicio se haya cometido, favorecido o encubierto el delito. Esta prohibición podrá

tener carácter temporal o definitivo. Si tuviere carácter temporal, el plazo de prohibición no podrá exceder de cinco años.

- e) La intervención de la empresa para salvaguardar los derechos de los trabajadores o de los acreedores por el tiempo necesario y sin que exceda de un plazo máximo de cinco años.

La ley penal española incluye la intervención de la empresa, el Código cubano, no. ¿Cuál es la alarma y crítica a la ley penal cubana entonces?

La reacción adversa ante la norma cubana se debe a que, a diferencia del Código Penal español, en el cubano se inculpa penalmente a las empresas, asociaciones, fundaciones y sociedades en general, aplicándose sanción principal a la persona jurídica, al más arcaico estilo medieval, así se desprende del artículo 16.4: «A los efectos de este Código, le es exigible responsabilidad penal a las personas jurídicas cuando se trate de las cooperativas, las sociedades y asociaciones constituidas de conformidad con los requisitos establecidos en las leyes, las fundaciones, las empresas no estatales autorizadas para realizar sus actividades, así como las demás entidades no estatales a las que la ley confiere personalidad jurídica».

La valoración jurídica de la responsabilidad penal de los administradores en las sociedades ha sido analizada en el Boletín 5, de junio de 1997, editado por el Ilustre Colegio de Abogados de Madrid, donde el profesor ANTONIO DEL MORAL GARCIA, recuerda:

1. El añejo apotegma SOCIETAS DELINQUIERE NON POTEST, es uno de los dogmas del Derecho Penal: las personas jurídicas no tienen capacidad de ser responsables penalmente.

2. Lo anterior sería volver a un Derecho Penal medieval.

3. No significa, lo dicho, que ante la actuación criminal de una persona jurídica, o mejor, de personas físicas bajo el revestimiento de una persona jurídica, no puedan adoptarse determinadas medidas frente al ente moral. No penas por impedirlo el dogma de la irresponsabilidad penal de las personas jurídicas, pero sí medidas de seguridad.

4. En el Derecho Penal lo que interesa es quién actúa real y efectivamente; qué persona física despliega el comportamiento. El Derecho Penal no se puede conformar con imputar la actividad a la persona jurídica, sino que comporta la exigencia de averiguar qué personas físicas concretas han llevado a cabo la actividad delictiva o han contribuido a ella a través de alguna de las formas de participación que contempla el Derecho Penal.

5. Ante un delito cometido a través de una persona jurídica o entramado de relaciones y actividades, la pregunta que debe hacerse el Derecho Penal es: ¿qué personas físicas concretas han llevado a cabo esa actuación?, ¿qué personas físicas han actuado personalmente como autores o cómplices?, se debe-

rá atender, en consecuencia, en el seno de las personas jurídicas a los miembros de sus órganos o a las personas físicas que posean facultades de gestión en el ámbito concreto en que se ha desenvuelto la actividad delictiva. En este punto se impone una importante matización en los delitos que se exige el ánimo de lucro, éste puede ser propio o ajeno, abarca tanto el lucro propio como el lucro de un tercero. Por tanto, aunque el hurto o la apropiación indebida se hagan en beneficio de una persona jurídica (o de otra persona física) podrá afirmarse la autoría de la persona física que llevó a cabo el apoderamiento o la sustracción (1).

El profesor MORAL se refiere a la teoría del levantamiento del velo en el Derecho Penal, todo ello está muy lejos de la normativa cubana que groseramente se fija en la española para deformarla porque el Derecho Penal español califica como sanciones accesorias a la persona jurídica lo que el Código cubano define como SANCIONES PRINCIPALES A LAS PERSONAS JURIDICAS, que, por si fuera poco, tienen equivalencia a las sanciones principales que se aplican a las personas naturales, así, por ejemplo, si se trata de un delito que tiene prevista la sanción de privación de libertad que no excede de tres años, ésta se entenderá sustituida por la de prohibición temporal o permanente de licencia para determinadas actividades o negocios, pero si se trata de un delito que tenga prevista la sanción de privación de libertad superior a tres años y que no exceda de doce años, ésta se entenderá sustituida por la de clausura temporal (art. 28.5).

Y si por si fuera poco la reforma del Código Penal incluye la sanción accesoria a las personas jurídicas criminalmente responsables, éstas son: la confiscación y el comiso (art. 28.6).

## CONCLUSIONES

1. La Ley 77/95, de 5 de septiembre, Ley de Inversión Extranjera, marca la pauta y el inicio de una dualidad legislativa en el país, que parte de la doble interpretación jurídica o la doble versión estatal que recibe una de las instituciones fundamentales del Derecho Privado: la propiedad, y en el caso concreto de Cuba, la propiedad estatal.

2. La modificación constitucional de 1992, con la introducción de la palabra SALVO en el artículo 1, diríamos que legitima constitucionalmente esta dualidad legislativa, pero considerando que la Constitución tiene una visión más internacional y el Código Civil tiene una visión más interna (o

---

(1) Breve reflexión sobre la responsabilidad penal de los administradores de sociedades. Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid, núm. 5, tercera época, junio de 1997.

nacional) del sistema normativo y de sus fuentes de Derecho, en estas circunstancias jurídicas de dualidad legislativa nos encontramos con una serie de normas que se «limitan esencialmente a fijar ciertas reglas de juego» meramente formales para solventar los conflictos sociales y que se encuentran ante un vacío jurídico dentro del sistema de Derecho cubano que podemos explicar como las lagunas del Derecho cubano.

En España, como se conoce, existen «lagunas de la ley», pero no «lagunas del Derecho» o lagunas del Ordenamiento Jurídico. En tal sentido, el texto articulado del Título Preliminar del Código Civil ofrece la llave del sistema español para afirmar que la formulación de un sistema de fuentes implica la exclusión de las lagunas del Derecho.

En el ordenamiento español el aplicador del Derecho encontrará siempre una norma aplicable, directamente o por analogía, acudirá a la costumbre y donde a pesar de ello siguiera sin encontrar norma concreta, habrá de aplicar los principios generales del Derecho, por eso se dice que el ordenamiento jurídico tiene vocación de omnicomprensividad. Que puede quedar acentuado por la posibilidad de la libertad de contratación del artículo 1.262, y la consideración de *numerus apertus* para los derechos reales.

En Cuba se niegan como fuentes de Derecho la jurisprudencia, la analogía, y se cuestiona la costumbre. En cuanto al Código Civil, éste admite la libertad de forma y la libertad contractual, sometida a los designios de los artículos 314 y 315 que deben quedar sujetos a los estrictos principios del Código Civil. En estos momentos, los contratos atípicos en temas de inversión se amparan en tales preceptos, pero veamos algo tan sencillo como las formas de propiedad que quedan amparadas por la Constitución cubana: la propiedad estatal, propiedad de las organizaciones políticas, propiedad de las cooperativas, propiedad del pequeño agricultor, propiedad personal y propiedad de las empresas mixtas, ¿la propiedad totalmente extranjera y privada queda amparada en cuanto al contenido del Código Civil y la Constitución cubana?

Por otra parte, en la libertad contractual ¿puede concertarse una compraventa con precio aplazado?, ¿cómo se garantiza el precio aplazado? En Cuba la hipoteca está prohibida constitucionalmente, el Código Civil prohíbe el préstamo con interés, ¿qué norma regula la letra de cambio?

El sistema legislativo disperso que regula la inversión extranjera no ampara, ni llega a contemplar, ni soluciona los vacíos legislativos de la nueva forma empresarial.

3. En la dualidad legislativa creada se cometen errores jurídicos al tratar de buscar soluciones normativas, entre ellos, destacamos los siguientes:

- a) Las nuevas leyes relativas a la inversión resultan, en muchas ocasiones, copias de las aplicadas en otro país, como España, ¿es esto ir tras

la huella del Derecho español?, no se analiza las circunstancias en que se traspolo y aplica determinada ley, en la mayoría de los casos, se necesita incluir en los primeros artículos de las leyes cubanas «modernas» un glosario, una especie de diccionario jurídico interpretativo e ilustrativo de la Ley, ¿por qué? Simplemente porque los términos jurídicos que se utilizaran han desaparecido de las leyes sustantivas fundamentales que rigen en el país; citemos, por ejemplo, la Ley de minas de 22 de enero de 1995, esta ley explica el concepto de servidumbre porque el Código Civil cubano no lo incluyó por determinación expresa de sus redactores, al considerar que en el sistema jurídico cubano no encajaba ningún concepto que significara gravamen de la propiedad, entonces, ¿hay dos sistemas jurídicos en Cuba? ¿Hay dos Derechos en Cuba?

Al respecto, invito a reflexionar sobre las palabras del profesor JUAN VALLET DE GOYTISOLO, en su libro «Panorama del Derecho Civil», cuando en la página 32, el autor reflexiona sobre Sociedad, Estado y Derecho.

«Se ha dicho repetidamente que sin Sociedad no cabe Derecho. Que Robinson no pudo tener ningún derecho, ni ninguna relación jurídica mientras estuvo solo. Claro que, como a Robinson lo situamos en una isla desierta pero existente en el mundo, esa situación de Robinson podía ser jurídica en el mismo momento en que pusiese en la isla otra persona aún antes de entrar ambos personalmente en contacto. Aunque con Robinson no coexistiera sociedad alguna, esa sociedad existía en otras partes del mundo con posibilidad de tener acceso a la isla... Ahora bien, si sólo hubiese una persona en el mundo o únicamente varias entre sí aisladas, el Derecho no podría existir. Es decir, el Derecho presupone la sociedad, presupone relaciones de intereses de toda clase entre los miembros de la sociedad que deben resolver sus conflictos con justicia».

b) Otro de los errores está en identificar: Derecho y Ley.

¿Se identifica Derecho y Ley?

Con la palabra Derecho se ha definido: Objetivamente

- como norma coactiva emanada de la autoridad estatal;
- como norma de la vida social que realmente delimita las esferas de licitud y deber;
- como conducta;
- como adjetivo que califica lo justo.

El concepto voluntarista de Derecho se identifica o concreta en la voluntad de quien ostenta el poder. De ese modo el voluntarismo nos lleva al normativismo, y la palabra Derecho se utiliza como norma.

Con la teoría del Derecho puro de Kelsen todo se resume para el jurista en conocer la voluntad del Estado, que cuanto quiere lo transforma en Derecho, el Estado en la teoría del Derecho puro se aísla de su carácter sociológico y se concreta en una categoría lógica formal, en un sistema de normas, vértice de la pirámide jurídica kelseniana. Con esta construcción el orden jurídico, en definitiva, dependerá de la fuerza, pues resulta que el Estado es la última revolución que ha triunfado y si se identifica con el Derecho, éste no será más que el producto de la fuerza triunfante.

¿Cómo evitar actualmente que el poder del Estado, adueñándose del Derecho, destruya la obra milenaria de los juristas? Para impedirlo hará falta, sin duda, en primer lugar, una convicción social de la necesidad, cada vez más apremiante, que por encima de la ley está la justicia, que los reglamentos no pueden tratar lo que sea materia de ley, y de que las órdenes comunicadas ni las circulares no son, en modo alguno, Derecho objetivo.

- c) Las leyes incluidas dentro de esa dualidad legislativa quedan aisladas del sistema jurídico cubano que no ha sufrido en sus principios una apertura, y por ello la norma que regula la empresa extranjera carece de los caracteres de generalidad y abstracción. La nota de generalidad significa que la norma no está dirigida a una persona concreta determinada sino a una serie de personas que se encuentran o pueden relacionarse con la materia regulada por la norma, por ejemplo, puede existir un Registro de Propiedad o una propiedad privada para extranjeros porque la abstracción de la norma, que ha sido constituida bajo determinados principios del sistema jurídico, viene requerida por la multiplicidad de los supuestos de hecho y no debe quedar circunscrita a un supuesto tipo.
- d) La amplitud del Derecho de propiedad actual de la inversión extranjera, basado únicamente en la «autorización administrativa», acarrea, por una parte, el privilegio de la concesión, y por otra, la facultad discrecional de quien lo otorga en un sistema jurídico donde las decisiones administrativas están identificadas con la política y el derecho se subordina a ella, no existen garantías constitucionales ni procesales que puedan amparar tal Derecho de propiedad. El Derecho de propiedad otorgado a la inversión extranjera deriva del Derecho de Propiedad Estatal, y por tanto queda limitado en sus facultades a las propias normas que los principios constitucionales del Estado, protegido en la Constitución, impone, así que: ante el ejercicio de la facultad de disfrute y disposición de una persona extranjera que ostenta la «propiedad privada», entendida como tal en la concesión administrativa, el Estado ejerce un Derecho preferencial que imposibilita la

venta a un tercero ajeno, igual ocurre si se pretende arrendar la vivienda a un residente en el país, y por último, señalo que el propio uso del inmueble está condicionado al visado de permanencia que no queda garantizado con la compra, así que esta realidad me hace recordar el refrán español: «*Quien come níspero, bebe cerveza, chupa espárragos y besa a una vieja, ni come, ni bebe, ni chupa, ni besa*».

4. Las expropiaciones y las inversiones han sido autorizadas por el actual gobierno en una especie de zig-zag, en nombre del interés nacional, que sigue estando vigente en la Ley de Inversión extranjera y en los convenios firmados para proteger a la inversión, como el Acuerdo de 27 de mayo de 1994, publicado en el *BOE* de 18 de noviembre, sin embargo, ni en un texto legislativo (Ley de inversiones) ni en otro (convenio), se cuestiona o define el concepto de utilidad pública, la actual Ley procesal cubana no admite litigar sobre la resolución fundada en la expropiación. En este sentido, el paralelismo de la dualidad legislativa llega a un punto de encuentro donde el interés del Estado cubano ha marcado en la norma su postura no precisamente contemporánea ni europeísta en cuanto al respeto del Derecho de propiedad privada.

5. Otro de los puntos polémicos es la propia legalidad de la nueva inversión que surge única y exclusivamente de la propiedad estatal, formada, a su vez, por un largo proceso de confiscaciones o expropiaciones no compensadas. Esta cuestión la enfrentan muchos países del antiguo campo socialista, que litigan la propiedad de los propios nacionales que fueron privados por muchos años (más que en Cuba) del Derecho de propiedad. En la Alemania unificada, por ejemplo, ante la alternativa de devolución de los bienes patrimoniales expropiados o mantenimiento del *status quo* e indemnización a los propietarios por la pérdida sufrida, se decidió, desde el primer momento, a favor de mantener como principio general la restitución a los anteriores propietarios. Y así aparecen regulados en la Ley alemana, como bienes de la República Democrática Alemana sujetos a restitución: 1. Los bienes expropiados sin indemnización y luego nacionalizados. 2. Los bienes expropiados, previa indemnización, cuyo importe fue inferior al que hubiera correspondido a ciudadanos de la RFA (conocida como expropiación discriminatoria). 3. Los bienes que en primer término pasaron a la administración estatal y en un segundo momento se cedieron a terceros (2).

Las circunstancias en Cuba no la distancian de esta realidad europea, contemporánea y democrática, que se aplica también en España, donde la justicia

---

(2) Profesor doctor HANS-LEO WEYERS y doctor THOMAS KADNER, «Apuntes sobre la evolución del Derecho de la República Federal de Alemania desde la reunificación». Publicación en *Estudios de Derecho Extranjero*. Traducción: Isabel González Pacanowska. Universidad de Murcia.

se pronuncia aún en los casos de indefensiones por confiscación en el período de la Guerra Civil, cito sentencia 16-2-93, Sala 1.<sup>a</sup> del TS, en reflexión al artículo 1.462.2, cuando se haga la venta mediante escritura pública de otorgamiento equivaldrá a la entrega de la cosa, objeto de contrato, si de la misma escritura no resultare o se dedujere claramente lo contrario, «sólo se puede dar cuando el transmitente en el contrato de compraventa es verdadero propietario de lo que vende, pues la nueva escritura no sustituye a la posesión verdadera en concepto de dueño exigible para la usucapión...», como ha reconocido el Tribunal Supremo español, en sentencia, entre otras, de 8-5-82.

6. La dualidad legal que se forma en el sistema jurídico cubano debe someterse a la reflexión doctrinal de los actos propios y el abuso de derecho.

Para el profesor DÍEZ PICAZO, la doctrina de los propios actos no es propiamente un principio general del Derecho, en tal sentido, considérese o no un principio general del Derecho, constituye un límite institucional más del ejercicio de los derechos subjetivos que además ha sido incorporado a la jurisprudencia constitucional. En STC de 21 de abril de 1988, se ha precisado el alcance real de la doctrina de los propios actos, en cuanto requiere la confianza que fundadamente se puede haber depositado en el comportamiento ajeno y la regla de la buena fe que impone el deber de coherencia en el comportamiento y limita, por ello, el ejercicio de los derechos subjetivos.

La alegación de la doctrina de los propios actos requiere que el sujeto pasivo demuestre que, en relación con él mismo, el sujeto activo del derecho subjetivo haya desplegado con anterioridad una conducta que, interpretada de buena fe, demuestra la contradicción o incompatibilidad de la nueva postura del titular del derecho subjetivo; circunstancia que, en definitiva, destruye la confianza que para el sujeto pasivo comportaba la conducta anterior del sujeto activo. Por tanto, dicha ruptura de la confianza ha de considerarse contraria a la buena fe, en cuanto el titular del derecho subjetivo no puede actuar a su antojo y por mero capricho, jugando con las expectativas que con él se relacionan.

#### EL ABUSO DE DERECHO

Queda incorporado al Código Civil español en ocasión de la reforma del Título Preliminar del Código Civil de 1973-74, y aunque algunos autores consideran que constituye un concepto jurídico indeterminado, por lo que necesita una consideración casuística y por tanto un atento análisis jurisprudencial. Nos remitimos, en primer lugar, a la construcción jurisprudencial española del concepto, en la que se destaca la Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de febrero de 1944, de la que fue ponente, en cuanto Magistrado del Tribunal Supremo, el profesor don JOSÉ CASTÁN TOBEÑAS (el caso resumido

consistió en que una central eléctrica ubicada en San Adrián de Besós, sufrió desperfectos de importancia a causa de la extracción desproporcionada de arena del litoral barcelonés por el Consorcio de la Zona Franca de la capital catalana), de tal sentencia destacamos entre sus considerandos los siguientes puntos:

1. ...el ejercicio del derecho es lícito aún cuando, merced a él, se lesionen simples intereses de terceras personas... más no debe darse a esa máxima un alcance demasiado literal y absoluto, que le pondría en pugna con las exigencias éticas del derecho, reconocidas en todos los tiempos y que ni siquiera fueron extraños al propio Derecho de Roma.

2. La doctrina moderna, en trance de revisar y, en cuanto sea necesario, rectificar los conceptos jurídicos, impulsada por las nuevas necesidades de la vida práctica y por una sana tendencia de humanización del Derecho Civil, ha elaborado la teoría llamada del abuso del derecho, sancionada ya en los más recientes ordenamientos legislativos que consideran ilícito el ejercicio de los derechos cuando sea abusivo; y si bien existen discrepancias... tales dudas o divergencias no pueden boirrar la conformidad sustancial del pensamiento jurídico moderno en torno a la idea de que los derechos subjetivos, aparte de sus límites legales, tienen otros de orden moral, teleológico y social, y que incurre en responsabilidad el que, obrando al amparo de una legalidad externa y de un aparente ejercicio de su derecho, traspasa en realidad los impuestos al mismo por la equidad y la buena fe, con daño para terceros o para la sociedad.

En el Derecho español, con ocasión de la reforma antes citada del título preliminar del Código Civil, el apartado 2 del vigente artículo 7, dispone que «la Ley no ampara el abuso del derecho o el ejercicio antisocial del mismo».

En consideración a ello y conforme a lo establecido por el Código Civil, los presupuestos de aplicación del abuso del derecho son básicamente los dos siguientes:

1. Actuación u omisión de carácter abusivo: Es decir, la extralimitación del Derecho no requiere en el precepto que el sujeto actúe malévola o torticeramente o de forma consciente o deliberada.

2. Consecuencia dañosa para un tercero: Una vez acaecido el supuesto de hecho previsto en la norma, la víctima del daño podrá solicitar la correspondiente indemnización de daños y perjuicios, de una parte; de otra, reclamar la adopción de las medidas judiciales o administrativas que impidan la persistencia en el abuso.

El Código Civil cubano incluye el abuso de derecho en su artículo 4: «Los derechos que este Código reconoce han de ejercerse de acuerdo con su contenido social y finalidad, y no es lícito su ejercicio cuando el fin perseguido sea causar daño a otro».

La dualidad legislativa creada en el sistema cubano para autorizar la inversión extranjera está basada en el voluntarismo normativo que sobre el uso y la disposición de la Propiedad Estatal, conformada con años de leyes confiscatorias sistemáticas, continuas y actualizadas (ver Resolución Conjunta MINJUS-INV-MININT, junio/95, donde se aplica la confiscación a permutas con carácter retroactivo) permite ahora vender a terceros, no nacionales, la propiedad de recursos naturales, inmuebles y empresas, imposibilitando la adquisición para los nacionales.

GISELA MARÍA PÉREZ FUENTES

Presidenta de la Asociación Cubano-Española de Derecho  
Abogada en ejercicio del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid

# La sucesión intestada en el Derecho inglés

Al gran jurista que fue ARTURO MAJADA.  
*In memoriam.*

**SUMARIO:** 1. INTRODUCCION.—2. LA APERTURA DE LA SUCESION INTES-TADA: 2.1. CAUSAS. 2.2. LEGISLACIÓN VIGENTE.—3. LA ADMINISTRACION DE LA HERENCIA: 3.1. LOS REPRESENTANTES PERSONALES DE LA HERENCIA: 3.1.1. *Caracteres y naturaleza jurídica del cargo de representante personal.* 3.1.2. *El número de representantes personales.* 3.1.3. *Requisitos para obtener el cargo de representante personal.* 3.1.4. *La solicitud para el nombramiento de representante personal.* 3.1.5. *Facultades del representante personal.* 3.1.6. *La responsabilidad de los representantes personales.*—4. DISTRIBUCION DE LA HERENCIA: 4.1. SUCESIÓN INTES-TADA TOTAL. 4.2. SUCESIÓN INTES-TADA PARCIAL.

## 1. INTRODUCCION

Para una mejor comprensión del fenómeno sucesorio en el Derecho inglés hay que partir de dos circunstancias básicas. En primer lugar la diferencia histórica entre el tratamiento sucesorio de los bienes inmuebles y de los bienes muebles. Ya desde la invasión de los normandos, como señala SAINZ-LÓPEZ NEGRETE (1), la separación entre los Tribunales de la Iglesia y los del Estado hace que cada uno de ellos defina su propia competencia. Los Tribunales de la Iglesia comenzaron a ser competentes, en exclusiva, de cuanto se relacionara con la sucesión de los bienes muebles. La sucesión de los inmuebles era de la competencia exclusiva de los Tribunales reales. Esta diferenciación entre bienes muebles e inmuebles perdura en el Derecho inglés hasta 1926, existiendo dos sistemas de sucesión intestada según se tratara de bienes

---

(1) SAINZ-LÓPEZ NEGRETE, MANUEL, «El Derecho de sucesiones inglés. Conflicto entre la Ley española y la inglesa», en *RJN*, 1994.

muebles o inmuebles (2). Así los bienes inmuebles eran transmitidos directamente a los herederos *abintestato* y los bienes muebles se entregaban a los representantes personales de la herencia para los parientes más próximos. La legislación aprobada después de 1925 unificó en un único sistema la sucesión, con independencia de que se tratara de bienes muebles o inmuebles, derogando del mismo modo viejas reglas hereditarias como la figura de los herederos legítimos.

De otro lado, la sucesión no se entiende en Derecho inglés como la continuación de la personalidad del causante en los herederos, sino que se produce una ruptura a través del procedimiento de liquidación de la herencia.

Los mecanismos jurídicos que hacen viable la transmisión a herederos y legatarios del caudal relicto dejado por el causante, señala BAZ IZQUIERDO (3), constituyen una pieza del Derecho inglés cuyo estudio viene a completar una visión de conjunto del sistema de transmisión de los derechos patrimoniales. Dentro de las legislaciones modernas se registran, en este punto, dos principales sistemas: uno, el de aquellas legislaciones, como la generalidad de las latinas y germánicas, que atribuyen a la ejecución testamentaria una función secundaria y esencialmente subordinada a la voluntad del testador; otro, el de las legislaciones anglosajonas que hacen de esta institución un engranaje capital en el mecanismo sucesorio, pues no admiten que el sucesor o sucesores puedan nunca liquidar la herencia, y encomiendan esta misión a un ejecutor o administrador nombrado por el testador o, en su defecto, por los Tribunales. En el primero de los referidos sistemas, la ejecución testamentaria es, pues, una institución voluntaria y de Derecho privado; en el segundo, constituye una institución necesaria y de Derecho público. En este sentido, los interesados en la herencia son más beneficiarios que herederos, ya que se ha producido, previamente y a cargo de los representantes o liquidadores de la herencia, una depuración de las deudas y gastos de la misma, recibiendo aquellos, por regla general, el remanente neto del caudal relicto. Dice SPEDDING (4) que la distinción entre la existencia legal y la existencia física, base de la teoría romana de la sucesión universal, no parece que haya encontrado soporte legal en el Derecho inglés, a pesar de que existen algunas disposiciones legales y decisiones judiciales que parecen prestar apoyo a esta idea (5). Sin embargo, a juicio de esta autora, sería precisa una completa reforma, sobre todo en el estatuto legal de los represen-

---

(2) Esta diferenciación perdura en el Derecho internacional privado inglés en el que sus normas de conflicto distinguen todavía entre la ley aplicable a la sucesión de los bienes inmuebles y a la de los muebles.

(3) BAZ IZQUIERDO, FERNANDO, *Derecho inmobiliario e hipotecario inglés*, Madrid, 1980, pág. 488.

(4) SPEDDING, LINDA S., *Succession: The Law of Wills and Estates*, Londres, 1997, pág. 3.

(5) Wankford v Wankford (1704).

tantes personales de la herencia, para que pudiera ser admitida la posibilidad de tratar a la herencia como un patrimonio autónomo.

Pero no es únicamente la sucesión el único mecanismo que pueda generar atribuciones patrimoniales que tengan su origen en la muerte de una persona. Junto a la sucesión existen otras situaciones jurídicas que atribuyen a una determinada persona un derecho por causa de la muerte de otra sin que estén incluidas dentro de la regulación de la sucesión *mortis causa* y que incluso se aplican con preferencia a ésta. Entre ellas destaca la llamada *joint tenancy* o comunidad en mano común. Este tipo de comunidad se produce cuando se adquiere un bien inmueble, *mortis causa* o *intervivos*, pero sin atribución de cuotas o partes entre los comuneros. WILLIAMS (6) apunta que en estos casos cada comunero tiene vocación a la titularidad del todo del bien poseído en común. La consecuencia de esta estructuración es que en caso de fallecimiento de uno de los comuneros su parte acrece automáticamente a los demás. Como dice BAZ IZQUIERDO (7) el proceso de acrecimiento continúa hasta que sólo queda un titular que se transforma en dueño exclusivo. Este derecho de acrecimiento es preferente a cualquier derecho sucesorio, testado o intestado, de los herederos del cotitular premuerto.

Dentro del mecanismo de la sucesión, las reglas que rigen la sucesión intestada tienen el carácter de sustitutivas o presuntivas de la voluntad del causante. Las reglas que rigen la sucesión intestada están estructuradas para dar a la familia del fallecido algo parecido a lo que aquél, según la *mens legislatoris*, les hubiera dejado de haber querido o podido haber otorgado testamento. El contenido de voluntad presunta establecida por el legislador que tienen estos preceptos, hace que no sea sino un reflejo de la situación social del viudo o la viuda en un momento determinado. Dice SAWYER (8) que la historia de las normas que regulan la sucesión intestada muestra las diferencias históricas entre la titularidad de la propiedad, diferencias resultantes de la distinta situación legal y social del marido y de la mujer casada.

Por otra parte, la sucesión intestada tiene un carácter residual dentro del Derecho de sucesiones. No son pocos los autores que desaconsejan correr el albur que supone el morir intestado enumerando a estos propósitos las desfavorables consecuencias de tipo jurídico y fiscal que supone este tipo de sucesión. Esto se debe, seguramente, a la influencia que el principio de la absoluta libertad de testar tiene en el derecho de sucesiones inglés y que hace penosa la labor del legislador al intentar presumir cuál sería la voluntad testamentaria del ciudadano medio.

---

(6) WILLIAMS, IRIS, *Essential Land Law*, Londres 1994, pág. 23.

(7) BAZ IZQUIERDO, FERNANDO, *Derecho inmobiliario e hipotecario inglés*, Madrid, 1980, pág. 278.

(8) SAWYER, CAROLINE, *Principles of Succession*, Londres, 1998, pág. 173.

## 2. LA APERTURA DE LA SUCESION INTESTADA

### 2.1. CAUSAS

Señala MELLOWS (9) que las reglas que rigen la sucesión intestada han sido establecidas para reflejar las intenciones del testador corriente y de hecho están basadas en el análisis de un gran número de testamentos. Se suelen producir tres supuestos: que el causante deje esposa, pero no hijos ni parientes cercanos, en cuyo caso el cónyuge lo recibe todo; que deje cónyuge e hijos, en cuyo caso la herencia se distribuye entre ellos, o que queden únicamente parientes cercanos, los cuales, entonces, recibirán toda la herencia.

La sucesión intestada se produce cuando una persona no dispone de todos o parte de sus bienes por testamento, bien porque no lo ha otorgado o bien porque el que ha hecho ha devenido nulo en todo o en parte.

Los autores (10) suelen recoger de forma casuística las razones o causas por las que se abre la sucesión intestada:

- La falta de capacidad originaria o sobrevenida del causante que le impide otorgar un testamento válido.
- La propia intención del causante contraria a otorgar testamento por considerarlo demasiado caro o problemático (11). En este sentido, señalan BRAMLEY y RIDETT (12) que dos de cada tres personas que fallecen en Inglaterra y Gales lo hacen sin haber otorgado testamento.
- La ineficacia sobrevenida o la revocación del testamento, bien intencionadamente, bien mediante la realización de actos que suponen su revocación, como la celebración de un posterior matrimonio por el testador.

La sucesión intestada presupone que se ha producido el fallecimiento del causante sin que éste haya previsto la sucesión de sus bienes para después de su muerte. La regulación que la ley establece va a perseguir dos propósitos: en primer lugar, contempla la adopción de las medidas necesarias para proveer la administración de la herencia, de tal forma que puedan ser pagadas las deudas del causante y los gastos de la sucesión a fin de distribuir el remanente

(9) MELLOWS, ANTHONY R., *The Law of Succession*, Londres, 1983, pág. 151.

(10) Por todos, SPEDDING, LINDA S., *Succession: The Law of Wills and Estates*, Londres, 1997, pág. 193.

(11) En Derecho inglés el testamento se puede otorgar válidamente con un mínimo de formalidades, lo que ha producido una variada casuística judicial sobre la eficacia de los mismos, basada, en muchos casos, en la falta de conocimientos y de asesoramiento jurídico al testador.

(12) BRAMLEY, SHEILA y RIDETT, ROBIN, *Wills, Probate and Administration*, Bristol, 1997, pág. 103.

entre quienes tengan derecho a la herencia y, en segundo lugar, determina quiénes van a ser los llamados a la misma y cómo se van a distribuir entre ellos los bienes que la componen.

Se distingue entre dos clases de sucesión intestada:

- a) Total: cuando no ha otorgado testamento, éste es nulo o posteriormente el testador lo ha revocado válidamente.
- b) Parcial: cuando el testador no ha dispuesto de todos sus bienes por testamento o éste, por cualquier causa, es ineficaz en parte.

## 2.2. LEGISLACIÓN VIGENTE

La sucesión intestada se rige fundamentalmente por la Parte IV de la Administration of Estates Act de 1925. Esta norma ha sido modificada por la Intestates' Estates Act de 1952, la Family Provision Act de 1966, la Family Law Reform Act de 1969, la Administration of Justice Act de 1977, la Family Law Reform Act de 1987 y la Law Reform (Succession) Act de 1995.

Antes de 1926, las normas que regulaban la sucesión intestada distinguían entre los bienes inmuebles, que pasaban al hijo mayor, y los muebles, que se dividían entre la viuda e hijos, si el que fallecía intestado era el marido o que correspondían íntegramente al viudo cuando la causante era la esposa. El principal efecto de la reforma de 1925 fue el de suprimir la diferencia entre bienes muebles o inmuebles, así como la discriminación por razón del sexo del causante. Se ha señalado gráficamente (13) que como consecuencia de la reforma de 1925 el cónyuge viudo salió beneficiado en perjuicio del hijo mayor.

La Administration of Estates Act de 1925 fue reformada por disposiciones posteriores. Esta norma fue profundamente revisada en 1952 como consecuencia de las recomendaciones efectuadas por el Informe del Comité Morton de 1951. El Comité hizo diversas recomendaciones en relación con la sucesión intestada tendentes a reforzar la posición del cónyuge viudo mediante el aumento de su cuota legal en la herencia y la posibilidad de la adquisición de la vivienda familiar y a la aplicación a este tipo de sucesión de la legislación protectora de la familia. Como consecuencia de este informe se aprobó la Intestates' Estates Act de 1952. Otras reformas posteriores se llevaron a cabo por la Family Provision Act de 1965, y las Family Law Reform Acts de 1969 y 1987, la Administration of Justice Act de 1977. Toda esta legislación fue revisada por la Law Commission en su informe *Distribution on Intestacy* (La distribución de la herencia intestada) de diciembre de 1989, que propuso

---

(13) PARRY & CLARK, *The Law of Succession*, pág. 54.

como medidas de reforma de las normas sobre sucesión intestada, las siguientes: *a*) la derogación de las normas sobre colación, *b*) el cónyuge viudo sólo podría heredar bajo las normas de la sucesión intestada si sobrevivía más de catorce días al causante, y *c*) que el cónyuge viudo fuera el único heredero en caso de abintestato. Sobre la base de dichas propuestas (14) se promulgó la actual Law (Reform) Succession Act de 1995, que regula la sucesión intestada de las personas fallecidas a partir del 1 de enero de 1996.

### 3. LA ADMINISTRACION DE LA HERENCIA

La apertura de la sucesión intestada va a discurrir por dos fases sucesivas. En un primer momento se adoptan las medidas tendentes: liquidación y administración de la herencia, mediante el nombramiento de la persona o personas que van a administrar y gestionar ese patrimonio de acuerdo con las normas legales. Estas personas son conocidas como los representantes personales (*personal representatives*) de la herencia. Como se verá a continuación, esta figura desempeña una función de gran importancia dentro del esquema legal de la sucesión, ya que van a quedar en sus manos las más amplias funciones necesarias para la administración del caudal relicto.

La primera fase de la apertura de una sucesión intestada tiene por objeto la adopción de las medidas necesarias para la administración de la herencia, mientras ésta es liquidada y se distribuyen los bienes entre los llamados a la misma. Inicialmente la administración de la herencia se confía temporalmente al Estado. La herencia será gestionada por un órgano judicial, el *Probate Judge* (el Presidente de la Sección de Familia del Tribunal Supremo de Justicia) en tanto no se atribuya la administración de la misma a la persona o personas que hayan solicitado se les confiera la administración de la misma (art. 9 de la Administration of Estates Act de 1925). A las personas encargadas de la administración y liquidación de la herencia se las designa genéricamente como representantes personales (*personal representatives*) y su nombramiento debe efectuarse necesariamente por resolución de los Tribunales.

Una vez terminada la administración de la herencia, administración que no hay que entender en su sentido estricto, ya que, como veremos, los representantes personales tienen facultades de disposición de los bienes que la integran, se practica la distribución de la misma respecto de los bienes que no se hayan vendido, así como del dinero obtenido por la venta de los mismos.

---

(14) Excepto la propuesta relativa a que en caso de que el fallecido intestado dejara cónyuge, en cuyo caso toda la herencia pasaría al mismo, propuesta que fue rechazada.

### 3.1. LOS REPRESENTANTES PERSONALES DE LA HERENCIA

Cuando se abre una sucesión intestada, el primer paso que la ley prevé es el de adoptar las medidas necesarias para la conservación y administración de la herencia. Esta se va a entregar a los llamados representantes personales, que son aquellas personas físicas o jurídicas encargadas de la administración de la herencia. Esta figura recibe distinta denominación dependiendo de que exista o no exista testamento. Cuando la sucesión se rige por el testamento del causante, los encargados de la liquidación de la herencia, nombrados por aquél, reciben usualmente el nombre de ejecutores testamentarios o *executors*, mientras que los encargados de la administración de la herencia, cuando es intestada, son denominados administradores o *administrators*. Los representantes personales de la herencia son, pues, los encargados de administrar y distribuir la misma en los términos previstos por la ley.

#### 3.1.1. *Caracteres y naturaleza jurídica del cargo de representante personal*

El cargo de representante personal reúne las siguientes características:

- Es una función cuyo ejercicio precisa nombramiento judicial. Como veremos, el nombramiento o la confirmación del nombramiento de las personas que van a ejercer estas funciones es competencia exclusivamente de los Tribunales. El control judicial no se limita únicamente a la designación como representante personal, sino que los Tribunales tienen también facultades para dirigir la administración de la herencia, como se tratará más adelante.
- Es un cargo temporal. La función esencial del representante personal es la de pagar las deudas de la herencia, con facultades de disposición, si fuesen necesarias, de los bienes que la integran. Una vez satisfechas dichas deudas, los representantes personales distribuirán entre los beneficiarios de la misma, los bienes restantes o el producto de su venta, cesando en su cargo. Aunque es un cargo eminentemente temporal, la ley no determina el momento de inicio y de terminación del mismo, y el nombramiento incluso puede ser efectuado después de que haya finalizado el período de administración propiamente dicho.
- El contenido de su cargo y la amplitud de sus facultades varía dependiendo de cada caso y viene determinado por su nombramiento. En dicho nombramiento se confiere a la persona designada las facultades que tendrá como representante personal indicándose los términos y la extensión de la administración deferida.

- Es un cargo voluntario. Debe ser voluntariamente solicitado y en ningún caso podrán los Tribunales obligar o compeler a nadie a la aceptación de este cargo.
- A diferencia de la sucesión testada, en que las facultades del ejecutor testamentario surgen en el momento de la muerte del causante, en la sucesión intestada la fecha del nombramiento será la que determine el inicio de su cargo.
- El cargo de administrador tiene carácter personal sin que, en principio, sea posible su transmisión *inter vivos* o *mortis causa*.
- Durante el período de administración se va a producir la separación patrimonial entre los bienes que recibe el representante personal en su condición de tal, de los demás bienes que integran su propio patrimonio, creándose dos patrimonios diferentes con independencia de que tenga poder de disposición sobre los bienes que componen ambos patrimonios.
- El objeto de su actuación puede ser la totalidad de la herencia o bien, parte de la misma, en los términos que resulten de su nombramiento.

Señala BAZ IZQUIERDO (15) que la ley ha equiparado a los representantes personales, en cuanto a su estatuto, con los fiduciarios encargados de la venta de bienes sujetos a fideicomiso, especialmente en cuanto a la facultad para cancelar cargas que graven los bienes de la herencia mediante consignación liberatoria de su importe.

El cargo de representante personal se diferencia, sin embargo, del fiduciario (*trustee*) en que la función del primero consiste en liquidar la herencia y distribuir los bienes, mientras que el fiduciario debe mantener los bienes, objeto del fideicomiso, hasta que se produzca un hecho determinado. La distinción entre ambos cargos es importante ya que, en caso de pluralidad de los mismos, si son representantes personales cada uno de ellos puede actuar solidariamente, mientras que en el caso de los fiduciarios la actuación debe ser en todo caso conjunta. Sin embargo la jurisprudencia, en algunos casos, ha venido en considerar como fiduciarios a los representantes personales cuando ya han liquidado la herencia y están administrando el remanente de la misma (16).

En *Attenborough v Solomon* (1913) (17) se suscitó la cuestión sobre un acto de disposición de una vajilla de plata realizada por uno

---

(15) BAZ IZQUIERDO, FERNANDO, *Derecho inmobiliario e hipotecario inglés*, Madrid, 1980, pág. 499.

(16) *Re Ponder*, *Ponder v Ponder* (1921) o *Harvell v Foster* (1954).

(17) Si bien el caso se refiere a un supuesto de sucesión testada, la cuestión planteada es perfectamente extrapolable a los administradores de la intestada.

solo de los representantes personales (la vajilla fue dada en prenda en garantía de un préstamo). Durante el período de la administración de la herencia, cualquier representante personal podía, por sí solo, proceder a realizar actos de enajenación o gravamen de la misma sin necesidad del consentimiento de los demás. Sin embargo, el acto de disposición se realizó diez años después de que el período de administración de la herencia hubiese concluido. El Tribunal entendió que los representantes personales se habían convertido en fiduciarios y que por tanto su actuación debía ser conjunta. En consecuencia, no se consideró válida la actuación aislada de uno de ellos.

También se distinguen los representantes personales de los fiduciarios en el plazo de prescripción de las acciones derivadas de la responsabilidad en que hubieran incurrido por su actuación. Las acciones de responsabilidad contra los representantes personales tienen un plazo de prescripción de doce años (18), mientras que el de las acciones contra los fiduciarios es de seis años.

### 3.1.2. *El número de representantes personales*

El artículo 114.1 y 2 de la *Supreme Court Act* de 1981 regula el número máximo y mínimo de administradores. No se puede conferir el nombramiento a más de cuatro personas para la administración de la misma parte o porción de la herencia. Aunque la administración se puede atribuir a una sola persona, la regla quiebra cuando existe algún beneficiario menor de edad o algún derecho vitalicio. En este caso habrán de nombrarse como mínimo dos administradores, cuando se trate de personas físicas. Pero en este caso la muerte de una de ellas durante el período de administración no supone que se deba proveer necesariamente al nombramiento de otra, salvo que los Tribunales lo consideren conveniente.

### 3.1.3. *Requisitos para obtener el cargo de representante personal*

El cargo de administrador tiene carácter voluntario y debe ser solicitado expresamente por la persona que quiera desempeñar dicha función. Para ejercer el cargo de administrador se requiere:

— que tenga capacidad legal para ser administrador;

---

(18) Artículo 22 de la *Limitation Act* de 1980.

- que el solicitante esté incluido dentro de los grupos o categorías de personas legitimadas para solicitarlo. Como veremos, la ley establece una serie de grupos de personas en los que el grupo anterior excluye al posterior;
- que se solicite expresamente,
- y que no exista otra persona con mejor derecho a solicitarlo que, efectivamente, lo haya solicitado.

Respecto a la capacidad para ser administrador, pueden desempeñar el cargo tanto las personas físicas como las jurídicas. También puede ser administrador una sociedad fiduciaria (*Trust Corporation*), bien por sí sola, bien conjuntamente con otra persona física. En ningún caso podrán serlo los menores de edad o las personas que no sean aptas para la administración y gobierno de sus propios bienes, ya sea por causa de incapacidad física o de incapacidad mental (19).

Además, para ser administrador de una herencia intestada hay que estar incluido en uno de los grupos establecidos por la ley.

La regla 22 de las *Non-Contentious Probate Rules* de 1987, especifica el orden de prioridad entre las personas que pueden solicitar el nombramiento de administrador. Sólo serán aplicables cuando la sucesión sea completamente intestada y el causante haya fallecido después de 1925. Señala SAWYER (20) que la estructura de las reglas contenidas en la citada norma están basadas en las relaciones familiares existentes entre el administrador y el causante y obedecen al mismo fundamento que los llamamientos a la herencia que regulan las normas de la sucesión intestada. Estas categorías tienen carácter excluyente, de tal forma que la anterior excluye a la posterior. Si el nombramiento fuera solicitado por personas pertenecientes al mismo grupo, y no llegaran a un acuerdo, el conflicto se resolverá por resolución judicial.

1. El primer grupo es el de aquellas personas que estén llamadas o tengan algún derecho en la sucesión del causante. El representante personal de cualquiera de ellos tiene también el mismo derecho a solicitar el nombramiento de administrador que cualquiera de las personas a las que representan. Además, el derecho a la herencia debe ser efectivo y no estar enervado por otro llamamiento preferente. Es decir, no es sólo necesario estar incluido en uno de los grupos que la ley establece, sino que también se precisa el ostentar algún derecho efectivo en la herencia, ya que, en otro caso, no cabe solicitar el nombramiento de administrador. Por tanto, para determinar qué personas

---

(19) Regla 35 de las *Non Contentious Probate Rules* de 1987.

(20) SAWYER, CAROLINE, *Principles of Succession*, Londres, 1998, pág. 273.

están legitimadas para solicitar el nombramiento de administrador, hay que aplicar las reglas que rigen la sucesión intestada, sobre todo en caso de concurrencia de varias categorías de parientes llamados a la misma.

Dentro de este primer grupo, el orden de prioridad es el siguiente:

- El cónyuge superviviente.
- Los hijos del causante y los descendientes de los hijos premuertos al causante.
- El padre y la madre del causante.
- Los hermanos y hermanas de doble vínculo, y los descendientes de los que hubieran premuerto al causante.
- Los medio hermanos y medio hermanas y los descendientes de los que hubieran premuerto al causante.
- Los abuelos.
- Los tíos y tías de doble vínculo y los descendientes de los que hubieran premuerto al causante.
- Los medio tíos y medio tías y los descendientes de los que hubieran premuerto al causante.

2. En defecto de las personas que integran el anterior grupo, el *Treasury Solicitor* puede reclamarlos como *bona vacantia* en representación de la Corona.

3. A falta de los anteriores grupos o si desaparecieran las personas legitimadas, podrán solicitar el nombramiento de administrador cualquier acreedor, o su representante, o cualquier titular de algún derecho sobre la herencia por razón del derecho de acrecer.

#### 3.1.4. *La solicitud para el nombramiento de representante personal*

Además de tener la capacidad legal necesaria y estar incluido dentro de alguno de los grupos que la ley establece, la persona que quiera ser administrador de la herencia debe solicitarlo expresamente. Hemos visto que el cargo es voluntario y, por tanto, las personas facultadas para solicitar el nombramiento no pueden ser obligadas a la aceptación del cargo (21). Por tanto pueden aceptar o renunciar libremente el nombramiento. Sin embargo el Juez, a instancia de la persona que quedaría legitimada a continuación, puede citar a dichas personas para compelelras a que soliciten o renuncien al nombramiento.

La solicitud para el cargo debe ser expresa. A diferencia de lo que ocurre con los ejecutores testamentarios, los administradores de una herencia intes-

---

(21) In the Goods of Davis (1860).

tada no pueden aceptar tácitamente su cargo mediante la realización de actos que presupongan su voluntad de actuar como tales. El administrador debe solicitar expresamente de los Tribunales su nombramiento y no puede ser forzado por éstos a la aceptación. Desde un punto de vista formal, la renuncia se realiza mediante escrito firmado por el renunciante que se archiva en un *Probate Registry*.

La solicitud para el ejercicio del cargo se formaliza mediante la correspondiente declaración que se otorga bajo juramento (*Oath*) y que contiene la fecha de fallecimiento del causante, el carácter de la sucesión (testada o intestada), el fundamento de la legitimación del solicitante para obtener el nombramiento y el importe bruto a que asciende la herencia. Esta declaración es depositada en el Registro del Tribunal competente, que decidirá si otorga el nombramiento.

Hemos visto que el cargo de administrador es una función cuyo ejercicio precisa nombramiento judicial. Para ejercer la administración de la herencia intestada se requiere una especial designación que habilita al nombrado para tal propósito. A tales efectos, la División de familia del Tribunal Superior de Justicia (*High Court*) emite un documento denominado *Letters of Administration* (Carta de Administración). El Tribunal Superior de Justicia tiene jurisdicción exclusiva para expedir la carta de Administración en Inglaterra y Gales, así como para entender de las cuestiones que se planteen respecto de su concesión o revocación. Los Tribunales de Condado (*County Courts*) tienen también competencia para conocer, limitada a ciertas cuantías, los conflictos que surjan en esta materia.

Pero en todo caso se requiere que existan bienes de la herencia radicados en Inglaterra o Gales que sean susceptibles de administración, ya que el propósito de la concesión de las *letters of administration* es el de facultar al nombrado para la administración de los bienes de la herencia (22). A estos efectos es indiferente que los bienes se hallaran en Inglaterra o Gales antes de la muerte del causante o fueran llevados allí después de su muerte (23). La *Administration of Estates Act* de 1971 establece el reconocimiento directo de los nombramientos de administrador efectuados por los Tribunales y Autoridades de Escocia (24) e Irlanda del Norte (25), siempre que el causante hubiera fallecido domiciliado en cualquiera de dichos países. De esta forma,

---

(22) In the Goods of Coode (1867).

(23) In the Goods of Coode (1867) y *Stubbing v. Clunies-Ross* (1911).

(24) En Escocia el equivalente a las *letters of administration* o nombramiento de administrador se denomina *confirmation* o *certificate of confirmation*. El equivalente del administrador es el ejecutor dativo (*executor dativo*).

(25) En Irlanda del Norte el nombramiento de administrador se otorga por el Tribunal Superior de Justicia de Irlanda del Norte.

el nombramiento obtenido en Escocia o Irlanda del Norte es válido para la administración de los bienes de la herencia situados en Gales o Inglaterra.

Sin embargo el artículo 2.1 de la Administration of Justice Act de 1932, deja a la discreción de los Tribunales la facultad de conceder las *letters of administration*, aunque el causante no haya dejado bienes en Inglaterra o Gales. Pero como señala PARRY & CLARK (26) deben existir razones suficientes que justifiquen el nombramiento de administrador en tales circunstancias. En el mismo sentido se declaró en *Aldrich v. Att-Gen* (27) que las facultades concedidas por el citado artículo 2.1 de la Administration of Justice Act de 1932, no están en algún modo limitadas o condicionadas por el hecho de que el causante tuviera su último domicilio fuera de Inglaterra.

Dentro del Tribunal Superior de Justicia, y a partir de 1971, la competencia para la expedición de los nombramientos de administrador está dividida entre la División de Familia y la Sala de la Cancillería (28).

A la primera se le atribuye la expedición de cartas de Administración bajo forma ordinaria, cuando no existe contienda sobre el nombramiento. El artículo 128 de la Supreme Court Act de 1981 entiende que el nombramiento de administrador no es contencioso cuando no existe oposición al mismo. Señala PARRY & CLARK (29) que la mayor parte de las *letters of administration* son expedidas bajo la forma ordinaria, ya que raramente se produce oposición al nombramiento de un administrador de la herencia. Además, también son considerados como no-contenciosos los nombramientos de administrador que se otorgan cuando ya ha recaído resolución judicial firme sobre algún punto de la herencia que hubiese suscitado contienda. De esta forma la mayor parte de los nombramientos de administrador son otorgados por la División de Familia del Tribunal Superior de Justicia.

A la Sala de la Cancillería competen, por el contrario, aquellos nombramientos respecto de los cuales se ha suscitado contienda. Dentro de los nombramientos de administrador que expide esta Sala se distinguen, en relación con la sucesión intestada, las siguientes acciones que pueden ejercitarse simultáneamente:

- Las llamadas *interest actions*, en las que el derecho que el solicitante alega para la obtención de las *letters of administration* es contestado por otra persona.

---

(26) PARRY & CLARK, *The Law of Succession*, Londres, 1996, pág. 323.

(27) (1968).

(28) Esta competencia estuvo atribuida desde 1858 a 1875 al Tribunal de Actas Probatorias (*Court of Probate*) y desde 1875 a 1971 a la División de Actas Probatorias, Divorcio y Almirantazgo (*The Probate, Divorce and Admiralty Division*) del Tribunal Superior de Justicia.

(29) PARRY & CLARK, *The Law of Succession*, Londres, 1996, pág. 321.

— Las acciones dirigidas a la revocación de un nombramiento de administrador previamente concedido por los Tribunales.

También que los Tribunales de Condado tienen competencia, si bien limitada, en esta materia. Estos Tribunales tienen competencia para decidir sobre controversias que surjan del nombramiento de administradores, siempre que la cuantía de la herencia no exceda de 30.000 libras esterlinas. Dentro de esta cuantía el Tribunal de Condado tiene las mismas facultades que se han expuesto respecto de la Sala de la Cancillería.

Pero en todo caso los Tribunales tienen la facultad de prescindir de la persona que en circunstancias normales hubiese recibido el nombramiento de administrador y nombrar a aquélla que consideren conveniente *por razón de cualquier circunstancia especial*. PARRY & CLARK (30) cita como supuestos en los que los Tribunales han ejercitado esta facultad, el de una persona cumpliendo condena en prisión: *In the Estate of S.* (1968); el de una persona en paradero desconocido: *In the Goods of Callicot* (1899) o una persona residiendo en el extranjero: *In the Goods of Cholwill* (1866).

El cargo de administrador sólo puede ser conferido por los Tribunales con carácter personal, de forma que la muerte del administrador nombrado no produce por sí sola la transmisión del cargo. En este caso y si no ha finalizado la administración de la herencia, los Tribunales nombrarán nuevos administradores *de bonis non administratis*.

### 3.1.5. *Facultades del representante personal*

El representante personal de la herencia o administrador tiene como funciones primordiales la liquidación, administración y distribución de la herencia intestada. Estas funciones han sido estudiadas por los autores de una forma casuística. Así MELLOWS (31) enumera como fines de la administración de la herencia, entre otros:

1. Determinación de los bienes y deudas de la herencia.
2. Pago de los impuestos que gravan la sucesión.
3. Obtención del nombramiento de administrador o *letters of administration*.
4. Pago de las deudas del causante.
5. Realización de los bienes de la herencia para el pago de las deudas de la misma.

---

(30) PARRY & CLARK, *The Law of Succession*, Londres, 1996, pág. 313.

(31) MELLOWS, ANTHONY R., *The Law of Succession*, Londres, 1983, pág. 275.

6. Pago de las deudas de la herencia.

7. Confección de las cuentas de la liquidación de la herencia, detallando los bienes recibidos, los pagos hechos y el balance de la misma a entregar a los beneficiarios que tengan derecho al remanente.

Por su parte, BRAMLEY y RIDETT (32) distinguen cuatro etapas en la administración y liquidación de la herencia intestada:

- En primer lugar, hay que determinar en cada caso concreto cuáles son las facultades y obligaciones de los representantes personales de la herencia que permitan llevar a cabo su función.
- Deben, a continuación, recoger y tomar posesión de los distintos bienes que integran el acervo hereditario.
- Una vez determinado y recogido el caudal hereditario, los representantes personales deben pagar los gastos de funeral y demás deudas de la herencia.
- Por último, una vez finalizada la administración y liquidación de la herencia, tiene que entregar los bienes sobrantes a los llamados a la sucesión.

El artículo 33 de la Administration of Estates Act recoge el régimen legal establecido para la administración de la herencia:

1. Los representantes personales de la herencia están obligados a mantenerla en fideicomiso para la venta y conversión en dinero de los bienes que la componen (33). Nos hallamos ante un fideicomiso que nace de un imperativo legal y que forma parte de los llamados *statutory trust for sale*. Como señala BAZ IZQUIERDO (34), la constitución del fideicomiso para venta entraña la transformación, aunque sólo sea conceptual, de bienes en dinero, cualquiera que sea la fecha en que tal evento llegue efectivamente a producirse, por lo que el derecho real de los beneficiarios tiene por objeto el producto de la venta y no el bien sujeto a fideicomiso.

2. Los representantes de la herencia tienen la facultad de posponer la venta hasta cuando lo consideren conveniente. Según el citado artículo 33.1, la obligación de venta de los bienes hereditarios queda sujeta a las siguientes limitaciones:

---

(32) BARMLEY, SHEILA y RIDETT, ROBIN, *Wills, Probate and Administration*, Bristol, 1997, pág. 239.

(33) En caso de sucesión intestada parcial, será respecto de los bienes que el testador no haya dispuesto válidamente por testamento.

(34) BAZ IZQUIERDO, FERNANDO, *Derecho inmobiliario e hipotecario inglés*, Madrid, 1980, pág. 191.

- a) Cuando exista algún derecho cuyo titular sea un tercero, pero que deba revertir necesariamente a la herencia a la muerte de éste o bajo otras condiciones. En este caso no se procederá a la venta hasta que se produzca la reversión, salvo que exista una razón o causa especial para venderlo. Por ejemplo, cuando el causante, al momento de su muerte, esté llamado a algún derecho que a su vez esté limitado por otro de carácter vitalicio cuyo titular no haya fallecido. Hasta el fallecimiento de éste, no ingresará aquel derecho en el patrimonio del causante y, por tanto, hasta entonces no podrá ser vendido.
- b) Las pertenencias personales (35) del fallecido quedarán excluidas de la venta, a menos que la administración de la herencia imponga la venta de las mismas o que, a juicio de los representantes de la herencia, exista alguna razón especial para su disposición.

Sin embargo, este fideicomiso para la venta y conversión de los bienes de la herencia, impuesto por disposición de la ley, no tendrá lugar en los siguientes casos (36), que contemplan supuestos de sucesión intestada parcial:

- cuando se constituya en el testamento un derecho limitado sobre un bien determinado sin designar quién es el nudo titular del mismo,
- cuando respecto de la parte dispuesta por testamento, el testador ya hubiera constituido un fideicomiso sobre ella.

3. Los representantes personales de la herencia estarán obligados al pago de los gastos de funeral, deudas de la herencia y gastos de administración de la misma con cargo al metálico existente en la misma o con el producto de la venta de los bienes que componen la misma.

4. Asimismo los representantes personales de la herencia tienen facultades para invertir el producto de la venta de los bienes hereditarios, en caso de menor edad de algún beneficiario o de existencia de algún derecho de carácter vitalicio sobre la misma.

### 3.1.6. *La responsabilidad de los representantes personales*

El artículo 25 de la Administration of Estates Act de 1925 (37) establece que los representantes personales tienen la obligación de recoger y traer a la

---

(35) Que vienen definidas, como se verá más adelante, por el artículo 33 de la Administration of Estates Act de 1925.

(36) *Re Mackee* (1931).

(37) Modificado por el artículo 9 de la Administration of Estates Act de 1971.

herencia todos los bienes muebles e inmuebles que pertenecían al causante y administrarlos de acuerdo con lo dispuesto en las leyes. La jurisprudencia ha completado el contenido de esta obligación señalando que dentro de las obligaciones de los representantes personales están las de pagar las deudas del causante con la debida diligencia y asumir un cuidado razonable para la conservación de los bienes que componen la herencia. El representante de la herencia responde personalmente del deterioro o pérdida de cualquiera de los bienes que integran la misma como consecuencia del incumplimiento de sus deberes como tal representante.

Dentro del incumplimiento de las obligaciones del representante personal se encuentran aquellos supuestos conocidos como *devastavit* en los que se produce una disminución del valor del caudal hereditario como consecuencia de la realización por los representantes personales de actos u omisiones que producen esos efectos.

Señala PARRY & CLARK (38) que cuando un representante personal incumple cualquiera de las obligaciones inherentes a su cargo, se dice que ha cometido un *devastavit*. Esta responsabilidad se extiende tanto frente a los beneficiarios de la herencia como frente a los acreedores de la misma.

Entre ellos se señalan:

- Todas aquellas omisiones en la protección de la herencia que traen como consecuencia una disminución del valor de la misma, ya sean debidas a una actitud pasiva que provoca la disminución del valor de la herencia o a la conducta negligente en el pago de las deudas de la misma.
- El incumplimiento de los deberes de distribución de los bienes de la herencia entre los llamados a la misma.
- La malversación de los fondos de la herencia o su aplicación a intereses propios del representante personal.

Sin embargo, si el representante personal que incurrió en *devastavit* prueba que la conducta que ocasionó los daños a la herencia fue realizada con el consentimiento de los beneficiarios o acreedores, quedará liberado de toda responsabilidad. Pero bastará con que pruebe que aquellos tuvieron conocimiento de esos actos, sin que sea necesario probar que debían conocer también sus consecuencias (39). El consentimiento de un acreedor o beneficiario no afecta a los derechos de los demás interesados en la herencia que no hubieran prestado su consentimiento. Pero de acuerdo con el artículo 62 de la *Trustee Act* de 1925, los Tribunales podrán embargar todos o parte de los

---

(38) PARRY & CLARK, *The Law of Succession*, Londres, 1996, pág. 494.

(39) *Holder v. Holder* (1968) o *Re Freeston's Charity* (1978).

derechos en la herencia de aquellos beneficiarios que hubieran inducido, pedido o consentido por escrito la conducta del representante personal constitutiva de *devastavit* para liberar a éste de su responsabilidad frente a los demás interesados en la herencia. Para que los Tribunales puedan decretar el embargo es suficiente que el beneficiario o acreedor hubiera conocido y consentido la conducta lesiva del representante personal, aunque no supiera que constituía incumplimiento de sus deberes como tal representante de la herencia (40).

Pero la responsabilidad del representante personal tiene carácter personal y no es responsable subsidiario de las acciones u omisiones de otros representantes personales de la misma herencia, a no ser que hubiera podido prevenir esa conducta por haberla conocido o haberla podido conocer actuando de una forma racional. Este principio no sólo es aplicable al supuesto que existan varios representantes personales en una misma herencia, sino también cuando el representante personal haya delegado sus funciones en otra persona.

Esta responsabilidad puede ser, en cambio, exonerada por los Tribunales (41). El artículo 61 de la *Trustee Act* de 1925, concede a los Tribunales la facultad de dispensar la responsabilidad de los representantes personales si a juicio de los mismos el representante actuó de forma diligente y razonable, debiendo ser, en consecuencia, excusado del incumplimiento. La carga de la prueba de que la conducta fue apropiada corresponde al representante personal. Los Tribunales deberán apreciar las circunstancias concretas que concurren en cada caso. En *Re Pauling's S.T.* (42) o en *Re Windsor Steam Coal Co* (43) los Tribunales entendieron que para el ejercicio de esta facultad moderadora de la responsabilidad de los representantes personales de la herencia era fundamental determinar el hecho de que su actuación fuera retribuida (profesionales) o que, por el contrario, el desempeño de su función hubiera sido gratuito.

Los representantes personales están también obligados a rendir cuentas de su gestión. El artículo 25 de la *Administration of Estates Act* de 1925 (44) impone al representante personal de la herencia el deber de realizar, bajo juramento, un inventario completo de la herencia y rendir cuentas de la administración de la misma cuando así sea requerido por los Tribunales. Del mismo modo tiene que mantener, en cualquier momento, las cuentas de la herencia de forma clara y exacta y mostrarlas a las partes interesadas cuando

---

(40) *Re Somerset* (1894).

(41) De la misma forma que el testador puede dispensar, en el testamento, la responsabilidad de los ejecutores testamentarios cuando el acto sometido a responsabilidad se hubiera realizado de buena fe.

(42) (1964).

(43) (1901).

(44) Con la actual redacción establecida por el artículo 9 de la *Administration of Estates Act* de 1971.

éstas lo soliciten. Pero en equidad —dicen PARRY & CLARK (45)— la responsabilidad del representante personal de la herencia no se limita únicamente a dar cuentas de la administración de la herencia sino que existen también acciones dirigidas a exigir la responsabilidad derivada del incumplimiento de los deberes implícitos a su función.

Este deber de rendición de cuentas, que tienen los representantes personales, se desdobra en una doble obligación:

- De un lado, el representante personal está obligado a rendir cuentas de los bienes de la herencia que ha recibido durante el período de administración de la misma. Es decir, se refiere a la obligación que tiene el representante personal de mantener incólume el activo de la herencia. Esta responsabilidad no se refiere únicamente a los bienes que a causa de un deliberado incumplimiento no han ingresado en la masa hereditaria sino también a aquéllos que tendrían que haber entrado en la herencia de no haber mediado ese incumplimiento consciente. Esta acción de responsabilidad no requiere que el representante personal hubiera actuado con intención de perjudicar la herencia, sino que basta que se haya producido la pérdida de algún bien o valor de los que componen la misma. En este sentido, el artículo 21 de la Administration of Estates Act de 1925, señala que el representante personal deberá rendir cuentas de las cantidades que él mismo debiese al causante, incluyéndolas en el activo de la herencia.
- De otro lado, los representantes personales están sujetos también a responsabilidad por el tratamiento que hayan dado a las deudas de la herencia. El representante personal deberá probar que ha dado una correcta aplicación a los bienes y valores de la herencia que ha utilizado para el pago de las deudas de la misma. PARRY & CLARK (46) señala como ejemplo el supuesto de que el representante personal hubiera pagado una deuda a un acreedor de la herencia que en realidad no era tal acreedor. Este pago no será aprobado por los Tribunales y el representante personal deberá restituir a su costa la cantidad que indebidamente salió de la herencia.

Estas acciones de responsabilidad que los acreedores y los beneficiarios de la herencia tienen contra los representantes personales están sometidas a unos plazos de prescripción en cuanto a su ejercicio.

El ejercicio de estas acciones por parte de los acreedores, está sujeta a las siguientes normas:

---

(45) PARRY & CLARK, *The Law of Succession*, Londres, 1996, pág. 496.

(46) PARRY & CLARK, *The Law of Succession*, Londres, 1996, pág. 498.

- a) El representante personal puede oponer la excepción de prescripción a cualquier acción que ejercite un acreedor de la herencia que tenga su origen en causas existentes durante la vida del causante en la misma forma que lo hubiera podido hacer éste si viviera.
- b) Las acciones contra el *devastavit* realizado por el representante personal durante la distribución de los bienes de la herencia prescriben a los seis años contados desde la fecha del reparto (art. 2 de la Limitation Act de 1980).
- c) El mismo plazo tiene la acción del acreedor dirigida a solicitar la rendición de cuentas de la herencia como consecuencia del *devastavit* ocasionado por un representante personal.

El ejercicio de las acciones de los herederos por responsabilidad de los representantes personales de la herencia está sujeto a los siguientes plazos de prescripción:

- Respecto de los bienes muebles que integren la herencia, el artículo 22 de la Limitation Act de 1980, establece que no se podrá ejercitar por los herederos o beneficiarios de la herencia ninguna acción contra los representantes personales respecto de dichos bienes transcurridos doce años a contar del día en que nació el derecho a reclamarlos.
- El mismo plazo de doce años tienen también las acciones dirigidas a reclamar bienes inmuebles de la herencia.

El artículo 21.1 de la Limitation Act de 1980 establece dos supuestos en los que las acciones de los herederos o beneficiarios no quedan sujetas a los citados plazos de prescripción:

1. Cuando se hubiera producido abuso de confianza o incumplimiento de las obligaciones del representante personal en los que hubiera intervenido fraude, siempre que éste hubiera sido parte o copartícipe.

2. Las acciones dirigidas a recuperar los bienes muebles o sus frutos y productos que se hallaren en posesión del representante personal de la herencia o que hubiera vendido utilizando el producto de la venta en su propio beneficio.

Los plazos de prescripción señalados pueden dilatarse cuando ha existido incapacidad del demandante o se ha producido fraude, ocultación o error. En estos supuestos el artículo 29 de la Limitation Act de 1980, entiende que el período de prescripción empieza a contar, no desde el día en que nació la acción, sino desde el día en que el representante personal tuvo conocimiento de su ejercicio.

Los representantes personales pueden incurrir en responsabilidad cuando omitan en el reparto de los bienes a alguna persona llamada a la herencia, aunque el representante personal desconociese su existencia, ya que el artículo 27 de la Trustee Act de 1925 no le proporciona ninguna protección en esta situación. Sin embargo, los representantes personales de la herencia pueden obtener la protección de los Tribunales para estos supuestos solicitando la *Benjamin Order* (47) que les permite la distribución de los bienes que componen la herencia sobre la base de unas circunstancias previamente determinadas. La *Benjamin Order* permite la distribución de la herencia bajo la presunción de que el beneficiario ausente ha premuerto al testador sin dejar descendencia, de tal forma que no tiene derecho alguno a la sucesión del causante. Si posteriormente se prueba que el ausente sobrevivió al causante, podrá aquel exigir la parte que le corresponda en la herencia a los demás interesados, pero sin que esto suponga en modo alguno responsabilidad para el representante personal que distribuyó la herencia.

#### 4. DISTRIBUCION DE LA HERENCIA

Una vez pagados los gastos y deudas de la herencia, concluye la fase de administración de la herencia intestada y los representantes de la herencia deben a la distribución de la misma. El remanente de la herencia que se va a distribuir está compuesto por el dinero que sobre la administración de la misma y por aquella parte del patrimonio hereditario que haya permanecido sin venderse y no sea necesaria para la administración de la herencia. Cuando se ha determinado el importe neto de la herencia, ya se halle compuesta de bienes o de metálico efectivo, los administradores tienen que proceder a su distribución entre los llamados a la misma. Sus destinatarios, que con toda propiedad se suelen llamar beneficiarios, tienen una posición jurídica muy parecida a los legatarios de nuestro Derecho, ya que reciben los bienes que componen la herencia sin asumir ninguna responsabilidad por las deudas de la misma o del causante. La legislación inglesa, al establecer quiénes tienen derecho a la sucesión intestada, distingue entre la sucesión intestada total y la sucesión intestada parcial.

##### 4.1. SUCESIÓN INTESTADA TOTAL

Una vez pagadas las deudas y gastos de la herencia, se procederá a la distribución del remanente de la misma conforme a lo dispuesto por el artículo 46 de la Administration of Estates Act.

---

(47) *Re Benjamin* (1902).

Se considera remanente de la herencia de acuerdo con la Parte IV de la Administration of Estates Act de 1925:

1. El dinero existente en el fideicomiso.
2. Los bienes adquiridos en concepto de inversión por los representantes personales de la herencia.
3. Los bienes de los que no se haya dispuesto por no haberlo exigido así la administración de la herencia.

Una vez se ha determinado cuál es el remanente de la herencia, los administradores han de proceder a su distribución entre los llamados a la misma de acuerdo con las normas legales. La Administration of Estates Act de 1925 distingue, a estos efectos, entre cuatro grupos: el cónyuge viudo, los hijos y descendientes, los padres, hermanos de doble vínculo o descendientes de estos últimos, y los demás parientes. Mientras los llamamientos a los tres primeros grupos, el del cónyuge viudo, el de los hijos y descendientes, el de los padres, hermanos de doble vínculo o descendientes de estos últimos, pueden coexistir en una misma herencia, el cuarto grupo, el de los demás parientes, sólo será llamado en defecto de los dos anteriores grupos.

La Administration of Estates Act de 1925 establece las siguientes reglas para la distribución de la herencia:

### 1. *Derechos del cónyuge viudo*

En primer lugar, y como requisitos previos para que el cónyuge viudo sea llamado a la herencia, se precisa:

— Que el cónyuge viudo sobreviva al causante. Habrá de estarse al momento de la muerte del causante para saber cuánto tiempo necesita sobrevivir el cónyuge viudo a aquél para adquirir derechos en la herencia.

Si el causante ha fallecido antes del 1 de enero de 1996, basta la mera supervivencia al causante, sin que sea preciso el transcurso de ningún período de tiempo. Sin embargo, en caso de que ambos cónyuges fallezcan en circunstancias que no permitan determinar quién falleció en primer lugar, no se aplica la presunción de premoriencia establecida por el artículo 184 de la Law of Property Act de 1925, que establece que cuando dos personas fallezcan en circunstancias tales que no permitan determinar cuál de las dos falleció en primer lugar, se presume que el de más edad premurió al más joven, de tal forma que éste hereda a aquél. En este caso, y a falta de prueba en contrario, se presume la conmoriencia de ambos cónyuges.

Por el contrario, si el causante ha fallecido a partir del 1 de enero de 1996, el cónyuge viudo deberá sobrevivirle por un espacio de veintiocho días. En

caso contrario se considera que el cónyuge viudo no ha sobrevivido al causante. Señala PARRY & CLARK (48) que esta reforma sigue las recomendaciones del Informe de la Law Commission: *Distribution on Intestacy* (La distribución de la herencia en la sucesión intestada) y fue puesta en vigor por el artículo 1.1 de la Law Reform (Succession) Act de 1995, que introdujo un nuevo apartado, el (2A), en el artículo 47 de la Administration of Estates Act de 1925. Esta norma excepcional sólo se aplica para el caso de conmorienza de un cónyuge y no para la de los hijos o descendientes.

— Y que no se halle judicialmente separado. Si ha recaído resolución judicial decretando la separación entre los esposos y esta situación continúa en el momento de la muerte del causante, el cónyuge viudo no tiene ningún derecho en la sucesión de aquél.

Si el cónyuge viudo reúne estos requisitos es llamado como heredero *abintestato* a la sucesión del causante. Sus derechos en la misma dependerán de la concurrencia o no con otros parientes del causante.

A) Si el fallecido no ha dejado descendencia, ni padres, hermanos de doble vínculo o descendientes de estos últimos, el cónyuge supérstite tiene derecho a la totalidad de la herencia.

B) Para el caso de que el causante halla dejado cónyuge y descendencia, la herencia se distribuirá del siguiente modo:

1. Corresponde al cónyuge supérstite, siempre que no se halle separado en el momento del fallecimiento del causante:

A) El pleno dominio de las pertenencias y objetos de uso personal del fallecido. El artículo 55.1 (x) de la Administration of Estates Act de 1925, define lo que debe entenderse por pertenencias personales mediante una prolija enumeración de las mismas (49), pero establece también como criterio distintivo, la circunstancia de que no fueran utilizados en el momento de la muerte del causante para la explotación de algún negocio o comercio. Se han suscitado dudas cuando los objetos personales son de gran valor como en el caso *Re Chaplin* (50) en el que la Chancery Division entendió incluido, dentro de la categoría de pertenencias personales, un yate a motor que usaba el causante para su recreo (51). El carácter o no de pertenencia personal debe

---

(48) PARRY & CLARK, *The Law of Succession*, Londres, 1996, pág. 33.

(49) El citado artículo enumera como pertenencias personales: Carruajes, caballos, arcos e instalaciones para establos, coches de motor y sus accesorios, utensilios de jardinería, animales domésticos, vajilla de plata, vajilla para uso personal, doméstico u ornamental, lino, porcelana, cristalerías, libros, cuadros, grabados, muebles, joyas, instrumentos y aparatos musicales o científicos, provisiones consumibles.

(50) (1950).

(51) Por el contrario, en *Re MacCulloch's Estate* (1981), los Tribunales no incluyen entre las pertenencias personales un yate que el causante disfrutaba parte del tiempo,

entenderse referido, en todo caso, al momento de la muerte del causante. MELLOWS (52) pone el siguiente ejemplo: Si un anticuario mantiene parte de sus existencias en el domicilio familiar, éstas no se entenderán incluidas dentro de las pertenencias personales que corresponden al cónyuge viudo. Pero si el anticuario, en el momento de su muerte, estaba jubilado y seguía manteniendo dichos objetos en el domicilio familiar, entonces sí que hay que conceptuarlas como pertenencias personales. En todo caso la construcción del concepto pertenencias personales ha sido realizada por la jurisprudencia a través de la interpretación que a esta expresión se le da en el ámbito de la sucesión testada como en *Re Collin's Will Trusts* (1971) en relación con una colección de monedas y sellos, en *Re Crispin's Will Trusts* (1975) acerca de una colección de relojes o en *Re Hutchinson* (1955) sobre caballos de carreras.

B) En concepto de legado legal, que se le entregará al cónyuge viudo, libre de gastos e impuesto de sucesiones, devengando interés desde el fallecimiento del causante y hasta la entrega del mismo:

- La suma de 40.000 libras esterlinas si el fallecimiento se produjo entre el 1 de marzo de 1981 y el 31 de mayo de 1987.
- La suma de 75.000 libras esterlinas si el fallecimiento se produjo entre el 1 de junio de 1987 y el 30 de noviembre de 1993.
- Y la suma de 125.000 libras esterlinas si el fallecimiento se produjo a partir del 1 de diciembre de 1993.

Este legado se entregará libre del impuesto de sucesiones o cualquier otro gasto. Además, la suma debida devengará, a favor del beneficiario, un interés anual del 6 por 100 a partir de octubre de 1983 (53), a contar desde la fecha del fallecimiento y hasta que el legado sea pagado, de acuerdo con la Intestate Succession (Interest and Capitalisation) Order de 1983. Señala PARRY & CLARK (54) que este legado, aunque tiene su origen inmediato en una disposición legal, guarda mucha semejanza con el legado pecuniario, pagadero inmediatamente después de la muerte del causante y a favor del cónyuge viudo, que se incluye en muchos testamentos. Hay que ver, sin duda, en el fundamento de esta disposición, la necesidad de proveer inmediatamente de los fondos necesarios al cónyuge viudo para sus necesidades más inmediatas sin que deba esperar la total distribución de la herencia para recibir los bienes a que tenga derecho en la misma.

---

destinándolo a alquilar el resto del tiempo, sobre los argumentos que la actividad de alquilar primaba sobre la de recreo.

(52) MELLOWS, ANTHONY R., *The Law of Succession*, Londres, 1983, pág. 152.

(53) Hasta 1977 el interés fue del 4 por 100 anual, y entre 1977 y 1983 del 7 por 100 anual.

(54) PARRY & CLARK, *The Law of Succession*, Londres, 1996, pág. 35.

Este legado legal ha ido incrementándose en los últimos tiempos. En 1987 fue aumentado de 40.000 libras esterlinas a 75.000, y en 1993 alcanzó la cantidad de 125.000 libras esterlinas. Apunta PARRY & CLARK (55) que las subidas de los últimos años parecen querer reflejar vagamente el precio de una vivienda media. Sin embargo ha sido criticado el hecho de que estas subidas se aplican mediante tramos temporales atendiendo a la fecha de fallecimiento del causante. Por ejemplo, el cónyuge viudo, cuyo esposo o esposa hubiera fallecido el 1 de junio de 1987, habría recibido, por este legado legal, 35.000 libras esterlinas más que si hubiera fallecido el día anterior. Quizá hubiera sido mejor su aplicación a todos los fallecimientos, cualquiera que fuese su fecha, ocurridos desde la entrada en vigor de la nueva norma y no sólo los producidos con posterioridad a la misma.

C) El usufructo vitalicio de la mitad de los restantes bienes de la herencia, una vez efectuados y descontados los pagos anteriores.

El artículo 47.A.1 de la Administration of Estates Act permite al cónyuge supérstite optar por la capitalización de su derecho a fin de percibir su valor en metálico (56). En defecto de pacto entre los interesados, la capitalización del derecho de usufructo se realizará utilizando los bienes que integran la herencia de los que se tenga la posesión y calculándose su valor con arreglo a tablas publicadas oficialmente (57) que tiene en cuenta índices tales como la edad del cónyuge supérstite o los intereses preferenciales de los Bonos del Estado.

Esta facultad deberá ser ejercitada dentro de los doce meses siguientes al nombramiento de los representantes de la herencia mediante escrito dirigido a los mismos, y desde ese momento sólo podrá ser revocado con el consentimiento de éstos.

En caso de que el cónyuge viudo sea el único representante personal de la herencia, debe notificar su decisión al Decano del Family Division Registry, tomándose razón de esta notificación en el citado registro, que tiene el carácter de Registro público. Esta decisión será válida aunque el cónyuge supérstite sea menor de edad, si bien el capital resultante no le será entregado hasta que alcance la mayoría de edad. Cabe también la posibilidad, para evitar el engorroso procedimiento legal, de un acuerdo entre el cónyuge supérstite y los descendientes del causante, siempre que éstos sean todos mayores de edad y tengan plena capacidad (58). En el caso de que la conmutación del usufructo se haga por la vía de acuerdo entre los interesados, no será necesario el cumplimiento de los requisitos legales antes citados.

---

(55) PARRY & CLARK, *The Law of Succession*, Londres, 1996, pág. 54.

(56) Mediante escrito que deberá ser presentado dentro de los doce meses siguientes al nombramiento de los representantes personales de la herencia.

(57) Artículo 47 A (3A) de la Administration of Estates Act de 1925.

(58) Saunders v Vautier (1841).

D) Del mismo modo, el cónyuge supérstite tiene el derecho de adquisición preferente de la vivienda familiar, derecho que le viene reconocido por el Anexo II de la Administration of Estates Act de 1925. Su artículo 5 establece que este derecho de adquisición preferente se refiere a la vivienda, siempre que forme parte de la herencia, en la que el cónyuge supérstite tenía su residencia al momento de la muerte del causante, sin que sea necesario que constituyera también la residencia de este último.

Deberá ser ejercitado dentro de los doce meses siguientes al nombramiento del representante de la herencia mediante escrito dirigido al mismo. El artículo 4.1 del citado Anexo dicta una norma para proteger, durante dicho plazo, este derecho del cónyuge viudo. Según este precepto, durante los citados doce meses, los representantes personales de la herencia no podrán vender o disponer por otro título de los derechos del causante sobre la vivienda familiar sin el consentimiento escrito del cónyuge supérstite, a no ser que fuera necesaria su venta por razones de administración de la herencia.

Este derecho podrá ser ejercitado por el cónyuge supérstite aunque el valor de la vivienda familiar exceda de la cuantía de sus derechos en la herencia (en este caso deberá abonar el exceso de valor a los representantes de la herencia o a los demás interesados). Esta norma constituye una excepción a la norma general, que permite a los representantes personales adjudicar bienes concretos de la herencia al pago de derechos en la misma, pero siempre y cuando el valor de aquellos no exceda del valor del derecho que se quiere pagar.

Se trata de un derecho exclusivo del cónyuge viudo que puede exigir su cumplimiento a los representantes personales de la herencia, a diferencia de los demás interesados que carecen de tal facultad de obligar en tal sentido a los representantes personales.

Para el cálculo del valor se tendrá en cuenta el que tenga en el momento de la adjudicación y no el del momento del fallecimiento (59).

Este derecho de adquisición preferente podrá ser ejercitado aunque el cónyuge supérstite sea uno de los representantes personales de la herencia en contra de la norma general que hace anulables, a instancia de cualquier beneficiario, la compra hecha por los representantes personales, de bienes que integran la herencia. Sólo en el caso de que el cónyuge viudo sea el único representante personal de la herencia será precisa la autorización judicial.

## 2. Corresponde a los descendientes del causante:

La cuantía de los bienes que corresponden a los descendientes del causante dependerá fundamentalmente del hecho de que éstos concurren o no con el

---

(59) *Re Collins* (1975).

cónyuge viudo. Si no existe cónyuge supérstite, los descendientes del causante tendrán derecho a la totalidad de la herencia. Si existiese cónyuge viudo, su derecho alcanzará al remanente de los bienes una vez se hayan asegurado y satisfecho los derechos del cónyuge supérstite.

Dentro de la categoría de los descendientes como herederos *abintestato*, se estudia la situación jurídica de los hijos adoptivos y la de los hijos ilegítimos.

La adopción está regulada por la Adoption Act de 1976 (60) que es de aplicación a cualquier adopción efectuada en el Reino Unido. Esta norma equipara a los hijos adoptivos con los hijos legítimos y aquellos ostentarán la misma posición jurídica que éstos respecto del cónyuge o cónyuges adoptantes.

De acuerdo con el *common law* son hijos ilegítimos o *filius nullius* cuando sus padres no estaban casados entre sí al momento del nacimiento o de la concepción. Esta distinción entre ambas clases de hijos ha ido siendo mitigada gradualmente por la legislación hasta alcanzarse la práctica equiparación entre ambos con la Family Law Reform Act de 1987, la cual, salvo algunas excepciones, ha terminado con la distinción entre los hijos por razón del matrimonio entre sus padres.

En materia sucesoria, el artículo 9 de la Legitimacy Act de 1926 concedía derechos limitados en la sucesión intestada entre la madre y su hijo ilegítimo. El artículo 14 de la Family Law Reform Act de 1969, ya equiparaba a los hijos ilegítimos con los nacidos dentro del matrimonio respecto de la sucesión intestada entre padres e hijos, pero carecían de cualquier derecho en la sucesión de los colaterales. El artículo 18 de la Family Law Reform Act de 1987 ha puesto final a esta situación al establecer que las relaciones de parentesco deben ser interpretadas sin tener en cuenta la existencia o no de vínculo matrimonial entre las personas afectadas por la misma. De esta forma los hijos de filiación no matrimonial adquieren también derechos en la sucesión intestada respecto de parientes colaterales.

Los hijos adoptados, de acuerdo con lo previsto en la Adoption Act de 1976, tendrán la misma consideración que los demás hijos, cuando hubiesen sido adoptados por los dos cónyuges conjuntamente. Si sólo hubiera sido adoptado por uno, el hijo adoptado tendrá la consideración de medio hermano respecto de los demás hijos del matrimonio.

La Family Law Reform Act de 1987 también contempla en su artículo 27 el supuesto de inseminación artificial. Según este precepto, cuando el hijo ha nacido de su madre a resultas de inseminación artificial, se entenderá que el nacido es hijo de su madre y del esposo de ella, a no ser que resulte probado que el marido de la madre se opuso a la inseminación artificial.

---

(60) Respecto de las sucesiones intestadas abiertas antes del 1 de enero de 1976, es de aplicación parcial (principalmente los arts. 16 y 17) de la Adoption Act de 1958.

Respecto de los embriones, el artículo 27 de la Human Fertilisation and Embriology Act de 1990, establece prácticamente el mismo sistema: se considera madre del nacido a la mujer que portó el embrión y padre al marido de ésta, a no ser que se hubiera opuesto a la implantación del embrión.

La distribución de los bienes que corresponden a los hijos y descendientes se regirá por las reglas contenidas en el artículo 47.1 de la Administration of Estates Act:

- Los hijos heredarán por cabezas, y los hijos y descendientes de hijos premuertos que vivan al fallecimiento del causante, lo harán por estirpes (61).
- Los hijos y descendientes no estarán legitimados para adquirir sus derechos en la herencia hasta que alcancen la edad de dieciocho años o contraigan matrimonio antes de llegar a esa edad.

El artículo 47.1.3 de la Administration of Estates Act sienta la norma, sólo aplicable cuando el causante haya fallecido antes del 1 de enero de 1996, que establece que ciertos beneficios percibidos por el hijo durante la vida del causante deberán ser tenidos en cuenta a la hora de fijar la parte que en la misma corresponde a cada uno ya que se presume que el causante quiere que todos sus hijos sean tratados por igual. Esta obligación de traer a colación (*Hotchpot*) no implica la necesidad de devolver a la herencia lo que se hubiera recibido en vida sino sólo de traerlo a cuenta, de tal forma que ningún hijo puede reclamar a otro el exceso, cuando una vez computado el valor de lo anticipado por el causante siguiera estando desfavorecido por ser insuficiente el caudal relicto para igualarlo. Es decir, cada hijo debe descontar de su parte y a favor de los demás coherederos, el valor de los bienes que a cuenta de la herencia hubiera recibido del causante. Pero si aún así, siguiera estando favorecido respecto de los demás coherederos, no está obligado a transferirles o entregarles ninguna cantidad.

El citado artículo 47.1.3 de la Administration of Estates Act se refiere a cualquier cantidad de dinero o propiedad que haya sido transferida a título gratuito por el causante a alguno de sus hijos en consideración a su matrimonio o *por vía de anticipo*. La jurisprudencia ha interpretado esta norma para delimitar cuando la entrega de una cantidad de dinero o de un bien ha de considerarse como un anticipo de la herencia. Así, en *Taylor v Taylor* (62), el Juez entendió que hay que considerar entregadas a cuenta de la herencia las cantidades destinadas a procurar a un hijo los fondos necesarios para el inicio

---

(61) El concebido y no nacido, al momento del fallecimiento del causante, se le considerará como si ya hubiera nacido a los efectos de sus derechos en la herencia.

(62) *Taylor v Taylor* (1875).

del ejercicio de una profesión o empresa. Por el contrario, las sumas entregadas para procurar los estudios necesarios para el ejercicio de esa profesión no son consideradas anticipo de la herencia (63). En caso de duda habrá de estarse a la cuantía de la suma y a la intención del causante. En *Hardy v Shaw* (64) la viuda transmitió la mayoría de las acciones de las que era titular en la empresa de la familia a dos de sus tres hijos, de tal forma que les dio el control efectivo de la misma. El Juez entendió que *el término «anticipo» no debe interpretarse estrictamente como medidas dirigidas a proporcionar un medio de vida a una persona joven o en el caso de una persona mayor, a hacerle una donación que le permita satisfacer una necesidad concreta, sino que también hay que entender incluido en el mismo las donaciones en virtud de las cuales el donante constituya una provisión permanente para el donatario. Desde que la transmisión de las acciones por la viuda a los demandados les dio el derecho a controlar la empresa, se constituyó para ellos una provisión permanente por la vía del anticipo a que se refiere el artículo 47.1.3.*

Requisitos y contenido:

- a) Incluye todas aquellas cantidades o propiedades que el causante hubiera adelantado o asignado en beneficio del hijo, por vía de anticipo, de tal forma que no serán consideradas como tales aquellas cantidades entregadas para la subsistencia o mantenimiento de los hijos o para satisfacer necesidades temporales de los mismos (65).
- b) La regla será inaplicable si de los actos del causante o las circunstancias de la transmisión se desprende su intención en contrario.
- c) Se refiere únicamente a los hijos y no a los demás descendientes (art. 47.1 de la Administration of Estates Act). Cuestión distinta es que los descendientes del hijo premuerto deberán traer a colación, al heredar en representación de aquél, todas las cantidades que por estos conceptos hubiera recibido en vida el hijo premuerto. No deberán traer, por el contrario, las que ellos hubieran recibido directamente del causante.
- d) El valor de los bienes a colacionar será el que tenga al momento del fallecimiento del causante (66).

Como hemos visto más arriba, esta obligación de traer a colación determinados bienes o derechos recibidos por los hijos sólo es aplicable a los fallecimientos ocurridos con anterioridad al 1 de enero de 1996. Señala PARRY

---

(63) Taylor v Taylor (1875).

(64) Hardy v Shaw (1976).

(65) Taylor v Taylor (1875).

(66) Hardy v Shaw (1976).

& CLARK (67) que la razón de esta reforma legislativa se debe a la poca popularidad que tenían estas reglas y que fue la causa de que la Law Commission en su Informe *Distribution on Intestacy* (Distribución de la Herencia Intestada) aconsejara la derogación de esta norma. La derogación fue llevada a efecto por el artículo 1.2 de la Law Reform (Succession) Act de 1995, y entró en vigor a partir de los fallecimientos ocurridos el 1 de enero de 1996.

C) Para el caso de que el causante halla dejado cónyuge y padres, hermanos de doble vínculo o descendientes de estos últimos, pero no descendencia, la herencia se distribuirá del siguiente modo:

1. Corresponde al cónyuge supérstite:

- a) Las pertenencias personales del fallecido, en pleno dominio, según se ha indicado más arriba.
- b) En concepto de legado legal, que se le entregará libre de gastos e impuesto de sucesiones, devengando interés desde el fallecimiento del causante y hasta la entrega del mismo:

— La suma de 125.000 libras esterlinas si el fallecimiento se produjo antes del 30 de noviembre de 1993.

— Y la suma de 200.000 libras esterlinas si el fallecimiento se produjo a partir del 1 de diciembre de 1993.

- c) Y el pleno dominio sobre la mitad de los restantes bienes de la herencia, una vez efectuados los pagos anteriores.

2. Corresponde a los padres, hermanos de doble vínculo o descendientes de estos últimos, el pleno dominio de la otra mitad de los restantes bienes de la herencia, una vez efectuados los pagos anteriores.

Esta clase de parientes es llamada en el siguiente orden, que es excluyente:

1. Los padres del causante, a su vez por partes iguales, y si alguno ha premuerto al causante, el sobreviviente heredará la totalidad de los bienes y derechos que les correspondan.

2. Los hermanos de doble vínculo, a los que se aplicarán, si son varios o alguno de ellos ha premuerto al causante, las mismas reglas que a los hijos y descendientes, con la única excepción de que no deberán traer a colación aquello que por vía de anticipo hubieran recibido en vida del causante en la forma que esta obligación se impone a los descendientes.

Los siguientes grupos de parientes sólo tendrán derechos en la sucesión intestada cuando el cónyuge haya premuerto al causante, ya que en caso

---

(67) PARRY & CLARK, *The Law of Succession*, Londres, 1996, pág. 43.

contrario la herencia corresponderá íntegramente a aquél. Es decir, la existencia del cónyuge supérstite excluye de forma definitiva los derechos que en la sucesión intestada tiene los siguientes grupos o categorías de parientes.

Estos grupos son:

3. Los hermanos de un solo lado.
4. Los abuelos, a su vez por partes iguales, y si alguno ha premuerto al causante, al sobreviviente le corresponderá la totalidad.
5. Los tíos o tías de doble vínculo, pero no sus cónyuges, aunque coloquialmente reciban el mismo nombre.
6. Los tíos o tías de un solo lado.

En caso de que no existieran parientes incluidos en los grupos anteriores, la herencia tendrá la consideración de *bona vacantia*, en cuyo caso la Corona debe decidir el destino que se da a los citados bienes.

#### 4.2. SUCESIÓN INTESTADA PARCIAL.

La sucesión intestada parcial se produce cuando el testador no ha dispuesto por completo de sus bienes o cuando por cualquier razón el testamento deviene parcialmente ineficaz. Al no existir en Derecho sucesorio inglés la figura del heredero a título universal, el testador debe disponer de todos sus bienes por vía de disposiciones particulares con el subsiguiente riesgo de que la nulidad o ineficacia de una de ellas dé lugar a la apertura de la sucesión intestada parcial. Normalmente y para evitar esta situación, los tratadistas (68) aconsejan la inserción por vía directa o por vía de sustitución de las llamadas cláusulas de residuo, mediante las cuales se pretende evitar este resultado. Por otra parte, y como veremos más adelante, la ley resuelve la situación de coexistencia con un testamento parcialmente válido que supone la sucesión intestada parcial mediante la subordinación de las reglas que rigen ésta al contenido y alcance de las disposiciones de aquél. La sucesión intestada parcial tiene carácter accesorio respecto del testamento.

Además de las particularidades que ya hemos visto hasta ahora (69), el artículo 49.1 de la Administration of Estates Act, establece algunas reglas especiales (70) para el caso de que el causante hubiese dispuesto en vida de algunos bienes o derechos en favor de su cónyuge o descendientes.

---

(68) Por todos, BARMLEY, SHEILA y RIDETT, ROBIN, *Wills, Probate and Administration*, Bristol, 1997, pág. 49.

(69) Especialmente en lo relativo a la constitución del fideicomiso.

(70) Reglas que sólo se aplican a los fallecimientos ocurridos antes del 1 de enero de 1996.

El artículo 49.1 actúa, como señalan algunos autores (71), como si el legislador hubiese dispuesto que en todos los testamentos hubiese un legado respecto de los bienes no dispuestos en el mismo, a favor de las personas a las que la ley defiere la herencia intestada. Gráficamente señala SPEDDING (72) que en caso de sucesión intestada hay que aplicar sus regals como si figurasen impresas en el testamento a continuación de la última cláusula del mismo.

Esto supone que las reglas que rigen la sucesión intestada parcial queden subordinadas a lo que el causante haya podido disponer por testamento, de tal forma que en caso de duda el testamento prevalecerá sobre dichas normas.

En este sentido, el artículo 49 de la Administration of Estates Act de 1925 establece que *cuando una persona fallezca bajo un testamento que sólo disponga efectivamente de parte de su patrimonio, esta sección de la Ley surtirá sus efectos respecto de la parte no dispuesta con sujeción a las disposiciones del testamento.*

Como señala SPEDDING (73) sólo tendrán prevalencia sobre las normas de la sucesión intestada aquellas disposiciones testamentarias que sean plenamente operativas y eficaces sin tener en cuenta la parte del testamento que nazca o devenga ineficaz. Esta sujeción de la sucesión intestada parcial, a lo dispuesto en el testamento, plantea la cuestión de si la caducidad de una disposición testamentaria por falta de destinatario (que produce la apertura respecto de los bienes afectados, de la sucesión intestada parcial) afecta también a la consideración que a esos bienes el testador había dado en el testamento.

El caso *Re Sullivan* (1930) es ilustrativo en esta materia. El testador había instituido un fideicomiso, las rentas del cual habían de ser entregadas a su viuda durante toda su vida, y a su muerte los derechos sobre la misma pasarían a sus descendientes. Pero el testador había ordenado que los ingresos procedentes de unos determinados derechos de autor de los que era titular debían ser considerados como capital de la herencia y no como rentas. El testador falleció dejando viuda pero sin descendientes. Bajo las reglas que regían la sucesión intestada por aquel entonces, los derechos de autor eran considerados como rentas y no como capital. Por tanto, si el cónyuge viudo renunciaba a la herencia testada, se producía la apertura de la intestada, bajo la cual el cónyuge viudo recibía en su cuota la totalidad de aquellos derechos, ya que como entendió el Tribunal, la previsión del causante, respecto del tratamiento de los derechos de

---

(71) PARRY & CLARK, *The Law of Succession*, pág. 48.

(72) SPEDDING, LINDA S., *The Law of Wills and Estates*, Londres, 1997, pág. 212.

(73) SPEDDING, LINDA S., *The Law of Wills and Estates*, Londres, 1997, pág. 211.

autor, estaba concebida para disminuir los derechos de la viuda en beneficio de los hijos, pero no para determinar la naturaleza de tales derechos en el caso de que el testador falleciese o pudiera fallecer intestado.

La primera diferencia, dentro de las normas que regulan la sucesión intestada parcial, se refiere a la aplicación del artículo 33 de la Administration of Estates Act de 1925. Según este precepto y como hemos visto antes, los representantes personales de la herencia están obligados a mantenerla en fideicomiso para la venta y conversión en dinero de los bienes de la herencia. Sin embargo, esta obligación no se aplicará respecto de aquellos bienes que el testador haya dispuesto de forma parcial, por ejemplo, creando un derecho limitado de uso sobre ellos. De la misma forma no existirá la obligación para los representantes personales de la herencia de constituir un fideicomiso respecto de los bienes que integran la sucesión intestada cuando el testador en testamento hubiera previsto ya la constitución de uno que se refiera también a los bienes objeto de sucesión intestada parcial.

También las disposiciones contenidas en un testamento pueden variar o al menos modificar las obligaciones de los representantes personales de la herencia. Hemos visto que tienen, de acuerdo con el artículo 33.1 de la Administration of Estates Act de 1925, que utilizar el dinero existente en la herencia para el pago de las deudas y gastos de la misma, distribuyendo el remanente entre los que tengan derecho al mismo de acuerdo con las reglas de la sucesión intestada. Pero en el caso de un testamento que contenga legados pecuniarios, los representantes personales de la herencia tendrán que utilizar el dinero existente en la misma para el pago de aquéllos antes de distribuir el resto entre los beneficiarios del residuo.

La posición jurídica de los interesados en la herencia, en caso de sucesión intestada parcial, es la siguiente:

1. Respecto del cónyuge, el citado artículo 49.1 establece que si por testamento recibe algún bien o derecho de la herencia, el valor de éstos al momento del fallecimiento del causante, deberá ser deducido del importe del legado legal a que tiene derecho, según las reglas de la sucesión intestada que hemos visto antes. Pero esta deducción sólo es aplicable al citado legado legal y no a los demás bienes y derechos que pueda recibir en su calidad de heredero abintestato. Es decir, si la suma asignada por vía testamentaria excede del importe del legado legal, únicamente perderá el derecho a recibir éste conservando el resto de bienes y derechos a recibir por vía de sucesión intestada.

En esta materia surge el problema de conciliar las disposiciones del testamento con las normas que establece la ley para la sucesión intestada. En el caso *Re Bowen-Buscarlet's Will Trusts* (1970) el causante, que dejaba esposa

y una hija, había legado, por testamento, el usufructo vitalicio de sus bienes a su esposa sin especificar el destino de los mismos al fallecimiento de ésta. Por un lado se planteaba la cuestión de que si se le dejaba a la esposa el usufructo de todos sus bienes, no podía además recibir por el título de sucesión intestada el usufructo de la mitad del remanente, según se ha visto *supra*. Asimismo estaba también el problema de si era antes el legado legal que le correspondía abintestato o el citado usufructo. El dilema se resolvió adjudicando a la viuda, en primer lugar, el legado legal, y después el usufructo vitalicio del resto de los bienes, pasando el pleno dominio de éstos, a su fallecimiento, a su hija.

2. La misma disposición se establece respecto de los hijos y descendientes, que deberán deducir de la parte de la herencia que les corresponda *ab intestato*, el importe de los bienes y derechos recibidos en vida o por testamento, del causante.

Sin embargo, el problema se plantea a la vista de la contradicción entre el artículo 47.1.3 y el artículo 49.1.a, ambos de la Administration of Estates Act. El primero de los citados preceptos impone, como ya se ha visto, la obligación de colacionar únicamente a los hijos y no a ulteriores descendientes. Sin embargo el artículo 49.1.a, refiriéndose a la sucesión intestada parcial, incluye en esa obligación no sólo a los hijos, sino también a los ulteriores descendientes.

Se han ofrecido dos soluciones a esta cuestión:

La primera [iniciada en *Re Young* (1951), y continuada por *Re Morton* (1956) y *Re Grovers WT* (1971)] entiende que a la hora de computar los bienes y derechos recibidos con anterioridad o dejados por testamento, hay que entenderlos divididos por estirpes, de tal forma que cada estirpe deberá traer a colación el importe total de los valores recibidos.

Otro sector de la doctrina, todavía minoritario, entiende que los descendientes ulteriores sólo tendrían que colacionar lo recibido en el supuesto de que ostentaran algún derecho en la parte de la herencia que se defiende por las reglas del abintestato.

En todo caso, y al igual que en la sucesión intestada total, estas normas sobre colación no son aplicables a la sucesión de las personas fallecidas a partir del 1 de enero de 1996.

ANTONIO J. JIMÉNEZ CLAR  
Notario

# DICTAMENES Y NOTAS



## La doble inmatriculación y los efectos de la informatización (\*)

El Derecho Hipotecario, o casi mejor, en nuestro caso, el Derecho Inmobiliario Registral ha tenido siempre, históricamente, la preocupación por la concordancia del aspecto formal —del que emana, en gran parte, la seguridad jurídica material— con la realidad física. Y ello, en el doble frente —sustancialmente— de estos dos tipos de situaciones: las estrictamente *jurídicas*, como «titulaciones» y «cargas» —con presunción *juristantum* y *presunción de jure*— y las *materiales*, «*existenciales*» o «*exactas*», o «*medidas*».

Cuando el sistema —como el BGW alemán, o el ABGW, austríaco—, operan con una evidente conexión Catastro-Registro —además de la escasa fuerza del distingo «título» y «modo»— pueden considerarse excepcionales los supuestos puntuales en que la realidad material no responda a la realidad formal, y a la inversa (en los años sesenta, en que comisionado por el Colegio de Registradores de España, estudiamos con ALVAREZ ROMERO, el sistema austríaco, pudimos apreciar personalmente, esa compenetración, que supone una serie de mecanismos que aquí no vamos a detallar (1).

De otro lado, mientras no llegue esa conexión «natural», y dentro de los sistemas latinos en que la inscripción no es constitutiva para los actos y negocios jurídicos inmobiliarios —salvo el de hipoteca— resulta que tenemos siempre un terreno fronterizo entre la *voluntariedad* de la inscripción —con una descripción que se «*declara*» y la *aceptación* social de la obligatoriedad (2).

En el Derecho español histórico se llegó a hablar (3) de una verdadera corriente desinscritoria que no sólo afectó al área rural, sino también en la urbana, aunque fuesen más graves los efectos en las fincas rústicas, por su menor valor.

---

(\*) Comunicación VII Congreso de Derecho Agrario, Valencia, 1998.

(1) V. *Modernas orientaciones sobre la institución registral*, 2.ª ed. revisada, Madrid, 1975.

(2) V. *Modernas...*, *ob. cit.*, en el prólogo de RAMÓN DE LA RICA, 1.ª ed., Madrid, 1961.

(3) V. n. ob. *Teoría del Registro de la Propiedad como servicio público*, Madrid, ediciones 1958-1959-1991.

Razones fiscales, de cultura, de inercia, de empobrecimiento social y humano, etc., motivaron un «despegue» o «salida» del Registro —con interrupción temporal o definitiva del *tracto*— desde los primeros años de su creación —1861— con procedimientos o informaciones posesorias que, aunque rápidas, no siempre tuvieron las garantías precisas.

Existieron otros cauces —*conversión, actas* o *expedientes* para inmatriculación o para acreditar un exceso. Pero el despliegue urbanístico, en unos casos, y en otros, con las grandes reformas o transformaciones rurales y agrarias, han producido alternativa específica, más coyunturales con lo que se llama *doble inmatriculación*, o también *doble inscripción*.

En el Derecho español, esa situación, desde el primer momento, estuvo siempre prevista en la mente del legislador. Porque en su optimismo inscriptorio, nunca pudo imaginar la plena exactitud de fincas «formales» —a veces fruto, inicialmente, de una declaración de voluntad, no siempre exacta, y fincas «reales». Aún dentro de la liberalidad y bondad generalizadoras de los teóricos y de los prácticos registrales, había que presuponer un campo para el error, al margen de la otra vertiente de la acción fraudulenta dolosa o negligente (4), tanto de las partes como de los responsables profesionales.

Esta sensación de *humildad normativa* —que a su vez entrañaba asunción de riesgos— seguía subsistiendo en la Ley y Reglamento Hipotecario de España, hasta su modificación por el Real Decreto 1867/1998, de 4 de septiembre (*BOE* núm. 233). La anterior redacción (el art. 331) en aquel Reglamento, era así:

«Si el que tuviere inscrita a su favor una finca creyere que otra inscripción de finca, señalada bajo un número diferente, se refiere al mismo inmueble, podrá pedir al Juez de Primera Instancia del lugar donde radique el Registro que, con citación de los interesados y siempre que se pruebe la identidad de la finca, dicte auto ordenando que se extienda nota suficientemente expresiva de la doble inmatriculación al margen de ambas inscripciones. En el auto se reservarán los interesados las acciones de que se consideren asistidos sobre declaración del mejor derecho al inmueble, que podrán ejercitar en el juicio declarativo correspondiente».

En comentarios que habíamos hecho a dicho precepto en la comunicación para el «Encuentro latino-americano de consulta registral, agosto de 1998», era el siguiente, y viene bien recogido como antecedente:

---

(4) V. n. trab. «Ley moral y Ley Hipotecaria», pendiente de publicación en *RCDI* y en *AEDOS*. Allí estudiamos distintos posibles supuestos de responsabilidad civil y se mencionan los más frecuentes de la doble inscripción o inmatriculación.

La ubicación de este precepto en el RH para la ejecución de la LH en España, ya es significativa. Porque se encuentra en el Título VI rubricado como *De la concordancia entre el Registro y la realidad jurídica*, es decir, inmediatamente después del V, eminentemente sustantivo, *De las hipotecas*, y anterior al VII, *De la rectificación de errores en los asientos*. (Y así se mantiene aquella estructura en la nueva redacción del 313.)

Está, pues, al final de esa serie de mecanismos para encontrar y *asentar la realidad en el registro* —*expedientes de dominios y actas*— para la inmatriculación y *exceso de cabida*, inmatriculaciones en sus diversas formas, declaraciones de obra nueva, *expediente de liberación de cargas y gravámenes*, inscripción de derechos reales sobre fincas no inscritas, etc. Y, finalmente, la doble inmatriculación, artículo 313, que de suyo ha tenido y gozado de una amplia bibliografía (5).

(5) Hay abundante doctrina al respecto, aunque toda ella tropieza con los obstáculos de la resistencia, incluso a la normalización reglamentaria, a los supuestos verdaderamente singulares y complejos.

Citaremos a ABAD SÁNCHEZ, SUSANA, *Boletín del Colegio de Registradores*, agosto de 1996, págs. 1903 a 1906, sobre doble inmatriculación con ampliación de hipoteca.

— ADÁN GARCÍA, JARILLO GÓMEZ y DELGADO, comentando la Sentencia del TS de 18-5-1995, sobre los principios aplicables, entre ellos la posesión como dueño (*Boletín del Colegio de Registradores*, noviembre de 1995, págs. 2041-2042).

— HERNÁNDEZ DÍAZ AMBRONA, MARÍA DOLORES, al hablar de la Sentencia del TS de 1 de julio de 1995, sobre prescripción y doble inmatriculación en el deslinde administrativo, en *Cuadernos Cívitas de Jurisprudencia Civil*, diciembre de 1995, págs. 1161-1180.

— GÓMEZ SANTIAGO, FRANCISCO JAVIER, sobre doble inmatriculación con finca hipotecada en un mismo folio (*Boletín del Centro E. R. de Cataluña*, diciembre de 1994, págs. 54-57, reproducida en el *Boletín del Colegio de Registradores*, diciembre de 1994).

— RAGEL SÁNCHEZ, FELIPE, glosando la Sentencia del TS en doble inmatriculación, por incluso en el perímetro de una finca, *Cuadernos Cívitas de Jurisprudencia Civil*, (marzo de 1994, págs. 243-256).

— PASCUAL LIAÑO, MIGUEL, sobre la Sentencia del TS de 27-5-91, usarp. y doble inscripción.

— MUÑOZ DE DIOS, GERARDO, en un *comentario general* sobre doble inmatriculación en la Revista *La Ley* (1985, vol. 4, págs. 1032-1035).

— LASARTE, CARLOS, a la Sentencia del TS de 12-5-83, sobre doble venta y doble inmatriculación (*Cuadernos Cívitas de Jurisprudencia Civil*, diciembre de 1983, págs. 729-734).

— GARCÍA MONGE, J., «El tercero hipotecario ante la doble inmatriculación» (*Revista de Derecho Privado*, octubre de 1965, págs. 873-879).

— CÁNOVAS COUTIÑO, GINÉS, glosa a la Resolución de la DGRN de 25-10-1958, sobre criterios y antecedentes de resolución sobre doble inmatriculación, según antigüedad de fincas (*RCDI*, mayo de 1953, págs. 978-382).

— VENTURA TRAVESSET, ANTONIO, «Problemas de la doble inmatriculación y posibles soluciones legales» (*RCDI*, enero de 1949, págs. 1-15). Hay una lucida andanada de sugerencias, sin ningún resultado efectivo.

— Únicamente en la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 18-1-93 (*Lunes 4,30*, septiembre de 1993, págs. 53-54), se habla de tres criterios: qué folio está viciado, prevalencia del folio más antiguo, o si se mentalizan aplicar los criterios de la usucapión.

La solución técnico-jurídica ha querido presentarse como una más, entre otras muchas —a veces tachadas como deseos del legislador, con sentido estimulante o moralizador— para evitar fraudes y animando a la inmatriculación. Hay procedimientos, como los *expedientes* y *actas*, que exigen previamente una constancia de *no identidad*, certificación negativa y concreta, para continuar el procedimiento, el cual, con frecuencia se alarga, y hasta puede dar lugar a un cambio real o material de la finca durante el proceso.

Partiendo de que todos los asientos están al amparo de los Tribunales (art. 1 de la LH), y de que no se dan las intervenciones de oficio (6), el Registrador no es un autocensor o autocontrolador, o autoinspector de las fincas, tal como ha tenido acceso a los Registros. Aunque la intuición o la dedicación en una misma oficina le puedan ayudar a oterar posibles discrepancias, máxime cuando el documento estuviese en la oficina o lo obtuviese por los interesados.

El camino seguido por el legislador español es el de estimular a terceros la vigilancia o la diligencia de la situación real de sus inmuebles. Cuando por razones del negocio jurídico, o por cambios urbanísticos o reformas agrarias, la más obligada a aquella diligencia, puede venirse en conocimiento —«*creencia*», dice el art. 313— de que bajo otro número de finca registral haya otro inmueble «igual». Advirtiéndose que esto puede ocurrir, en la práctica no sólo en identidad total, sino de la parcial. (Tuvimos nosotros un supuesto práctico en una parcelación urbanística importante —situación que nos la encontramos con la doble nota, y que llegó al TS, aunque siguió sin ejecutarse, y manteniéndose el arrastre de aquella nota cautelara, más informativa que otra cosa, y sin caducidad.)

Cabría aquí el camino de la anotación de demanda, con unos cauces y efectos determinados, aunque con el riesgo de su limitación temporal (7). Y también el de *rectificación de errores en el Registro*, de lo que trata el Título VII. Pero se ha quedado situar el problema con mayor autonomía, es decir, que pudieran partirse de un error o no. En todo caso, merece el trato especial de la *Doble inmatriculación* como cuestión independiente.

Los efectos son el *auto* formal que ordena poner *doble nota* en las dos fincas en «discusión». Y en el *auto* mismo se reservan las partes ir al juicio declarativo correspondiente. Preguntamos: ¿Y si no lo hacen? Y ¿si aún yendo al declaratorio y tener sentencia firme —incluso en el TS—, como hemos conocido nosotros, ya no se vuelve al Juzgado inicial para ejecutar y cancelar la doble inmatriculación?

---

(6) V. n. ob. *Propiedad inmobiliaria y seguridad jurídica registral*, Madrid, 1995, cap. XIV, pág. 261 y sigs., titulado *Intervención ex-officio en la esfera registral*.

(7) Cuatro años susceptible de prórroga por otros cuatro. Artículo 86 y concordantes de la Ley Hipotecaria española.

Cuando se trata de litigantes iniciales, la responsabilidad es de ellos. Luego hay que arrastrar la nota y las operaciones posteriores. Porque no cierra el Registro tal declaración sobre la existencia de esa doble inmatriculación. Queda como una información más que puede llegar a sucesivas parcelaciones, fincas independientes, hipotecas, etc.

Indudablemente existe esa problemática que se agudiza en nuestros días por la intensidad del tráfico inmobiliario y los «intereses» de utilización del Registro. Todo ello exige una purificación cada vez más evidente. Por eso, creemos merecía la pena un *desarrollo y precisión* de ese artículo 313 del RH que acaso, tal como estaba redactado, no encerrase una buena solución ni para nosotros ni para algunos países hispanoamericanos y latinos, ni para la doble órbita urbana y agraria. Toda esa problemática tiene que estar contemplada dentro del grado de desarrollo de cada oficina, sus perspectivas, y la aceptación y utilización de la Oficina Pública como ilustramiento de «creencia» y de fidelidad. De ahí que nosotros, respetuosos con las singularidades propias de cada país, vamos a transcribir la nueva redacción. Una breve glosa, para pasar luego al tema de la informatización.

#### NUEVA REDACCION AL ARTICULO 313 DEL REGLAMENTO HIPOTECARIO

Por Real Decreto 1867/1998, de 4 de septiembre, se han modificado determinados artículos del Reglamento Hipotecario, «añeja» aspiración y pretensión. Recuerdo que por los años 1980, en el Registro de Zaragoza, se hizo ya una distribución de artículos entre los colegas —dentro de la asignación dada a aquel Distrito (8). Quizá haya sido bueno esperar —acaso no tanto— para introducir las adopciones propias como consecuencia de leyes especiales, tales como la 13/1996, o la 7/1998, o la 5/1992, y otros Decretos de múltiples efectos, algunos discutibles, al margen de normas de carácter reglamentario, a los que se habían anticipado las internas o las prácticas habituales y propias resoluciones de la Dirección General.

Transcribimos el *artículo 313* en su redacción actual, ya vigente:

#### «ARTÍCULO 313. DOBLE INMATRICULACIÓN

En el caso de doble inmatriculación de una misma finca o parte de ella en folios registrales diferentes, la concordancia del Registro con la realidad podrá conseguirse conforme a las siguientes reglas:

---

(8) Nuestra colaboración específica está transcrita en *Propiedad... Sugerencias para una reforma del RH*, pág. 397 y sigs., aunque se referían a los 37 primeros artículos del RH anterior.

1.<sup>a</sup> Cuando la finca o, en su caso, las cuotas o participaciones indivisas inscritas en diferentes folios, lo estuvieren a favor de la misma persona, la contradicción podrá salvarse, a solicitud de ésta, mediante el traslado o, en su caso, por el Registrador, de las inscripciones o asientos posteriores al folio registral más antiguo, extendiendo al final del más moderno un asiento de cierre del mismo. Si hubiese titulares de asientos posteriores afectados por el traslado, será preciso el consentimiento de éstos expresado en escritura pública.

2.<sup>a</sup> Si la doble inmatriculación lo fuere a favor de personas distintas y existiere acuerdo entre ellas, a solicitud suya y con la conformidad, en su caso, de todos los interesados, expresada en escritura pública, se procederá a cancelar o rectificar el folio convenido.

3.<sup>a</sup> El titular de cualquier derecho real inscrito sobre las fincas registrales afectadas por la doble inmatriculación, directamente o a falta del acuerdo previsto en la regla anterior, podrá acudir al Juez de Primera Instancia del lugar en que radique físicamente la finca, para que, con citación de los interesados y siempre que se pruebe la identidad de la finca, dicte auto ordenando que se extienda nota expresiva de la posible existencia de doble inmatriculación al margen de ambas inscripciones, pudiendo exigir la caución que estime adecuada para asegurar los perjuicios que se pudieran derivar. En el auto se reservarán a los interesados las acciones de que se consideren asistidos sobre declaración del mejor derecho al inmueble, que podrán ejercitar en el juicio declarativo correspondiente.

Dicha nota caducará al año de su fecha, salvo que antes se hubiere anotado la demanda interpuesta en el correspondiente juicio declarativo».

Una breve glosa, que será fácil de comprender, porque algunas de las sugerencias anteriores a la Reforma iban por ahí:

### **Párrafo primero**

*Rectificación por traslado.* Era ya una práctica habitual, aunque no generalizada: cuando las fincas o cuotas estuvieren inscritas a favor de la misma persona, pero en distintos folios, la mera solicitud al Registrador es suficiente para el traslado al folio *más antiguo*, salvo que hubiese asientos posteriores. En ese será necesario el consentimiento de los interesados. Es la doctrina general de la aplicación en la rectificación de errores en los asientos (art. 211 y sigs. de la Ley Hipotecaria y concordantes del RH).

### **Párrafo segundo**

*Rectificación por consentimiento.* Doble inmatriculación con *titulares distintos*: basta el acuerdo de los interesados expresado en escritura pública, o documento suficiente para cancelar o rectificar. También era práctica frecuente, con la novedad o precisión de que sea escritura pública, y no una mera instancia legitimada, sobre todo cuando el error pudiera estribar en otros documentos fehacientes.

### **Párrafo tercero**

*Rectificación por vía judicial.* Es el supuesto, casi literal, del primitivo y único párrafo del artículo 313 antiguo: es el más patológico, el de la falta de conformidad de los interesados, que exige acudir al Juez de Primera Instancia en donde radique la finca, para ordenar que se extienda nota marginal sobre ambos asientos, y reserva de derecho. La novedad viene en la *posibilidad* —no es *imperativa*— de una *caución*, lo que recuerda el tipo de «indemnización» opcional para el ejercicio de anotaciones de demanda (art. 139). (Con lo que se ve más evidente la casi homologación de la nota del art. 313, con las anotaciones de demanda.)

### **Párrafo cuarto**

*Caducidad.* Acaso sea la gran novedad: fijación de la *caducidad* de dicha nota, al año de su fecha, salvo que antes se hubiera interpuesto demanda para el juicio declarativo.

Vuelve a plantearse la duda de si los preceptos de carácter reglamentario pueden por sí fijar normas de caducidad de asientos, cuando afecten a derechos inscritos. Es un «viejo problema». Nos imaginamos que ha pesado más la «necesidad» y urgencia de sanear situaciones «antiguas» —pudo haberse hecho en disposiciones transitorias.

No obstante, parece que lo que se pretende estimular es la formulación de la demanda, porque si se *anota dentro del año*, la caducidad sería la propia de los cuatro años prorrogables. Si no fuere así, el plazo de un año es muy pequeño, y por tanto será inútil o no estimulante. Creemos que se podían haber separado los plazos de caducidad, con autonomía el de la nota, y el de la próroga por anotación de demanda.

Estudiemos ahora la segunda parte de nuestro dictamen:

## EFECTOS DE LA INFORMATIZACIÓN EN LA DOBLE INMATRICULACIÓN

La problemática de seguridad jurídica y la informatización, en su relación con la información —dación de datos al que tenga «interés conocido»— fue abordada por nosotros en el anterior *Encuentro del Perú (RCDI, Madrid, 1998)*. Allí la exponíamos como un problema de «organización funcional» y al tiempo, como un riesgo a la intimidad (como derecho) patrimonial. Como algo más que asunto de protección general de «datos», sino como secuela misma de un derecho privado sustancial, conquista «codificadora» y «legalizada» que brotó de la propia Revolución Francesa, y que modernamente —por desfases técnicos o «intereses»— tiende a ser mermada, o desfigurarse (9).

Aquí estamos, de alguna manera, en un supuesto distinto. Es decir, desde el momento en que la *mecanización informatizada* —como instrumento, no como finalidad— se utilice ponderadamente, y de una manera gradual, podríamos obtener dos efectos de interés:

- a) A medida de que vayan implantando *las hojas y soportes informáticos*, trasladando asientos en los libros «*históricos*» —en cada país de una manera peculiar— las descripciones de fincas deben hacerse suficientemente *precisas*, es decir, tomando incluso los datos catastrales para que esa referencia «física» sea la que constituya ya un dato *inexcusable* para el futuro.
- b) Las *nuevas y posteriores inscripciones* que provengan por inmatriculación —con acceso en sus diversas formas— también han de venir con una *base referencial catastral*, que es lo que actualmente ocurre en la legislación española.

Con esas dos pautas básicas podríamos decir que el problema de la doble inmatriculación quedaría a *extinguir*, como de hecho está ocurriendo en la realidad inmobiliaria española. Y estaría el residuo de los casos de falsedad, o fraude documental, errores singulares, algunos provenientes de la propia informatización, lo que siempre sería más fácil de corregir, y así habría que preverlo.

Claro está que para que eso suceda, el mecanismo estrictamente *jurídico* de inmatriculación —expedientes, *actas*, *antigüedad de títulos*, etc., tienen a su vez que *renovarse* y actualizarse, sobre todo para su sincronización catastral. Es decir, que si actualmente la preocupación judicial o registral estaba

---

(9) La doctrina del Magistrado del TC de España, GIMENO SENDRA, ha sido objeto de reiteradas citaciones nuestras, y sigue siendo válida.

V. también nuestra obra *Propiedad Inmobiliaria...*, *ob. cit.*, Título IX, *Publicidad formal* (art. 221). *Naturaleza y efectos extrarregistrales* (págs. 183-209).

basada, o pensando en la prueba de *titularidad* y cargas —cosa que sigue siendo fundamental— es necesario profundizar —sin perjuicio de una mayor agilización— en todos esos resortes que nos permitan incorporar una finca en su realidad física.

Al propio tiempo también, la *información* registral cada vez más ha de prestar atención a los mecanismos *informatizadores*. Al comienzo y al final de este proceso, hay una cuestión básica a la que nosotros hemos prestado atención: la coordinación de Registro-Catastro (10), como dos funciones distintas, nunca absorbidas por uno y otro, que son las tentaciones —con frecuencia cómodas— antes de situar en un solo organismo aquella conexión. Por razones políticas o administrativas, y en ocasiones de oportunidad funcional, se ha pretendido, no ya el acercamiento, sino la unidad o la fusión instrumental. Posiblemente, en la desbordante informatización de los Registros de la Propiedad que hemos advertido en Latinoamérica, para pasar de un Registro cero o muy limitado, a un *Registro total y único*, aquella tentación de que la informatización catastral asuma la registral puede ser un riesgo.

Nosotros nos inclinamos por los efectos positivos ante la *doble inmatriculación*, tanto en el momento actual en el proceso de pasar a *folios reales móviles informatizados*, como para el futuro. En estas páginas no caben muchas más filigranas. Sólo una *toma de conciencia* (11) sobre la cuestión (12), precisa-

---

(10) V. *Propiedad...*, *ob. cit.*, XVII Catastro y Registro, pág. 281 y sigs.

(11) Esa toma de conciencia ha existido siempre en los Registradores, con mayor libertad ante la «*calificación*» y siempre —es verdad— con mayor riesgo. Con la reforma de 1998, hay al menos pautas reglamentarias. En la doctrina, v. ROCA SASTRE, en *Derecho Hipotecario*, tomo 1-335 y sigs., y III-642 y 648, al hablar respectivamente de los efectos limitativos para el artículo 41 y el analizar las causas de inexactitud registral.

Por su parte, CAMY SÁNCHEZ-CAÑETE, BUENAVENTURA, en sus *Comentarios a la legislación hipotecaria*, 2.ª ed., Pamplona, 1976, hace referencia, especialmente en el tomo V, a la problemática general, contrastada con resoluciones de la doble inmatriculación, desde las causas y origen —errores, actuaciones para evitarlas o neutralizarlas— hasta los planteamientos judiciales de fondo, intereses contradictorios, supuesta de hipoteca sobre alguna de las inscripciones, las certificaciones administrativas inmatriculadoras, etc.

(12) Han sido muy abundantes las Resoluciones de la DGRN al respecto, y no siempre se ha podido sacar una conclusión generalizadora. No es nuestro tema hacer un juicio crítico a posteriori —porque nuestro trabajo está con vistas de futuro—, pero sí daremos las fechas de las que nos parecen más interesantes.

La de 23-4-91 (arts. 205 y 298); la de 25-3-85 (arts. 18, 34, 306 y 313); 2-7-1980 (idem); 8-3-1978, por inmatriculación; 9-3-71 (arts. 112, 313); 7-9-69, *descripción de finca* (arts. 198, 313); 9-5-61, *exceso de cabida* (arts. 205, 306); 19-1-60, *certificación de dominio* (arts. 20, 199, 306); 10-2-56, *identidad de fincas* (arts. 298, 306); 19-10-55, *requisitos de las certificaciones de dominio* (idem); 25-2-53, *inmatriculación, identidad de finca* (idem); 25-10-52, *doble inmatriculación a favor de un mismo titular* (arts. 32, 313); 28-2-51, *rectificaciones de errores con el consentimiento de los interesados* (arts. 33, 315, 327); 29-9-49, *duplicación de finca* (arts. 300, 306, 313); 28-2-49, *edictos de los edictos de inmatriculación* (art. 298); 12-7-43, *identidad de fincas*; 8-2-1899,

mente porque, con aquellos criterios, pudiera hacerse innecesaria, o menos problemática, la doble inmatriculación (13).

JESÚS LÓPEZ MEDEL  
Registrador de la Propiedad y Mercantil

---

cesión de finca *doblemente inmatriculada* (idem); 9-3-1892, *doble inmatriculación* por el mismo titular; 5-7-1882, *doble inmatriculación de posesión*.

(13) Naturalmente habremos de prevenirnos ante una nueva vía de causas de doble inmatriculación, que serán las motivadas por los efectos de la *informatización* en la *patología* propia y específica de este campo y con soluciones propias o distintas de las que hasta la fecha la doctrina y las resoluciones de la DGRN ha hecho.

# Las causas de separación en el Ordenamiento Jurídico-Civil español: Análisis y valoración crítica

## INTRODUCCION AL TEMA

El matrimonio es una institución jurídica, contemplada por el legislador constitucional en el artículo 32, que preceptúa que **«el hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica»** (apartado 1). **«La Ley regulará las formas de matrimonio, la edad y capacidad para contraerlo, los derechos y deberes de los cónyuges, las causas de separación y disolución y sus efectos»** (apartado 2).

Efectivamente, el legislador ha previsto, tras la reforma operada por la Ley de 7 de julio de 1981, en sede de Derecho de Familia, unas causas de separación matrimonial para aquellas situaciones que bien pudieran denominarse como crisis del matrimonio.

Es, precisamente, la crisis jurídica que da lugar a la separación matrimonial, la que va a ser objeto de análisis en este artículo. Se trata, sin duda, de unas causales conflictivas, que dan lugar a polémica y que no siempre son fáciles de interpretar, como, por otra parte, nada hay fácil en el complejo mundo de la pareja matrimonial.

El artículo 82 del Código Civil, tras la reforma sufrida, ha dado entrada a las causales de separación. Son un total de siete, agrupando en ellas tanto las causas de separación-ruptura, cuanto las de separación-remedio, de las que hablaré en páginas siguientes.

La separación, tradicionalmente, ha venido regulándose en distintos Ordenamientos Jurídicos como una sanción, una pena, impuesta al cónyuge culpable de un comportamiento ilícito en relación con los deberes conyugales.

Tras la reforma del 81, ya citada, la separación deja de exigir, al menos con carácter absoluto, la tajante distinción entre cónyuge culpable y cónyuge inocente, si bien hay que admitir que siguen manteniéndose causales de con-

tenido culpabilístico o que solamente legitiman para instar la separación a uno solo de los esposos, todo ello junto al mutuo disenso y a las causas legales, pudiendo estas últimas ser instadas por cualquiera de los cónyuges.

Hay que recordar que la Ley del Divorcio de la Segunda República española, de 2 de marzo de 1932, preceptuó, como una causa más, **«la violación de alguno de los deberes que impone el matrimonio y la conducta inmoral o deshonrosa de uno de los cónyuges, que produzca tal perturbación en las relaciones matrimoniales que hagan insoportable para el otro cónyuge la continuación de la vida común».**

Nuestro Código Civil estableció, en su artículo 105, causas típicas y taxativas de separación basadas en la culpa de un cónyuge. El cónyuge inocente era el único legitimado para pedir la separación, en virtud del artículo 106. Los procesos de separación conyugal se tramitaban, salvo excepciones aisladas, por los Tribunales eclesiásticos que tenían reconocida la competencia para conocer de las causas matrimoniales relativas a los cónyuges unidos por matrimonio canónico.

Seguidamente, voy a referirme a las causas de separación conyugal contempladas en el Código Civil y a su comentario sistemático, con la problemática que ello conlleva.

## LAS CAUSAS DE SEPARACION MATRIMONIAL: ANALISIS Y PROBLEMATICA

El artículo 82 de nuestro Código Civil contempla siete causas posibles de separación conyugal, a efectos de su interposición. Voy a estudiarlas intentando hacer especial hincapié en su valoración e interpretación jurídicas.

La primera causa establecida en el Código Civil es la siguiente: **«El abandono injustificado del hogar, la infidelidad conyugal, la conducta injuriosa o vejatoria y cualquier otra violación grave o reiterada de los deberes conyugales».**

Como vemos, agrupa el apartado 1 de este artículo 82, varias causales en una sola, aunque, naturalmente, cada una de ellas presenta una entidad propia, una autonomía y, por tanto, su estudio ha de hacerse en este sentido.

El abandono del hogar figuraba ya como causa legítima de separación en el derogado artículo 105. El texto actual incluye la expresión «injustificado», si bien la doctrina jurídica, generalmente, había dado por entendida la exigencia de este requisito. Como indica MARIANO LÓPEZ ALARCÓN (1), la noción de

---

(1) LÓPEZ ALARCÓN, MARIANO, «La separación judicial por culpa y su conexión con el divorcio», en la Revista *La Ley*, año III, 9 de febrero de 1982.

abandono se refiere al cónyuge que se aleja del hogar familiar de modo voluntario y con ánimo de romper la convivencia. Con esta conducta, se viola el deber de cohabitación y, por lo tanto, no queda justificada por el hecho de que el cónyuge que incurre en esta situación atienda a la alimentación de la familia. Por ello, ya CARLOS MARÍA ENTRENA KLETT matizaba diciendo que el abandono del hogar es un concepto más amplio que el abandono de familia, aunque nuestro Tribunal Supremo identifica, sin embargo, abandono de hogar con abandono de familia en su Sentencia de 18 de noviembre de 1974 (2), en la que expresó que «...no debe interpretarse como el abandono físico del domicilio familiar, sino que debe comprender al cónyuge que deja de cumplir los deberes legales de asistencia inherentes a la patria potestad y al matrimonio, aunque permanezca el marido en el domicilio familiar».

Desde mi punto de vista, pienso que hay que matizar y distinguir entre abandono del hogar e incumplimiento de los deberes asistenciales que corresponden al cónyuge, pues estos últimos serían subsumibles en el último inciso del apartado 1 del artículo 82, **«cualquier violación grave o reiterada de los deberes conyugales»**.

El abandono injustificado del hogar excluye la hipótesis de separación privada convencional. Esta última sería la acordada por los propios cónyuges. Para un amplio sector doctrinal (3), en el abandono injustificado se pueden distinguir un corpus o elemento material, consistente en el hecho del apartamiento o distanciamiento de los esposos, y un elemento intencional o *animus*, por cuanto tal apartamiento debe responder al deseo o resolución de poner fin a la comunidad conyugal. Como consecuencia, hay que concretar que la ausencia del hogar familiar ha de ser voluntaria, no forzada, como sería, por ejemplo, el supuesto del cónyuge que se ve obligado a trasladarse a una ciudad lejana por motivos laborales. También ha de ser injustificada, pues, como afirma el apartado 2 del artículo 87 del Código Civil, **«la interrupción de la convivencia no implicará el cese efectivo de la misma si obedece a motivos laborales, profesionales o a cualesquiera otros de naturaleza análoga»**.

El cónyuge incurso en esta causal infringe el deber de convivencia, de cohabitación. Hay que recordar, en este sentido, que el artículo 68 del Código dispone que **«los cónyuges están obligados a vivir juntos...»** No obstante, hay que considerar que el abandono puede ser involuntario cuando el sujeto está incurso en una perturbación psíquica o si ha sido impuesto por el otro cónyuge, por un tercero o por una fuerza mayor, excluyéndose, por tanto,

---

(2) ENTRENA KLETT, CARLOS MARÍA, *Matrimonio, separación y divorcio*, Madrid, 1981.

(3) ROMERO COLOMA, AURELIA MARÍA, *El matrimonio y sus crisis jurídicas: problemática civil y procesal*, Barcelona, 1990.

de esta causal. El hecho material del alejamiento, ausencia o separación no basta para constituir abandono como causa del motivo que estamos contemplando, porque siempre es preciso el factor intencional, el *animus*, al que antes me he referido y, en concreto, la imputabilidad, calificada por el Código Civil con la terminología de **«injustificado»**. El término de imputabilidad es muy elocuente y expresivo y, aunque sea genuinamente penal, ayuda a comprender y a interpretar mejor lo que el legislador quiso decir.

El abandono injustificado del hogar se circunscribe, por tanto, a la separación de hecho establecida por decisión unilateral de uno de los cónyuges. Por «hogar» hay que entender el domicilio familiar o conyugal a que se refiere el artículo 70 del Código Civil, tal como un sector doctrinal ha puesto de manifiesto (4).

Dentro de la causa 1.ª del artículo 82 se incluye **«la infidelidad conyugal»**, a la que voy a aludir a continuación.

Para analizar esta causal, hay que tener en cuenta que, según el artículo 68, **«los cónyuges están obligados a... guardarse fidelidad»**.

La infidelidad conyugal se configura, así, como causa de separación. La más grave violación a este deber está constituido por el adulterio, aunque hay otras conductas igualmente atentatorias, como lo son las aberraciones sexuales, la heteroinseminación artificial de la mujer sin el consentimiento de su marido, la sodomía y el bestialismo. También constituiría, a mi juicio, infidelidad conyugal aquella conducta de un cónyuge abiertamente inmoral y que tenga una entidad capaz de trascender en la esfera de la vida matrimonial.

Para que la infidelidad conyugal sea motivo de separación se requiere que exista efectiva convivencia conyugal, ya que el apartado 2 del número 1 del artículo dispone que **«no podrá invocarse como causa de infidelidad conyugal si existe previa separación de hecho libremente consentida por ambos o impuesta por el que la alegue»**. El problema estriba, sin embargo, en que será complicado determinar si la separación de hecho devino previa a la infidelidad o a la inversa. La fidelidad, según VÁZQUEZ IRUZUBIETA (5), es el corolario de la promesa de vida común, constitución de una familia y promesa de cohabitación exclusiva que un hombre y una mujer se formulan con ocasión del matrimonio.

Naturalmente, a la infidelidad conyugal heterosexual debe asimilarse, como ha expresado FOSAR BENLLOCH (6), la homosexual y, en general, cua-

---

(4) PONS GONZÁLEZ, MANUEL y DEL ARCO TORRES, MIGUEL ANGEL, *Separación, divorcio y nulidad matrimonial: régimen jurídico*, Granada, 1985.

(5) VÁZQUEZ IRUZUBIETA, CARLOS, *Régimen jurídico de la celebración y disolución del matrimonio*, Madrid, 1981.

(6) FOSAR BENLLOCH, ENRIQUE, «La separación y el divorcio en el Derecho español vigente», en *Estudios de Derecho de Familia*, Barcelona, 1981.

lesquiera otras conductas sexuales incompatibles con la recíproca disponibilidad afectiva de los cónyuges entre sí.

La Sentencia de 18 de mayo de 1983 es muy interesante por lo que hace al tema que estoy tratando, poniendo de manifiesto que *«la infidelidad del marido es causa suficiente para estimar la demanda, máxime si se tiene en cuenta la amplitud que conlleva por su propia índole de fidelidad, concebida ésta como una categoría jurídica y moral capaz de imponer a cada uno de los esposos en su área de influencia la observancia de una conducta inequívoca y ausente de cualquier relación que engendre una apariencia comprometedora y lesiva para el otro cónyuge»*.

Como causal de separación matrimonial, se incluye, asimismo, en el número 1 del artículo 82, **«la conducta injuriosa o vejatoria y cualquier otra violación grave o reiterada de los deberes conyugales»**.

Lo primero que hay que decir es que la conducta injuriosa o vejatoria constituye una infracción del deber de respeto que los cónyuges se deben entre sí, pues recordemos que el artículo 67 del Código Civil expresa que **«el marido y la mujer deben respetarse y ayudarse mutuamente y actuar en interés de la familia»**.

Esta causal de separación no se funda en unos actos aislados, esporádicos, sino en un comportamiento que se prolonga en el tiempo, que es permanente y continuado. No obstante, estimo que esta exigencia no debiera hacerse demasiado rigurosa, pues uno de los cónyuges puede ampararse fácilmente en que los atentados y las faltas de respeto que haya cometido contra el otro esposo no han tenido una constancia ni permanencia temporal. Para LÓPEZ ALARCÓN (7) se descarta la conducta injuriosa cuando un cónyuge obra en el calor de la ira o como respuesta a otra injuria o provocación, o bien con la intención de corregir a su esposo/a por excesos o desviaciones cometidos en su comportamiento conyugal. Desde mi punto de vista, estimo que incluso en los supuestos citados por LÓPEZ ALARCÓN puede darse esta causa de separación que analizo, ya que su exclusión podría generar serios abusos por parte del cónyuge que incurriera en dicha conducta injuriosa, máxime si sabía que, en muchas ocasiones, iba a verse amparado por una a modo de «causa de justificación». En la actualidad, con la reforma operada en el Código Penal, **«es injuria la acción o expresión que lesionan la dignidad de otra persona, menoscabando su fama o atentado contra su propia estimación»** (art. 208). El motivo, por tanto, puede ser muy amplio y, en cualquier caso, queda matizado hoy en día por la dignidad de la persona, en cuanto fundamento del orden político y de la paz social, tal como lo ha instituido el legislador constitucional en el artículo 10.

---

(7) LÓPEZ ALARCÓN, MARIANO, «La separación personal de los cónyuges como presupuesto del divorcio», en la Revista *La Ley*, año II, diciembre de 1981.

En cuanto a la conducta vejatoria, hay que hacer notar que es éste un concepto más grave que el anterior, pudiendo equipararse a malos tratamientos de obra o incluso verbales, siempre que estos últimos tengan una entidad perturbadora de la convivencia conyugal. Para LÓPEZ-MUÑIZ GOÑI (8), la vejación es una injuria más profunda, una actitud más atentatoria a la propia dignidad de la persona, considerando este autor vejación el obligar a la esposa a relaciones sexuales contra natura, la relación sexual contra los propios deseos, los golpes o maltratos de obra. A mi juicio, esta causal se inserta a medio camino entre lo que constituyen deberes derivados del matrimonio, como lo es la recíproca disponibilidad de los cuerpos en orden al acto sexual, y la libertad de la persona, valor humano fundamental, baluarte del desarrollo de la personalidad.

Es causa de separación **«cualquier otra violación grave o reiterada de los deberes conyugales»**. Hay que hacer notar que, para instar la separación matrimonial por este motivo, se exigen la gravedad o la reiteración, requisitos estos que no aparecen en las anteriores causales. Hay un amplio abanico de posibilidades abarcadoras de esta causal. Es evidente que el legislador ha dejado una puerta abierta a muchas modalidades de incumplimiento por un cónyuge de sus deberes conyugales. La Sentencia de 7 de febrero de 1984 estimó que *«las violaciones de los deberes conyugales deben tener el carácter de graves, en cuanto a consecuencia de las mismas hagan la vida en común excesivamente y demasiado difícil para el otro cónyuge o los hijos, las cuales han de producirse de modo reiterativo, pues si fueran ocasionales no engendrarían el malestar ni el temor futuro que justifican la separación, y han de tener conexión con la vida en común, de suerte que la cesación de ésta sea remedio necesario para evitar la crueldad en el trato y el consiguiente malestar conyugal...»*

La causa 2.<sup>a</sup> del artículo 82 se refiere a **«cualquier violación grave o reiterada de los deberes respecto de los hijos comunes o respecto de los de cualquiera de los cónyuges que convivan en el hogar familiar»**.

Esta causal hay que ponerla en conexión íntima con el artículo 154 del Código Civil, que, en sede de relaciones paterno-filiales, dispone que **«la patria potestad se ejercerá siempre en beneficio de los hijos, de acuerdo con su personalidad, y comprende los siguientes deberes y facultades:**

- 1.<sup>a</sup> **Velar por ellos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral.**
- 2.<sup>a</sup> **Representarlos y administrar sus bienes...»**

Hay que preguntarles cuáles son los deberes que se tienen respecto de los hijos de un cónyuge que conviven en el hogar familiar. A mi juicio, es

---

(8) LÓPEZ-MUÑIZ GOÑI, *La Ley de divorcio. Experiencias en su aplicación*, Madrid, 1982.

contraproducente imponer en el hogar familiar la convivencia de los hijos de uno solo de los esposos y, en todo caso, si se da esa convivencia, debería ser una situación aceptada por el otro cónyuge, para evitar, así, disputas y el consiguiente deterioro de la paz y armonía familiares. Algún sector doctrinal ha puesto de manifiesto que, al ser el texto de esta causal muy amplio, están también incluidos los hijos mayores de edad, si bien podría alegarse que su exclusión está justificada, por cuanto los padres no tienen legales para con ellos. Sin embargo, esta postura no es mantenible, pues, como expresa VÁZQUEZ IRUZUBIETA (9), el interés común de la familia es uno de los deberes que la Ley impone a los cónyuges de modo expreso, y familia es, en el concepto más estricto, el grupo de personas que viven en un hogar común y están unidas por el lazo del parentesco.

Además, el texto se refiere a los hijos en general, no aludiéndose, en concreto, a los que estén bajo la patria potestad y ampara, de forma loable, a los hijos de cualquiera de los cónyuges que convivan en el hogar familiar. Esta extensión, que merece toda clase de alabanzas para el legislador, es consecuencia ineludible y humanitaria de la protección prevista para los niños en los apartados 2 y 4 del artículo 39 de nuestra Constitución. Recordemos, en este sentido, que la Carta Magna protege integralmente a los hijos, con independencia de su filiación y que a los niños se les concede la protección prevista en los Acuerdos Internacionales que velen por sus derechos.

La causal 3.<sup>a</sup> del artículo 82 del Código Civil prevé que se pueda instar la separación matrimonial en base a **«la condena a pena de privación de libertad por tiempo superior a seis años»**.

En la actualidad, con arreglo al nuevo Código Penal, esta pena se configura como grave, pues el artículo 33 del Texto Punitivo expresa que **«son penas graves: a) La prisión superior a tres años»**.

Esta causal, según señaló LÓPEZ ALARCÓN (10), implicaba que el cónyuge sancionado con esa pena quedara descalificado socialmente y ante el otro cónyuge en términos tales que es suficiente, por sí sola, como situación que daña el honor matrimonial, impidiendo el cumplimiento de los deberes familiares y pudiendo contribuir a la ruptura de la comunidad conyugal. Estas razones movieron al legislador a incluir esta causal entre las que se deben a culpa de un cónyuge, aunque directamente éste no tuviera intención de atentar contra el otro esposo, ni contra el interés de los hijos. Un sector doctrinal ha puesto de manifiesto que en esta causal se han utilizado unos juicios de valor que, en muchas ocasiones, no se corresponden con la idea de equidad. El propio texto no especifica que haya de tratarse de un hecho contra los inte-

---

(9) VÁZQUEZ IRUZUBIETA, CARLOS, obra citada en nota 5.

(10) LÓPEZ ALARCÓN, MARIANO, «La separación judicial por culpa y su conexión con el divorcio», citado.

reses familiares, sea del otro cónyuge, o de los hijos comunes o de los hijos propios. No se alcanza a ver, de este modo, por qué una condena penal puede suponer un agravio para el esposo «inocente», salvo que se entienda que, por las circunstancias de la ausencia a lo largo de esos años, sobreviene un incumplimiento de los deberes familiares, encuadrable, como causal, en la violación grave o reiterada de los deberes conyugales, entendiéndose por éstos los auxilios económicos y los deberes íntimos matrimoniales (11). En la actualidad, con la posibilidad de los permisos de fin de semana, las visitas íntimas a la cárcel y la autorización para trabajar fuera del establecimiento penitenciario han provocado que esta causal quede un tanto vacía de contenido.

Para VEGA SALA (12) plantea problemática este motivo de separación matrimonial, por cuanto se funda en el mismo hecho de la condena y no en la efectiva comisión del delito. A mayor abundamiento, este autor se cuestiona sobre la posibilidad de que el delito por el que se haya condenado a uno de los cónyuges pueda haber sido cometido en beneficio del otro esposo, con la paradoja de que se le reconoce al «inocente» la posibilidad de instar la separación por ello, lo cual no merece elogios para el legislador.

Estimo, en vista de las críticas examinadas a esta causal, que lo esencial, a la hora de instar la separación conyugal por este motivo, ha de ser el efectivo incumplimiento por parte de un cónyuge de sus deberes para con el otro, en función de lo dispuesto en los artículos 67 y 68 de nuestro Código Civil.

La causal 4.<sup>a</sup> del citado artículo 82 enumera hasta tres diferentes motivos, que hemos de analizar con la lógica autonomía, si bien, por razones de índole sistemática, las tres aparecen en la misma causal. Dice el precepto que **«son causas de separación... 4.<sup>a</sup> El alcoholismo, la toxicomanía o las perturbaciones mentales, siempre que el interés del otro cónyuge o el de la familia exijan la suspensión de la convivencia».**

Con relación al primer motivo, el alcoholismo, hay que hacer notar que, según la Organización Mundial de la Salud, son alcohólicos los que beben en exceso y cuya dependencia respecto del alcohol ha alcanzado un grado tal que determina la aparición de visibles perturbaciones mentales o cierta interferencia en la salud física, en relaciones interpersonales y en el adecuado funcionamiento social y económico, o los que muestran signos prodrómicos a dichos fenómenos.

La inclusión del alcoholismo como causal supone una importante y profunda novedad legislativa, pues, efectivamente, el legislador se torna sensible a los problemas y dificultades de toda índole que pueden romper la armonía

(11) ROMERO COLOMA, AURELIA MARÍA, obra citada en nota 3.

(12) VEGA SALA, F., *Síntesis práctica sobre la regulación del divorcio en España*, Barcelona, 1981.

familiar y que sean fruto o consecuencia del alcoholismo de uno de los componentes de la pareja matrimonial. No obstante, hay que matizar claramente, ya que el cónyuge «inocente» no podrá instar esta causal más que cuando su propio interés o el de la familia exijan la suspensión de la convivencia marital y no en otros supuestos, pues hay que reconocer que no debe dársele una desmesurada extensión a esta causal, debiéndose exigir dictamen pericial a los efectos de comprobar que el alcoholismo ha arraigado como enfermedad en el sujeto, no debiéndose instar, por esta vía, en función sólo de actos esporádicos de un cónyuge, cual sería el supuesto de una borrachera que, provocando intoxicación etílica, supusiera meramente un comportamiento aislado y no reiterativo. Matizar esto es conveniente al objeto de evitar posibles abusos e incluso fraudes a la hora de que el esposo «inocente» inste la separación por este motivo.

Por lo que hace al segundo motivo enumerado en la causal 4.<sup>a</sup> del artículo 82, «**la toxicomanía**», puede denominarse también drogadicción, y es un estado en el que la persona y su existencia está no sólo influenciada, sino condicionada totalmente por la ingestión o toma de productos tóxicos, como la cocaína, heroína, LSD, marihuana o psicofármacos. Hay que esclarecer, ante todo, que la toxicomanía provoca una modificación y alteración de la conducta y, una vez llegado a un cierto grado de intoxicación, el sujeto pierde su capacidad para el desenvolvimiento normal de las relaciones conyugales, produciéndose una grave desarmonía familiar que el Ordenamiento Jurídico Civil se preocupa de contemplar en cuanto causal de separación conyugal. Para REY HUIDOBRO (13), no es necesario haber alcanzado una plena dependencia física y psíquica de las drogas para que el abuso de la misma pueda originar una causa de separación, ya que su consumo habitual puede volver a la convivencia intolerable y provocar graves perjuicios a la educación de la prole, dando con ello lugar a alguna de las restantes causas previstas en el Código Civil, como pueden ser la conducta injuriosa o vejatoria o cualquier otra violación grave o reiterada de los deberes conyugales.

Hay que concluir en el sentido de afirmar que la toxicomanía es una grave perturbación del comportamiento y cuyas similitudes con la enfermedad mental son, efectivamente, profundas. El cónyuge adicto es un enfermo y, como tal, mal podrá hacer frente a sus obligaciones para con la familia en ese estado.

Por fin, el último motivo contemplado en la causal 4.<sup>a</sup> del artículo 82 es «**las perturbaciones mentales**».

Esta causal aparece íntimamente ligada, desde el punto de vista sistemático, al alcoholismo y a la toxicomanía, porque muchas perturbaciones men-

---

(13) REY HUIDOBRO, F., «Proyección de los estupefacientes en el ámbito del Derecho Civil», en *Boletín de información del Ministerio de Justicia*, 5 de febrero de 1984.

tales son consecuencia del alcoholismo y de la drogadicción. No obstante, hay perturbaciones mentales que, como algún sector doctrinal ha expresado (14), atacan a los seres humanos sin que encuentren su razón de existencia en el alcoholismo o la drogadicción. De ahí que el legislador haya considerado oportuno estudiarlas conjuntamente, en la misma causal, pero con una entidad propia cada una de ellas.

Esta causa de separación matrimonial tiene la limitación —al igual que el alcoholismo y la toxicomanía— de poderse invocar solamente **«cuando el interés del otro cónyuge o el de la familia exijan la suspensión de la convivencia»**. Hay que entender que las perturbaciones mentales, a que hace referencia esta causal, han de ser efectivamente graves, no bastando un simple episodio pasajero de trastornos psíquicos, sino exigiéndose una permanencia en dicho trastorno. De lo contrario, esta causal podría convertirse en una especie de «cajón de sastre» y sería susceptible de dar lugar a muchos abusos por parte del cónyuge «inocente», es decir, del mentalmente sano. JOSÉ ANTONIO DORAL puso de manifiesto que el término «perturbaciones mentales» era más amplio que el tradicional de «enajenación mental» (15). VEGA SALA, por su parte (16), hacía alusión a las dificultades que pueden surgir al respecto por la gran variedad de perturbaciones mentales, su distinto grado de perturbación y las múltiples variantes que las mismas comportan. Para ROMERO COLOMA (17) deben incluirse, entre las alteraciones mentales, los siguientes trastornos: La neurosis, la esquizofrenia, la histeria, las fobias, la depresión o melancolía, las manías y la paranoia, concluyendo en el sentido de mostrar su preocupación, como jurista, por la contradicción existente entre el deber de los cónyuges de ayudarse mutuamente, ex artículo 67 del Código Civil, y de socorrerse, ex artículo 68 del citado corpus legal, y la separación por perturbación mental. En parecidos términos se expresa LÓPEZ MUÑOZ-GOÑI, afirmando que es precisamente en estos casos de perturbaciones mentales cuando el cónyuge enfermo necesita más que nunca el apoyo familiar para seguir adelante (18).

En cualquier caso, hay que ser cuidadosos y restrictivos con esta causal, tal como expresó la Sentencia de 17 de junio de 1986, afirmando que *«aunque la expresión de perturbación mental, a la que se refiere el artículo 82.4 del*

---

(14) ROMERO COLOMA, AURELIA MARÍA, «La separación matrimonial por causa de perturbaciones psíquicas en el Ordenamiento Civil español», en *Actualidad y Derecho*, 21 al 27 de marzo de 1994.

(15) DORAL, JOSÉ ANTONIO, *Matrimonio y divorcio. Comentarios al nuevo Título IV del Libro Primero del Código Civil*, Madrid, 1982.

(16) VEGA SALA, *Síntesis práctica de la regulación del divorcio en España*, citado.

(17) ROMERO COLOMA, AURELIA MARÍA, «La separación matrimonial por causa de perturbaciones psíquicas...», citado.

(18) LÓPEZ-MUÑOZ GOÑI, *La Ley de divorcio...*, citado.

*Código Civil, como causa de separación matrimonial, parece más amplia que la de enajenación mental, y puede incluirse dentro de la misma todo estado o situación psíquica anormal, como es la padecida por la esposa; sin embargo, de los elementos probatorios no se infiere que los padecimientos sean de extrema gravedad, de carácter irreversible y de peligrosidad para la familia, hasta el punto de impedir la convivencia en términos gravemente perjudiciales, excluyendo toda presunción racional de restablecimiento de la enferma, exigencias que, aunque no requeridas por el citado artículo, son del todo lógicas... Al término interés del otro cónyuge, que aparece en el artículo 82.4 del Código Civil, no debe otorgársele una significación meramente materialista, sino un sentido más humanitario, máxime teniendo en cuenta que el precepto olvida a la enferma, la cual, por su situación, debería ser la más amparada en su personal interés, centrado en la necesidad de ser asistida y no quedar abandonada, debiendo conjugarse, por tanto, ambos intereses».*

Los apartados 5 y 6 del artículo 82 del Código Civil admiten como causales de separación: **«a) El cese —debería decir «cesación»— efectivo de la convivencia conyugal durante seis meses, libremente consentido; b) El cese efectivo de la convivencia conyugal durante el plazo de tres años».**

Estas causales implican la ruptura de la comunidad de vida y afecto, proyectándose en dos dimensiones o a dos niveles: De un lado, la ruptura de la cohabitación física de los esposos, y, de otro lado, la ruptura del amor conyugal, con la consiguiente quiebra para la afectividad marital. Según LÓPEZ ALARCÓN (19), la separación es efectiva cuando es real, seria, externa y continuada, destruyendo la convivencia, siendo la separación material —ruptura de la cohabitación— y espiritual —decadencia del amor conyugal—. Desde mi punto de vista, entiendo que estas causales se producen precisamente como consecuencia de haber cesado la convivencia conyugal, pudiéndose instar entonces la separación y no a la inversa. Según MANUEL PONS GONZÁLEZ y MIGUEL ANGEL DEL ARCO TORRES (20), si los dos cónyuges deciden suspender la convivencia conyugal, para que se pueda solicitar la separación por la causal a), se necesita, además, el requisito específico del transcurso del plazo de seis meses o, en otras palabras, la separación de hecho consentida unida al citado plazo son las condiciones válidas para constituir una causa de separación. Comparto la opinión de GARCÍA CANTERO, en el sentido de entender que dicha separación de hecho ni siquiera el corpus, es decir, el alejamiento físico de los cónyuges, bastando el animus o propósito conjunto de ambos

---

(19) LÓPEZ ALARCÓN, MARIANO, «La separación judicial por culpa y su conexión con el divorcio», citado.

(20) PONS GONZÁLEZ, MANUEL, y DEL ARCO TORRES, MIGUEL ANGEL, *Separación, divorcio y nulidad matrimonial...*, citado.

cónyuges de romper la convivencia, sin la exigencia del concierto de voluntades a esa cesación de la misma, pues el silencio se convierte en una declaración afirmativa de voluntad (21). En este sentido, expresa el Código Civil que **«se entenderá libremente prestado este consentimiento cuando un cónyuge requiriese fehacientemente al otro para prestarlo, apercibiéndole expresamente de las consecuencias de ello, y éste no mostrase su voluntad en contra por cualquier medio admitido en Derecho o pidiese la separación o las medidas provisionales a que se refiere el artículo 103, en el plazo de seis meses, a partir del citado requerimiento».**

Los medios de prueba admitidos en Derecho pueden reconducirse a la documental, pública o privada, la testifical y las presunciones de hecho.

En cuanto a la causal 6.<sup>a</sup> del artículo 82, **«el cese efectivo de la convivencia conyugal durante el plazo de tres años»** es la ruptura de la convivencia el fundamento legal para instar la solicitud. La Sentencia de 21 de septiembre de 1983, señaló que *«...lo único que exige, como elemento absolutamente decisivo, es el cese efectivo de la convivencia conyugal durante un período de tiempo más o menos largo, según los casos, de tal manera que esa situación de hecho signifique y revele que la voluntad de uno o de ambos cónyuges no es el resultado de una decisión brusca y momentánea, sino la expresión consciente y deliberada y, por lo tanto, firme de la imposibilidad de una convivencia matrimonial cualquiera que sea la culpa que la produce y, ante tal constatación, la Ley permite resolver aquello que a lo largo de un tiempo prudencial se ha mostrado inviable...»*

La causa 7.<sup>a</sup> del artículo 82 prevé, como causales de separación conyugal, **«cualquiera de las causas de divorcio en los términos previstos en los números 3, 4 y 5 del artículo 86»**. Estas causas son: El cese efectivo de la convivencia conyugal durante dos años, desde la separación de hecho consentida o de la declaración de ausencia de uno de los cónyuges, o cuando al iniciarse la separación de hecho estuviese el otro incurso en causa de separación; el mismo cese efectivo durante cinco años sin el concurso de ninguna otra circunstancia, y la condena en sentencia firme por atentar contra la vida del cónyuge, sus ascendientes o descendientes.

Según LACRUZ BERDEJO y SANCHO REBULLIDA (22), la primera causa —cesación efectiva de la convivencia conyugal durante dos años, desde la separación de hecho consentida— es absurda, ya que, conforme al número 5 del artículo 82, se puede instar la separación judicial a los seis meses de la cesión de la convivencia libremente consentida, por lo que, a todas luces,

---

(21) GARCÍA CANTERO, GABRIEL, *El vínculo del matrimonio civil en el Derecho español*, Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Roma-Madrid, 1959.

(22) LACRUZ BERDEJO, JOSÉ LUIS y SANCHO REBULLIDA, *Derecho de Familia*, fascículo segundo, Barcelona, 1982.

resulta chocante esta remisión y aplicación del plazo de dos años desde que se consiente la separación de hecho.

No obstante, como ha expresado FOSAR BENLLOCH (23), la articulación de esta causa de divorcio como de separación lo que ha pretendido es hacer una concesión al «divorcio de los católicos», no obligándoles a articularla como disolución del vínculo, lo que podría permitir meramente una modificación del mismo.

Se admite también como causal la cesación de la convivencia conyugal durante dos años, referida a la declaración de ausencia legal. Según LACRUZ BERDEJO y SANCHO REBULLIDA (24), parece que no afectará al divorcio ni al eventual matrimonio sucesivo del cónyuge presente, la ulterior reaparición del declarado ausente, pues, si su reaparición tiene lugar después de los dos años de la declaración de ausencia y, con la reaparición, no se reanuda la convivencia conyugal, el mismo reaparecido puede instar el divorcio.

Se admite, igualmente, que un cónyuge pueda solicitar la separación siempre que acredite que, al iniciarse la de hecho, el otro estaba incurso en causal de aquélla. En este supuesto, sólo podrá demandar el cónyuge no incurso en causa de separación.

Por lo que hace a la cesación efectiva de la convivencia conyugal durante, al menos, cinco años, a petición de cualquiera de los esposos, me parece que es totalmente ilógica, porque, si puede instarse la separación a los tres años, ¿qué sentido tiene esperar a un plazo más largo?

Por último, la causal consistente en la condena en sentencia firme por attentar contra la vida del cónyuge, sus ascendientes o descendientes, hay que matizar que la especial gravedad de los hechos contemplados por el legislador merecieron que se constituyera esta causal, no sólo como de divorcio, sino también, muy acertadamente, como de separación.

## CONCLUSIONES

En nuestro país, a la vista de los planteamientos examinados, observamos, en primer lugar, que la separación matrimonial, en determinadas ocasiones y supuestos, abre los cauces para el divorcio. Este hecho no tiene nada de extraño, habida cuenta que en algunos países de nuestro entorno se tiende a considerar, especialmente en las legislaciones divorcistas, la separación legal como una situación antecedente a la disolución del matrimonio.

---

(23) FOSAR BENLLOCH, ENRIQUE, *La separación y el divorcio en el Derecho español vigente*, citado.

(24) LACRUZ BERDEJO, JOSÉ LUIS y otros, *El nuevo régimen de la familia. I. Matrimonio y divorcio*, Madrid, 1982.

Se ha producido, así, el acercamiento entre causas de separación y causas de divorcio.

Merece la pena resaltar, tras la Ley de Reforma del Matrimonio, las clases de separación que, hoy en día, admite nuestro Ordenamiento Jurídico, matizando cuándo nos encontramos con un supuesto de separación en el que a uno de los cónyuges se le configura como culpable y distinguiéndolo de aquellos supuestos en los que la separación constituye en realidad un remedio para aquellos matrimonios rotos y que no tienen posibilidad alguna de reconciliación. En el mismo sentido, me voy a referir a aquellas causales de separación que son auténticas sanciones para el cónyuge demandado.

Nuestro Ordenamiento Jurídico Civil admite, en la actualidad, la separación de hecho, de un lado, y, de otro, la judicial, así como la de mutuo acuerdo.

Es separación de hecho aquel status alcanzado al margen de toda intervención judicial, si bien, obtenida una sentencia, en su caso, ésta va a ser tenida en cuenta y a desplegar todos sus efectos en el procedimiento del que traiga su causa. La separación de hecho provoca la legal y, tal como expuso VÍCTOR REINA (25), significa la ruptura de la comunidad de vida conyugal, aunque sin sanción o reconocimiento judicial. En definitiva, la separación de hecho es fruto siempre de un acuerdo privado entre los esposos, que deciden dejar de vivir juntos, adquiriendo eficacia lo pactado por ellos, aunque no exista homologación judicial. La Sentencia de 2 de diciembre de 1982, determinó que *«la separación matrimonial de hecho no hace desaparecer los deberes derivados de la relación conyugal, ni otorga un omnímodo derecho de libertad a los cónyuges, y esta subsistencia de deberes es igual para uno y otro...»*

La separación judicial es, de otro lado, la decretada por el órgano jurisdiccional competente al efecto, dictándose sentencia tras la comprobación de la ruptura de la convivencia conyugal durante el lapso de tiempo establecido por el legislador. Nuestro Código Civil distingue claramente dos clases de separación judicial: La consensual y la causal. La consensual tiene lugar cuando ambos cónyuges la solicitan de común acuerdo, o uno de ellos con el consentimiento del otro, transcurrido un año desde que contrajeron matrimonio y sin necesidad de alegar causa legal. Algún sector doctrinal ha llamado a esta clase de separación como negocial. La separación causal tiene lugar a petición de uno de los cónyuges cuando el otro esté incurso en causa legal de separación.

En cuanto a la separación de mutuo acuerdo, es un procedimiento que resulta rápido y económico para los cónyuges. Las funciones jurisdiccionales son, lógicamente, muy limitadas en esta clase de separación, siendo su inter-

---

(25) REINA, VÍCTOR, *Culpabilidad conyugal y separación, divorcio o nulidad*, Barcelona, 1984.

vención meramente circunstancial, siempre que el convenio regulador que presenten no sea gravemente lesivo o perjudicial para uno de los esposos o para los hijos, en su caso.

Queda ahora por dilucidar si las causas que el legislador español ha contemplado en el artículo 82 del Código Civil son objetivas o no. A ello voy a referirme a continuación.

Como expresan MANUEL PONS GONZÁLEZ y MIGUEL ANGEL DEL ARCO TORRES (26), tradicionalmente, tanto la separación como el divorcio venían siendo regulados en los Ordenamientos Jurídicos como una sanción impuesta al cónyuge culpable por infracción de los deberes conyugales. Se entendía, en consecuencia, que, si la convivencia conyugal se hacía imposible por motivos intrínsecos, era porque uno de los cónyuges había provocado dicha situación con actos antijurídicos y había que inculparle y sancionarle, apartándole del cónyuge «inocente» y de los hijos e imponiéndole las cargas derivadas de la sentencia y de la nueva situación creada por la misma.

Sin embargo, la experiencia demostró que no era posible ni deseable encuadrar las transgresiones contra el orden jurídico-matrimonial en un determinado número de causas típicas de separación culpable, porque, de esta manera, lo que se estaba haciendo, de un modo indirecto, era censurar social y jurídicamente a uno de los miembros de la pareja y esta «tacha» era contraproducente, contribuyendo a aumentar la ya de por sí inestable situación del esposo considerado culpable. De ahí que las legislaciones decidieran introducir la separación por causas objetivas, sin hacer expresas referencias a conductas culpables. El Código Civil español, antes de la reforma de 1981, establecía causas típicas y taxativas de separación, basadas en la culpa de un esposo, estando legitimado para instarla solamente el cónyuge «inocente». Hoy día, con criterios dignos de elogio, se ha suavizado el régimen antecedente, pero no se ha llegado a eliminar por completo la distinción entre cónyuge «culpable» y cónyuge «inocente». Se mantienen, en efecto, causas «culpables» o culpabilísticas, aunque un sector de la doctrina jurisprudencial se mostraba muy cauto en este aspecto, afirmando que *«desaparecido de la Ley el concepto de cónyuge culpable y de cónyuge inocente, la actual redacción del Código Civil se orienta en el sentido de regular las consecuencias de la crisis matrimonial que da lugar a la separación o al divorcio con vocación de futuro, atendiendo a lo más beneficioso o, si se prefiere, lo menos malo, para los hijos y los propios cónyuges, huyendo de reproches y castigos que conducen a consecuencias frecuentemente absurdas y negativas para los propios implicados, además de injustas por limitar el análisis de la*

---

(26) PONS GONZÁLEZ, MANUEL, y DEL ARCO TORRES, MIGUEL ANGEL, *Separación, divorcio y nulidad matrimonial: régimen jurídico*, citado.

*ruptura de la convivencia a ciertos hechos externos reprochables»* (Sentencia de 3 de enero de 1983).

Si nos detenemos un instante en algunas de las causales contempladas por el legislador, observaremos que, efectivamente, hay aún criterios culpabilísticos o culpables a la hora de determinar la legitimación procesal de un cónyuge. Así, recordemos, por ejemplo, la causal 4.<sup>a</sup>, fundada en que uno de los esposos es alcohólico o toxicómano o padece perturbaciones mentales. No puede afirmarse que esta causal sea técnicamente objetiva y que lo que pretende es constatar la ruptura de la vida en común de los casados, el fracaso del matrimonio. Ya ENTRENA KLETT entendía que no resultaba correcto el término de «interés» empleado por el legislador, porque resulta muy elástico y materialista, siendo mejor el equivalente de «paz familiar», o quizá los de «seguridad» o «convivencia armónica», apuntando este mismo autor, con razón, que la causal 4.<sup>a</sup> no es afortunada al hablar de «interés del otro cónyuge», porque, cesado el amor hasta el grado de instarse la separación, el interés del otro cónyuge estriba precisamente en separarse del enfermo, con lo que se identifica la causa legal y el beneficio procurado por el particular, lo que constituye un grave error de técnica jurídica, siendo contradictorio con la obligación de socorrerse mutuamente que proclama el artículo 68 del Código Civil, concluyendo en que la interpretación de esta norma ha de ser restrictiva (27).

En el fondo de esta causal 4.<sup>a</sup> late aún el sistema de separación en cuanto sanción al cónyuge que ha caído en estas conductas y no es de recibo sostener que esta causal se configura estrictamente como objetiva. No lo entendió así, sin embargo, nuestra doctrina jurisprudencial. En este sentido, la Sentencia de 24 de abril de 1989, afirmó que *«...se ha superado el sistema de separación-sanción, por lo que el legislador deliberadamente evita emplear la terminología de cónyuge culpable o inocente, que partía de la errónea idea de que la misión de los Tribunales de Justicia en las crisis matrimoniales consiste en determinar culpabilidades, en lugar de resolver conflictos, con el máximo respeto a la esfera de los afectos humanos, que no corresponde a los Tribunales enjuiciar. La resolución judicial de separación no es una reacción sancionadora frente a un comportamiento culpable, sino una forma de tratar jurídicamente las crisis matrimoniales, dándoles una salida respetuosa con los diferentes intereses personales y familiares, y por ello se prevé que pueda decretarse judicialmente la separación a petición de ambos cónyuges o de uno con el consentimiento del otro (separación consensual) o por cualquiera de ellos cuando haya transcurrido un determinado período de cese efectivo de la convivencia (art. 82.6.<sup>o</sup>), transformando en separación judicial, legal-*

---

(27) ENTRENA KLETT, CARLOS MARÍA, *Matrimonio, separación y divorcio*, citado.

*mente reconocida, una situación de separación de hecho, con independencia de las razones que la motivase, sin que el Juez pueda entrar a examinar y decidir sobre la conveniencia de la separación, sino únicamente comprobar la existencia de causa legalmente reconocida, y sin que —ni siquiera en el caso de causas subjetivas imputables a uno de los esposos—, ello implique declaración de culpabilidad o inocencia...»*

El legislador ha pretendido pasar de un sistema de separación por culpa a uno de separación-remedio. De ahí que en la regulación jurídica se omita toda referencia a la idea de culpa en cualquiera de los cónyuges. Pero, no obstante, estimo que en determinadas causales sigue persistiendo esa idea y, como tal, aflora al exterior. No hay duda que, si uno de los esposos infringe alguno de los deberes que le imponen los artículos 67 y 68 del Código Civil, el otro esposo estará legitimado para instar la separación, por lo que no puede hablarse solamente de separación-remedio en nuestro sistema jurídico-matrimonial, sino también, aunque la norma no lo indique, de separación-sanción, pues será, en estos supuestos, el cónyuge «inocente» el legitimado para instarla.

En líneas generales, podemos concluir afirmando que la regulación jurídica de la separación matrimonial en nuestro Ordenamiento es bastante acertada y positiva, si bien hay que tener en cuenta que el legislador podría haber matizado más a la hora de establecer las causales respectivas, al objeto de que se hubiera eliminado, por fin, cualquier referencia a culpabilidad o inocencia de uno de los cónyuges. En cualquier caso, hay que recordar que, al haberse introducido en nuestro Ordenamiento Jurídico el divorcio vincular, la separación conyugal ha dejado de ser la única solución jurídica que se le plantea a un cónyuge para escapar de una situación de crisis, siendo loable, además, que los cónyuges puedan valerse del instituto de la separación como escalón o puente hacia el divorcio.

AURELIA MARÍA ROMERO COLOMA



# ACTUALIDAD JURIDICA



## I. Información legislativa

### A) Derecho europeo y Tratados internacionales

1. *Directiva sobre comercio electrónico*.—Con fecha 23 de diciembre de 1998, la Comisión ha presentado una propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a determinados aspectos jurídicos del comercio electrónico en el mercado interior. Su texto completo puede verse en el Boletín de Información del Colegio de Registradores, número 51, agosto-septiembre de 1999, pág. 2631.

2. *Convenio sobre agencias de trabajo privadas*.—El *BOE* de 13 de septiembre pasado, publica el Instrumento de ratificación del Convenio número 181 de la Organización Internacional de Trabajo sobre agencias de empleo privadas, hecho en Ginebra el 19 de junio de 1997.

3. *Adhesión de China al convenio sobre pruebas en materia civil o mercantil*.—En el *BOE* de 5 de octubre se publica la declaración por España de la adhesión de China al convenio dicho, hecho en La Haya el 18 de marzo de 1970.

### B) Leyes nacionales

— Ley 24/1999, de 6 de julio, que modifica el artículo 92 del Texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por Real Decreto-legislativo 1/1995, de 24 de marzo, referido a la extensión de convenios colectivos.

— Ley 27/1999, de 17 de julio, de cooperativas.

— Ley 29/1999, de 16 de julio. Modificación de la Ley 14/1994, de 1 de junio, por la que se regulan las empresas de trabajo temporal.

### C) Normas autonómicas

*Cataluña*.—Ley de 12 de julio. Ordenación, gestión y tributación del agua.

## II. Información de actividades

1. *Seminario en Santander, en el mes de agosto, sobre «La protección jurídica de los discapacitados, incapaces y personas en situaciones especiales».*—Bajo la Presidencia de Honor de Su Majestad la Reina de España, el Consejo General del Notariado y la Universidad Internacional Menéndez Pelayo convocaron, el 23 de agosto de 1999, un seminario sobre «La protección jurídica de los discapacitados, incapaces y personas en situaciones especiales». El seminario fue inaugurado por don JUAN BOLÁS ALFONSO, Presidente del Consejo General del Notariado, con celebración de dos Mesas Redondas sobre los temas siguientes: «La protección jurídica de los discapacitados, incapaces y personas en situaciones especiales: propuestas de reforma» y «Sociedad civil e intervencionismo. La familia y las ONG como instituciones defensoras del discapacitado, incapaces y personas en situaciones especiales». Las ponencias corrieron a cargo de los Notarios (don RAFAEL MARTÍNEZ DÍE, don MANUEL ANGEL MARTÍNEZ GARCÍA, don RAFAEL LEÑA FERNÁNDEZ o don JOSÉ FÉLIX BELLOCH JULBE); Magistrados (don XAVIER O'CALLAGHAN MUÑOZ, don JUAN MANUEL FERNÁNDEZ LÓPEZ, don PEDRO GONZÁLEZ POVEDA, don LUIS MARTÍNEZ CALCERRADA, don JOSÉ ALMAGRO NOSETE, don MANUEL IGLESIAS CAVERO) o autoridades diversas (doña MARGARITA RETUERTO BUADES, Vocal del Consejo General del Poder Judicial y ex Defensora del Pueblo; don IGNACIO FARRERES Y BOCHACA, de la Generalidad de Cataluña; doña CRISTINA ALBERDI ALONSO, Diputada del Congreso de los Diputados; don PABLO CASTELLANOS, Diputado, o doña ANA FERNÁNDEZ TRESGUERRES GARCÍA, de la Dirección General de los Registros y del Notariado).

2. *El sistema registral español ante la UE y la reforma de las estructuras.*—En los Cursos de Verano de Avila y de la UNED, celebrados, respectivamente, en Avila y Pontevedra, JESÚS LÓPEZ MEDEL dictó sendas conferencias sobre el sistema inmobiliario español y su relación con los de los países de la Unión Europea y ante la reforma de las estructuras. En ellas expuso los distintos sistemas registrales europeos y las características propias y singulares del español, que se manifiesta, ya desde su primera Ley de 1861, con una singularidad especial, que le deviene de la legislación germánica, más suave y flexible, y acaso con mayor acercamiento al sistema austriaco.

3. *Congreso de Derecho Civil en Perú.*—En la Universidad de Lima ha tenido lugar un Congreso Internacional bajo el título «Hacia la reforma del Código Civil peruano», con varias ponencias, alguna a cargo de españoles, y que se ha celebrado durante los días 1 a 4 de septiembre, con el siguiente programa:

**Miércoles, 1 de septiembre**

INAUGURACION.

Intermedio.

JOSÉ LUIS DE LOS MOZOS (España).

PERSONAS: JAVIER DE BELAUNDE LÓPEZ DE ROMAÑA, JORGE MOSSET ITURRASPE (Argentina).

Intermedio.

ACTO JURIDICO: FERNANDO VIDAL RAMÍREZ, ALBERTO J. BUERES (Argentina).

Panel: VÍCTOR GUEVARA PEZA, GUILLERMO LOHMANN LUCA DE TENA.

**Jueves, 2 de septiembre**

FAMILIA: LOURDES FLORES NANO, PEDRO SILVA RUIZ (Puerto Rico).

SUCESIONES: AUGUSTO FERRERO.

Intermedio.

GUILLERMO LOHMANN LUCA DE TENA, GRACIELA MEDINA DE RIVERA (Argentina).

Panel: ENRIQUE VARSI ROSPIGLIOSI, NELSON REYES RÍOS, JUAN OLAVARRÍA VIVIAN.

**Viernes, 3 de septiembre**

DERECHOS REALES: JORGE AVENDAÑO VALDEZ, LUIS MOISSET DE ESPAÑÉS (Argentina).

OBLIGACIONES: CARLOS CÁRDENAS QUIRÓS, GUSTAVO ORDOQUI (Uruguay).

Intermedio.

REGISTROS PUBLICOS: ALVARO DELGADO SCHEELJE, JESÚS LÓPEZ MEDDEL (España).

Panel: FRANCISCO AVENDAÑO ARANA, LUCIANO BARCHI VELDOCHAGA, SERGIO BERROSPÍ POLO, LUIS GARCÍA GARCÍA, ENRIQUE RAÚL DEL CANTO.

**Sábado, 4 de septiembre**

CONTRATOS PARTE GENERAL: MANUEL DE LA PUENTE Y LAVALLE, JOSÉ MÉJICH ORSINI (Venezuela).

Intermedio.

RESPONSABILIDAD CIVIL: EDUARDO SEMINARIO STULPA, JAVIER TAMAYO JARAMILLO (Colombia).

Panel: WALTER GUTIÉRREZ CAMACHO, GASTÓN FERNÁNDEZ CRUZ, ALFREDO BULLARD GONZALES, MANUEL LÓPEZ MEDEL Y BASCONES.

CLAUSURA.

4. *XV Simposio sobre Derecho Matrimonial Canónico*.—Organizado por la Facultad de Derecho Canónico de la Universidad Pontificia de Salamanca, ha tenido lugar en dicha capital durante los días 13 a 17 de septiembre, con el siguiente programa:

### Lunes, 13 de septiembre

Inscripción y entrega de material.

Acto de apertura:

- «Actualización, renovación y formación de los Tribunales eclesiásticos», por don MANUEL CALVO TOJO (Vicario Judicial de Santiago de Compostela).

- Doctor don JULIO MANZANARES, Excmo. y Magfco. Rector de la Universidad Pontificia de Salamanca (UPSA).

- «El valor del matrimonio y el posible rechazo de la sacramentalidad», por don SANTIAGO PANIZO ORALLO (Tribunal de la Rota de Madrid).

- «Duración de los procesos canónicos de nulidad matrimonial», por don RAÚL ROMÁN SÁNCHEZ (UPSA).

### Martes, 14 de septiembre

- «Procreación responsable y bien de la prole», por don PEDRO J. MARTÍNEZ ROBLES (UPSA).

- «Problemas planteados en torno al Registro Civil del matrimonio canónico», por don ANTONIO PÉREZ RAMOS (Vicario Judicial de Mallorca y de la Universidad de las Islas Baleares).

- «Celebración eucarística *in memoriam* de simposistas fallecidos». Capilla de la UPSA.

### Miércoles, 15 de septiembre

- «Los trastornos de personalidad y la nulidad del matrimonio», por don JUAN JOSÉ GARCÍA FRAILDE (Decano del Tribunal de la Rota de Madrid).

- «Trastornos de la alimentación (anorexia y bulimia) y matrimonio canónico», por doña MARÍA ANGELES GÓMEZ (UPSA).
- Visita cultural guiada: zona monumental de Salamanca.

### **Jueves, 16 de septiembre**

- «Las causas de naturaleza psíquica del c. 1095, 3.º: interpretación doctrinal y desarrollo jurisprudencial», por don FEDERICO R. AZNAR GIL (Decano de la Facultad de Derecho Canónico de la UPSA).
- «El concepto de persona en el c. 1097», por don JOSÉ MARÍA SERRANO RUIZ (Auditor del Tribunal Apostólico de la Rota Romana).
- Presentación de CD-ROM sobre Jurisprudencia matrimonial canónica (Facultad de Derecho Canónico de la UPSA).
- Cena del Simposio.

### **Viernes, 17 de septiembre**

- «El matrimonio de los católicos que han abandonado la Iglesia por un acto formal», por don JOSÉ MARÍA DÍAZ MORENO (Universidad Pontificia Comillas y UPSA).

Acto de clausura:

- «El Tribunal de la Rota Matritense», por el Excmo. y Rvdmo. señor don LAJOS KADA (Nuncio Apostólico en Madrid).

5. *Jornadas organizadas por el Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España: «Diez años de reforma mercantil en España».*

### **Fechas y lugar:**

- 27, 28, 29 y 30 de septiembre.
- Salón de Actos del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España (Príncipe de Vergara, 72. Madrid).

### **PRIMERA JORNADA: 27 de septiembre de 1999**

**«¿ES NECESARIA UNA NUEVA REFORMA DE LA LEGISLACION MERCANTIL ESPAÑOLA?»**

9,15: ACTO DE APERTURA.

Presidido por:

— Doña MARGARITA MARISCAL DE GANTE Y MIRÓN, Ministra de Justicia.

Con las intervenciones de:

- «Presentación de las jornadas», por don ANTONIO PAU PEDRÓN, Decano del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España.
- «La aplicación de la reforma, jurisprudencia registral y necesidad de nuevas modificaciones», por don LUIS MARÍA CABELLO DE LOS COBOS Y MANCHA, Director General de los Registros y del Notariado del Ministerio de Justicia.
- «Diez años de la Ley de Defensa de la Competencia», por don AMADEO PETITBÓ JUAN, Presidente del Tribunal de Defensa de la Competencia.
- «Diez años de profunda transformación empresarial en España», por don CARLOS ESPINOSA DE LOS MONTEROS, Presidente del Círculo de Empresarios.
- «Hacia una nueva cultura jurídica como consecuencia de la globalización», por don ANTONIO GARRIGUES WALKER, Presidente de Garrigues & Andersen y Vicepresidente de la Comisión Trilateral.

#### 11,20: «LA REFORMA MERCANTIL EN ESPAÑA: UN ANALISIS CON PROYECCION DE FUTURO»:

- Don CÁNDIDO PAZ ARES, Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid. Ex-director general de los Registros y del Notariado y Consultor de Uría & Menéndez.
- Don ALBERTO ALONSO UREBA, Catedrático de Derecho Mercantil de la Universidad Complutense y socio de Alonso Ureba y Asociados.
- Don IÑIGO COELLO DE PORTUGAL, Letrado del Consejo de Estado.

#### COLOQUIO.

Moderado por:

- Don MIGUEL ANGEL BELLOSO, Director de Expansión.

### **SEGUNDA JORNADA: 28 de septiembre de 1999**

#### **«LA ESTRUCTURA DE LAS SOCIEDADES Y LAS LEYES DEL MERCADO EN UN ESCENARIO INTERNACIONAL EN CAMBIO»**

9,15: ACTO DE APERTURA.

Presidido por:

- Don CRISTÓBAL MONTORO ROMERO, Secretario de Estado de Economía del Ministerio de Economía y Hacienda.

Con las intervenciones de:

- «Presentación de la jornada», por don ANTONIO PAU PEDRÓN, Decano del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España.
- «La sincronización del ordenamiento jurídico y administrativo con la realidad económica», por don FERNANDO GONZÁLEZ-MOYA, Presidente del Consejo General del Colegio de Economistas.
- «Concentración económica y competencia», por don LUIS DE GUINDOS JURADO, Director General de Política Económica y Defensa de la Competencia del Ministerio de Economía y Hacienda.
- «El control de las concentraciones económicas después del Decreto 6/1999», por don MARCOS ARAÚJO, Socio de Garrigues & Andersen.

#### 11,15: «MODIFICACIONES ESTRUCTURALES DE LAS SOCIEDADES: BAJO EL IMPERATIVO DE LAS “LEYES” DEL MERCADO»:

- «Fusiones y escisiones», por don EDUARDO SEBASTIÁN DE ERICE, Socio de Garrigues & Andersen.
- «La cesión global del activo y del pasivo de las empresas», por don JOSÉ MASSAGUER FUENTES, Catedrático de Derecho Mercantil de la Universidad Pompeu Fabra. Abogado y Socio de Uría & Menéndez.
- «Problemática que plantean las fusiones heterogéneas en España», por doña MARÍA JOSÉ VANÓ, Profesora de Derecho Mercantil de la Universidad de Valencia.
- «Fusiones y escisiones transfronterizas», por don HELIODORO SÁNCHEZ Rus, Registrador Mercantil de Barcelona.

#### COLOQUIO.

Moderado por:

- Don PABLO OLÁBARRI, Socio de Garrigues & Andersen.

### **TERCERA JORNADA: 29 de septiembre de 1999**

#### **«FORMULAS SOCIETARIAS EFICIENTES EN UN NUEVO ENTORNO ECONOMICO»**

9,15: ACTO DE APERTURA.

Presidido por:

- Don JOSÉ LUIS GONZÁLEZ MONTES, Secretario de Estado de Justicia. Ministerio de Justicia.

Con las intervenciones de:

- «La perspectiva del Colegio de Abogados», por don LUIS MARTÍ MINGARRO, Decano del Colegio de Abogados de Madrid.
- «La perspectiva del Notariado», por don JUAN BOLÁS ALFONSO, Presidente del Consejo del Notariado.
- «Las Sociedades Profesionales», por don SANTIAGO ILUNDÁIN, Socio de Garrigues & Andersen. Don ANTONIO PAU PEDRÓN, Decano del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España.

#### 11,20: «FORMULAS SOCIETARIAS EFICIENTES EN UN ENTORNO ECONOMICO Y EMPRESARIAL COMPETITIVO»:

- «Hacia una Ley General de Sociedades», por don LUIS FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, Socio de Garrigues & Andersen y Catedrático de Derecho Mercantil de la Universidad Complutense de Madrid.
- «El proyecto comunitario de sociedad europea», por don GAUDENCIO ESTEBAN VELASCO, Catedrático de Derecho Mercantil de la Universidad Complutense.
- «Sociedades cotizadas», por don CARLOS LORING, Socio de Garrigues & Andersen.
- «Grupos de Sociedades», por don ANGEL ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, Catedrático de Derecho Mercantil de la Universidad Autónoma de Madrid.

COLOQUIO.

Moderado por:

- Don FERNANDO CURIEL, Director del Centro de Estudios Registrales.

#### **CUARTA JORNADA: 30 de septiembre de 1999**

#### **«EL GOBIERNO Y LA TRANSPARENCIA DE LAS SOCIEDADES MERCANTILES EN UNA ECONOMIA GLOBAL»**

9,15: ACTO DE APERTURA.

Con las intervenciones de:

- Don JUAN FERNÁNDEZ-ARMESTO FERNÁNDEZ-ESPAÑA, Presidente de la Comisión Nacional del Mercado de Valores (CNMV).

- Don ANTONIO GÓMEZ CIRIA, Presidente del Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas (ICAC).
- Don JONÁS GONZÁLEZ, Socio de Arthur Andersen.
- Don ANTONIO PAU PEDRÓN, Decano del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España.

11,20: «EL GOBIERNO DE LAS SOCIEDADES: ETICA Y RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES»:

- «Medidas de aseguramiento y prevención de la responsabilidad de los administradores», por don FRANCISCO VICENT CHULIÁ, Catedrático de Derecho Mercantil de la Universidad de Valencia.
- «Comités y consejeros independientes», por don RAMÓN BUSTILLO, Socio de Garrigues & Andersen.
- «Delitos societarios», por don JOSÉ ANTONIO MARTÍN PALLÍN, Magistrado de la Sala 2.<sup>a</sup> del Tribunal Supremo.
- «La participación de directivos y empleados en el capital social y en el gobierno de la propia empresa», por don LUIS FERNÁNDEZ DEL POZO, Registrador Mercantil de Barcelona.
- «El juego de las minorías», por don MANUEL CASERO, Registrador Mercantil de Madrid.

COLOQUIO.

Moderado por:

- Don JOSÉ ANTONIO CALVO GONZÁLEZ DE LARA, Vicedecano del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España.

CLAUSURA.



# JURISPRUDENCIA



# I. Sentencias del Tribunal Constitucional

POR FRANCISCO CORRAL DUEÑAS

*Sentencia de 2 de junio de 1998.*—JUSTICIA GRATUITA.—Este beneficio no alcanza a las personas jurídicas.—Sala 1.<sup>a</sup>—Ponente: Sr. Gimeno Sendra.—Voto particular de don Pablo García Manzano.

*Antecedentes.*—a) «Arquitectura y Rehabilitación Urbana, S. L.», al objeto de promover un procedimiento judicial de suspensión de pagos por encontrarse en situación de total insolvencia económica, solicitó del Ilustre Colegio de Abogados de Oviedo que le fuera reconocido el derecho a la asistencia jurídica gratuita.

Dicha Corporación, mediante decisión fechada el 14 de marzo de 1997, denegó la solicitud por un único motivo, a saber: el ser la peticionaria «una entidad mercantil con ánimo de lucro», no inscribible en el artículo 2.c) de la Ley 1/1996, de Asistencia Jurídica Gratuita (LAJG en lo sucesivo).

b) Trasladadas las actuaciones a la Comisión de Asistencia Gratuita de Oviedo, ésta, mediante un simple formulario, ratificó la anterior decisión con la siguiente escueta fundamentación: «Denegado [el reconocimiento del derecho] por ser persona jurídica».

c) Interpuesta la impugnación a que se refiere el artículo 20 LAJG, el Juzgado de Primera Instancia número 9 de los de Oviedo, la desestimó mediante Auto de 28 de mayo de 1997, con la siguiente fundamentación: «...el instante del beneficio de justicia gratuita (*sic*), es una persona jurídica en cuanto entidad mercantil con ánimo de lucro, no susceptible de ser encuadrada en los supuestos excepcionales que legalmente vienen previstos —art. 2 de la Ley 1/1996—, dado que la entidad AREHA, S.L., ni es una Asociación de utilidad pública, ni una Fundación, por lo que en definitiva procede mantener el acuerdo denegatorio de la concesión del beneficio citado».

La demandante de amparo considera que la denegación del reconocimiento del derecho a la asistencia jurídica gratuita por la sola circunstancia de tratarse de una persona jurídica —una sociedad mercantil—, sin prestarse atención alguna a su real y verdadera situación económica —según afirma, de total insolvencia—, ni al procedimiento para cuya promoción se solicita el reconocimiento del referido derecho —un expediente judicial de suspensión de pagos—, lesiona su derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, que el artículo 24.1 CE reconoce a «todos», de forma similar a como el artículo 119 CE consagra el derecho a litigar gratuitamente, también de forma

indeterminada, en favor de «quienes acrediten insuficiencia de recursos para litigar».

Se reconoce en la demanda de amparo, ello no obstante, que la situación en que la demandante se encuentra no tiene cabida efectivamente en el artículo 2.c) LAJG, que únicamente prevé la concesión del derecho a litigar gratuitamente respecto a las personas jurídicas que revistan la forma de «Asociaciones de utilidad pública» o de «Fundaciones», razón por la cual el citado precepto es reputado inconstitucional por instaurar una discriminación, contraria al artículo 14 CE, entre personas físicas con insuficiencia de recursos para litigar, a quienes habría de reconocerse el derecho en todo caso, y personas jurídicas en la misma situación, a las cuales solamente podría reconocerse el derecho si fueren del tipo de las indicadas en el artículo 2.c) LAJG.

*Fallo.*—Se desestima el recurso de amparo, basándose en los siguientes

*Fundamentos jurídicos.*—1. Dados los términos en que viene planteada la demanda, el presente recurso de amparo tiene por objeto dilucidar si el Auto de 28 de mayo de 1997 del Juzgado de Primera Instancia número 9 de Oviedo, que (confirmando el Acuerdo de la Comisión del Turno de Oficio del Ilustre Colegio de Abogados de Oviedo y la Resolución de la Comisión de Asistencia Jurídica Gratuita de Oviedo) denegó a la sociedad demandante el derecho a la asistencia jurídica gratuita que había solicitado para promover un procedimiento de suspensión de pagos, por tratarse de una persona jurídica «con ánimo de lucro» no encuadrable en los supuestos del artículo 2.c) de la Ley 1/1996, de 10 de enero, de Asistencia Jurídica Gratuita (en adelante, LAJG), ha vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión del artículo 24.1 CE y el derecho a la igualdad jurídica del artículo 14 CE.

A juicio de la recurrente, la denegación del derecho a la asistencia jurídica gratuita por la sola circunstancia de tratarse de una persona jurídica «en cuanto entidad mercantil con ánimo de lucro», vulnera su derecho a la tutela judicial efectiva, en la medida en que el artículo 119 CE garantiza la justicia gratuita «en todo caso, respecto de quienes acrediten insuficiencia de recursos para litigar», sin distinguir entre personas físicas y personas jurídicas, por lo que se causa la indefensión proscrita en el artículo 24.1 CE al privarle del derecho a la asistencia jurídica gratuita pese a darse el supuesto de la falta de recursos para litigar.

Asimismo, se produce la lesión del artículo 14 CE, pues si el acceso a la tutela judicial efectiva constituye una actividad que, por esencia, puede ser desempeñada tanto por una persona física como por una persona jurídica, no cabe establecer diferencias entre ambas, siendo así que existe la condición que el artículo 118 CE exige para acceder a la justicia gratuita, esto es, la insuficiencia de recursos.

2. Lo primero que debe precisarse para el adecuado encuadre de la pretensión de amparo formulada es que, aunque formalmente se impugna una resolución judicial (el Auto de 28 de mayo de 1997), en la medida en que esta resolución se limita a aplicar lo dispuesto en el artículo 2, apartado c) de la LAJG, lo que en realidad plantea la recurrente es la inconstitucionalidad del referido precepto legal, pretensión que, como ya señalamos en la STC 41/1981 (fundamento jurídico 1.º), es posible articular en el proceso de amparo siempre que la lesión del derecho fundamental alegada en el recurso tenga su origen en la aplicación de la norma legal que se considera lesiva del derecho

fundamental invocado, y sean inescindibles el amparo constitucional y la inconstitucionalidad de la ley.

3. Si bien el artículo 119 CE no consagra *per se* un derecho protegible a través del recurso de amparo, a tenor de los artículos 53.2 y 161.1.b) CE y 41.1 LOTC (STC 51/1996, fundamento jurídico 1.º), la apreciación de la existencia o no de lesión de los derechos a la tutela judicial efectiva y a la igualdad tiene inevitablemente como punto de partida la interpretación de dicho precepto constitucional, lo que obliga a realizar algunas precisiones sobre el alcance subjetivo del derecho allí reconocido.

El artículo 119 CE, al establecer que «la justicia será gratuita cuando así lo disponga la ley y, en todo caso, respecto de quienes acrediten insuficiencia de recursos para litigar», consagra un derecho constitucional de carácter instrumental respecto del derecho de acceso a la jurisdicción reconocido en el artículo 24.1 CE, pues «su finalidad inmediata radica en permitir el acceso a la justicia, para interponer pretensiones u oponerse a ellas, a quienes no tienen medios económicos suficientes para ello y, más ampliamente, trata de asegurar que ninguna «persona quede procesalmente indefensa por carecer de recursos para litigar» (STC 138/1988)» (STC 16/1994, fundamento jurídico 3.º).

Ahora bien, del propio tenor del inciso primero del artículo 119 CE, según el cual la justicia será gratuita «cuando así lo disponga la ley», se desprende que no nos hallamos ante un derecho absoluto e ilimitado. Por el contrario, se trata de «un derecho prestacional y de configuración legal, cuyo contenido y concretas condiciones de ejercicio, como sucede con otros de esa naturaleza, corresponde delimitarlos al legislador atendiendo a los intereses públicos y privados implicados y a las concretas disponibilidades presupuestarias» (STC 16/1994, fundamento jurídico 3.º). En consecuencia, «el legislador podrá atribuir el beneficio de justicia gratuita a quienes reúnan las características y requisitos que considere relevantes, podrá modular la gratuidad en función del orden jurisdiccional afectado —penal, laboral, civil, etc.— o incluso del tipo concreto de proceso y, por supuesto, en función de los recursos económicos de los que pueda disponer en cada momento» (STC 16/1994, fundamento jurídico 3.º).

La amplia libertad de configuración legal que resulta del primer inciso del artículo 119 CE no es, sin embargo, absoluta, pues el inciso segundo de dicho precepto explícitamente declara que la gratuidad de la justicia se reconocerá «en todo caso, respecto de quienes acrediten insuficiencia de recursos para litigar». Existe, por consiguiente (como también señalamos en la STC 16/1994, fundamento jurídico 3.º), un «contenido constitucional indisponible» para el legislador que obliga a reconocer el derecho a la justicia gratuita necesariamente a quienes acrediten insuficiencia de recursos económicos para litigar. No precisa el artículo 119 CE si esta «insuficiencia de recursos para litigar» debe predicarse sólo respecto de las personas físicas, o también es extensible a las personas jurídicas. El silencio o la indeterminación en este punto de la norma constitucional obliga a este Tribunal, como intérprete supremo de la Constitución (art. 1.1 LOTC), a pronunciarse al respecto.

4. En este sentido, conviene recordar que las personas jurídicas, a diferencia de lo que ocurre con las personas físicas, cuya existencia jurídica no puede ser negada por el ordenamiento jurídico, pues la persona, esto es, el ser humano, tiene el derecho inviolable a que se reconozca su personalidad jurídica (art. 10 CE y art. 6 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948), constituyen una creación del legislador, y

tanto su existencia como su capacidad jurídica vienen supeditadas al cumplimiento de los requisitos que el ordenamiento jurídico establezca en cada caso (así, también, la STC 23/1989, fundamento jurídico 3.º). De este modo, y dejando a un lado las distintas teorías que han tratado de explicar el fundamento de las personas jurídicas, éstas sólo pueden ser rectamente concebidas si se las conceptúa, con las precisiones que sea preciso efectuar en cada caso, como uno más de los instrumentos o de las técnicas que el Derecho y los ordenamientos jurídicos ponen al servicio de la persona para que pueda actuar en el tráfico jurídico y alcanzar variados fines de interés público o privado reconocidos por el propio ordenamiento.

Esta contemplación de los fines no es, en absoluto, extraña a la regulación del derecho a la asistencia jurídica gratuita en relación con las personas jurídicas. Sin necesidad de examinar ahora la legislación anterior, que se deroga, es claro que dicha perspectiva se encuentra presente en la regulación actual. En efecto, la Ley 1/1996 establece un sistema que limita la posibilidad de reconocimiento *ad hoc* del derecho a la asistencia jurídica gratuita (a través del nuevo procedimiento establecido por la Ley), «cuando acrediten insuficiencia de recursos para litigar», dentro de las personas jurídicas de carácter privado, a dos tipos de ellas: las «asociaciones de utilidad pública, previstas en el artículo 4 de la Ley 191/1964, de 24 de diciembre, reguladora de las Asociaciones» [apartado 1.º del art. 2.c) LAJG], y las «fundaciones inscritas en el Registro administrativo correspondiente» [apartado 2.º del art. 2.c) LAJG]. Junto a ello, se mantiene la atribución *ex lege* del derecho (Disposición Adicional segunda de la Ley 1/1996) para la «Cruz Roja Española (...) sin necesidad de acreditar insuficiencia de recursos para litigar», y para las «Asociaciones de Consumidores y Usuarios, en los términos previstos en el artículo 2.2 de la Ley 26/1984, de 19 de julio, para la Defensa de los Consumidores y Usuarios», esto es, para la defensa de los derechos de los consumidores y usuarios «cuando guarden relación directa con productos o servicios de uso o consumo común, ordinario y generalizado».

Resulta, pues, claro que con esta regulación la Ley atiende a la finalidad de la persona jurídica, reconociendo el derecho a la asistencia jurídica gratuita únicamente a las personas jurídicas de «interés general», que en el caso de las entidades de tipo asociativo (*universitas personarum*) identifica con las asociaciones que hayan sido declaradas de «utilidad pública» en los términos del artículo 4 de la Ley 191/1964, y cuando se trata de entidades de tipo fundacional (*universitas bonorum*) relaciona con las fundaciones que hayan sido inscritas en el Registro administrativo correspondiente; excluyendo, en cambio, del ámbito de la Ley al resto de las entidades asociativas y, dentro de ellas, especialmente a las sociedades, dado su marcado fin de interés particular (arts. 35.2.º y 36 CC). Esta delimitación del ámbito personal de aplicación de la Ley (por lo que a las personas jurídicas se refiere) se corresponde con la de la Ley 30/1994, de 24 de noviembre, de Fundaciones y de Incentivos Fiscales a la Participación Privada en Actividades de Interés General, que prevé la aplicación de ciertos incentivos fiscales para «las fundaciones inscritas en el Registro correspondiente y las asociaciones declaradas de utilidad pública» (art. 41), dando, asimismo, nueva redacción al artículo 4 de la Ley 191/1964, reguladora de las Asociaciones, en su Disposición Adicional decimotercera.

5. Realizadas estas acotaciones legislativas y doctrinales, hemos de preguntarnos ahora si el legislador, al configurar de este modo el derecho a la

asistencia jurídica gratuita, ha respetado el contenido constitucional indisponible que garantiza el artículo 119 CE, pues las sociedades mercantiles quedan, según el artículo 2.c) de la Ley, excluidas del derecho a la asistencia jurídica gratuita aun en el supuesto de que «acrediten insuficiencia de recursos para litigar».

Aunque dicha cuestión, como tal, no ha sido todavía directamente resuelta por este Tribunal, quedando en ocasiones expresamente imprejuzgada, lo cierto es que ya la STC 16/1994, al resolver una cuestión de inconstitucionalidad en relación con los artículos 14 y 15 LEC, en la redacción dada por la Ley 34/1984 (hoy derogados), contenía implícitamente una respuesta a la misma, que en este momento debemos hacer explícita. El Pleno de este Tribunal consideró entonces que el contenido indisponible que encierra el artículo 119 CE «sin necesidad de definirlo de forma exhaustiva, supone, sin duda, que la justicia gratuita debe reconocerse a quienes no puedan hacer frente a los gastos originados por el proceso (incluidos los honorarios de los abogados y los derechos arancelarios de los procuradores, cuando su intervención sea preceptiva o necesaria en atención a las características del caso) sin dejar de atender a sus necesidades vitales y a las de su familia, al objeto de que nadie quede privado del acceso a la justicia por falta de recursos económicos. Dicho en otras palabras, deben sufragarse los gastos procesales a quienes, de exigirse ese pago, se verían en la alternativa de dejar de litigar o poner en peligro el nivel mínimo de subsistencia personal o familiar» (STC 16/1994, fundamento jurídico 3.º). De ello se sigue que el contenido indisponible del artículo 119 CE sólo es reconducible a la persona física, única de la que puede predicarse un «nivel mínimo de subsistencia personal o familiar». En el mismo sentido, esto es, reconduciendo la exigibilidad constitucional del derecho a la asistencia jurídica gratuita a las personas físicas, se pronunció también el Tribunal Constitucional alemán en Sentencia de 3 de julio de 1973, al enjuiciar la regulación contenida en el artículo 114.4 de la Ordenanza Procesal Civil (actual art. 116 ZPO).

6. A esta conclusión cabe llegar también poniendo en relación la norma constitucional con las procesales que hasta la fecha (hoy derogadas) han venido regulando el indicado beneficio y han servido de desarrollo a aquélla.

De este modo, el artículo 13 LEC (en la redacción dada por la Ley 34/1984, de 6 de agosto, de Reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil), en perfecta sintonía con el artículo 119 CE, al referirse expresamente a las personas jurídicas en su segundo inciso, condicionaba la obtención de la justicia gratuita a que «por disposición legal se haya concedido ese beneficio». En los demás casos, esto es, cuando se trataba de dar cumplimiento al mandato constitucional de otorgar siempre y necesariamente el beneficio a «quienes acrediten insuficiencia de recursos para litigar» (segundo inciso del art. 119 CE, y primero del art. 13 LEC), los artículos 14 a 19 LEC tan sólo contemplaban como destinatarios del mismo a las personas físicas, estableciendo desde siempre (esto es, desde la redacción inicial de la LEC) para poder instar este beneficio un nivel de renta, en principio, no superior al doble del salario mínimo interprofesional (o conceptos parangonables anteriormente usados); nivel de renta que, si consistiera en dicho salario, viene a integrar el mínimo nivel de subsistencia personal que, en cuanto tal, el legislador desde siempre ha declarado inembargable (art. 1.449 LEC).

Así, pues, nunca hasta la fecha ha existido prescripción alguna que, partiendo de un nivel mínimo de recursos de las personas jurídicas (así, por ejemplo,

de su patrimonio social o de la base imponible en el impuesto de sociedades), les autorizara a litigar asistidas del beneficio de justicia gratuita. Antes al contrario, ha sido el legislador, quien, integrando el artículo 13 LEC, ha ido, caso por caso, y atendiendo a la naturaleza y fines de determinadas personas jurídicas, otorgándoles el referido beneficio a través de toda una legislación especial. En la actualidad, la Ley 1/1996, prevé expresamente una forma de cálculo de la «insuficiencia de recursos económicos para litigar», en el caso de las personas jurídicas a las que restringe la posibilidad de reconocimiento del beneficio, relacionada con su base imponible en el impuesto de sociedades (art. 3.6), pero se trata de un requisito añadido, y no alternativo, al principal, que, como se ha señalado, atiende a los fines de las personas jurídicas.

El régimen jurídico tradicional de la «defensa por pobre», primero, y de la «justicia gratuita», después, avala, pues, la interpretación propuesta del artículo 119 CE. La Constitución no se opone a que determinadas o incluso todas las personas jurídicas pudieran ser beneficiarias de la justicia gratuita; pero esta actividad subvencional de Estado no se infiere del segundo inciso del artículo 119 CE (que, como se ha dicho, tan sólo es predicable de las personas físicas), sino del primero, conforme al cual pertenece al ámbito de la libertad de configuración del legislador ordinario decidir cuándo y en qué condiciones merecen ser acreedoras de la asistencia jurídica gratuita.

7. Hechas las precisiones anteriores sobre el contenido y alcance del artículo 119 CE, debemos ya entrar en el examen de las dos vulneraciones de derechos fundamentales que se denuncian en la demanda.

Alega, en primer lugar, la recurrente, que la denegación del derecho a la asistencia jurídica gratuita lesiona su derecho a la tutela judicial efectiva y le causa la indefensión proscrita en el artículo 24.1 CE al impedirle plantear la suspensión de pagos que se ve forzada a promover, dado su estado de insolvencia patrimonial.

Este Tribunal, en numerosas ocasiones, ha declarado que el derecho a la tutela judicial efectiva reconocido en el artículo 24.1 CE, como derecho a la prestación de la actividad jurisdiccional de los órganos del Poder Judicial del Estado, es un derecho que corresponde «a las personas físicas y a las personas jurídicas, y entre estas últimas, tanto a las de Derecho privado como a las de Derecho público, en la medida en que la prestación de la tutela judicial efectiva de los Jueces y Tribunales tiene por objeto los derechos e intereses legítimos que les corresponden. [...] Por ello, hay que entender que, en línea de principio, la titularidad del derecho que establece el artículo 24 de la Constitución corresponde a todas las personas físicas y a las personas jurídicas a quienes el ordenamiento reconoce capacidad para ser parte en un proceso y sujeta a la potestad jurisdiccional de Jueces y Tribunales, si bien en este último caso el reconocimiento del derecho fundamental debe entenderse dirigido a reclamar del órgano jurisdiccional la prestación a que como parte procesal se tenga derecho» (STC 64/1988, fundamento jurídico 1.º, por todas).

De este reconocimiento general de la titularidad del derecho a la tutela judicial efectiva a las personas jurídicas, no puede derivarse, sin embargo, que tengan derecho, en todo caso, a disfrutar del derecho a la asistencia jurídica gratuita cuando carezcan de recursos económicos para litigar. Hemos dicho antes que la propia existencia de las personas jurídicas depende de la interposición del legislador, en la medida en que son meras creaciones del ordenamiento puestas al servicio de la persona (física) para que pueda alcanzar los fines que le son propios.

A esta consideración general, aplicable a todas las personas jurídicas de Derecho privado, debe añadirse otra que adquiere una especial importancia cuando se trata de sociedades mercantiles de capital. En este tipo de entidades, el *substratum* que justifica su personificación jurídica se halla en la existencia de un pacto asociativo dirigido a racionalizar los riesgos de la actividad empresarial limitando la responsabilidad patrimonial al valor de la aportación social.

Esta realidad subyacente no puede ser soslayada por este Tribunal a la hora de resolver el problema que nos ocupa (esto es, si la denegación de la asistencia jurídica gratuita ha supuesto o no un efectivo e injustificado obstáculo para el acceso a la jurisdicción), pues no puede olvidarse que detrás de la sociedad demandante del amparo existirán unos socios (u otros interesados) a los que, sin duda, la suspensión de pagos que se intenta instar judicialmente puede beneficiar de diversas formas que no es necesario ahora recordar.

En este punto se ha de tener también en cuenta, como apunta el Abogado del Estado, que los procesos concursales son procesos que la ley establece no sólo en beneficio del deudor sino también en interés y utilidad de los acreedores que ven fallidos sus créditos por la situación de insolvencia de aquél; razón por la cual, en la ejecución universal, en realidad, los gastos del proceso no los soporta el concursado o quebrado, pero tampoco el Estado, sino los acreedores que verán mermados sus créditos por efecto de la disminución experimentada en el patrimonio del deudor a consecuencia del pago de los gastos que origina el propio proceso de ejecución colectiva o universal [art. 1.924.2.º A) CC, y arts. 1.183 y 1.230 y 1.357 LEC].

8. Tampoco se ha producido, en el presente recurso de amparo, la vulneración del artículo 14 CE por la circunstancia de que la ley a la hora de reconocer el derecho a la asistencia jurídica gratuita otorgue un tratamiento diferenciado a las personas físicas y a las personas jurídicas.

En reiteradas ocasiones este Tribunal ha declarado que no toda desigualdad de trato legal respecto de la regulación de una determinada materia, supone una infracción del mandato contenido en el artículo 14 CE, sino tan sólo las desigualdades que introduzcan una diferencia entre situaciones que puedan considerarse iguales y que no ofrezcan una justificación objetiva y razonable para ello, pues, como regla general, el principio de igualdad exige que a iguales supuestos de hecho se apliquen iguales consecuencias jurídicas y, en consecuencia, veda la utilización de elementos de diferenciación que quepa calificar de arbitrarios o carentes de una fundamentación razonable. Lo que prohíbe el principio de igualdad son, en suma, las desigualdades que resulten artificiosas o injustificadas por no venir fundadas en criterios objetivos y razonables según criterios o juicios de valor generalmente aceptados. También es necesario para que sea constitucionalmente lícita la diferencia de trato, que las consecuencias jurídicas que deriven de tal distinción sean proporcionadas a la finalidad perseguida, de suerte que se eviten resultados excesivamente gravosos o desmedidos. En resumen, el principio de igualdad no sólo exige que la diferencia de trato resulte objetivamente justificada, sino también que supere un juicio de proporcionalidad en sede constitucional sobre la relación existente entre la medida adoptada, el resultado producido y la finalidad pretendida por el legislador (SSTC 110/1993, 176/1993, 90/1995, entre otras muchas).

Basta con que nos remitamos a las consideraciones efectuadas anteriormente sobre la distinta naturaleza y función de las personas físicas y las personas jurídicas, para afirmar que se trata de realidades diferentes que, por tanto, permiten y justifican un trato legal desigual, especialmente cuando nos

hallamos ante un derecho prestacional que, como el contemplado en el artículo 119 CE, es de configuración legal, por lo que el legislador dispone, en principio, de un amplio margen de libertad para conformar en atención a los intereses públicos y privados implicados y a las concretas disponibilidades presupuestarias, que siendo siempre limitadas, y tratándose de un derecho de carácter social que pretende evitar la indefensión y la desigualdad de armas procesales que puede originarse en el acceso al proceso de las personas que carecen de recursos económicos para litigar, no puede concederse de modo ilimitado, por lo que es legítimo que el legislador haya atendido a las distintas realidades que encierran la persona física y la persona jurídica para, en atención a ellas, establecer la diferente regulación por la que ha optado.

Tampoco la diferencia de trato legal entre las personas jurídicas societarias, como la aquí recurrente, y las constituidas para fines de interés general, a que alude el Ministerio Fiscal, encierra lesión alguna del artículo 14 CE, pues posee una evidente justificación, objetiva y razonable, dentro del amplio margen de libertad de configuración del que, como ya se ha señalado, goza el legislador a tenor del artículo 119 CE.

Voto particular que formula el Magistrado don Pablo García Manzano a la sentencia dictada por la Sala Primera de este Tribunal en el recurso de amparo número 2.920/97

Mi respetuoso disenso con la solución adoptada por la mayoría de la Sala, denegando el amparo solicitado, concierne tanto al fallo, que en mi opinión debió tener carácter estimatorio, como a la línea argumental que conduce a la decisión denegatoria.

1. En primer término, la sentencia de la que discrepo parte de una distinción entre personas físicas y jurídicas, situando a éstas, al menos de forma implícita, en un nivel de protección (respecto a la procedencia de admitirlas como sujetos del derecho a la asistencia jurídica gratuita) inferior al de aquéllas, por entender que son una creación artificial del Ordenamiento, es decir, una *factio iuris*. Pero no puede negarse, en la actualidad, ni la relevancia que las ficciones jurídicas tienen en el mundo del Derecho, ni la importancia que la actuación de las asociaciones de todo género, y de las sociedades mercantiles, desempeñan en el tráfico jurídico, en cuanto sujetos de derechos con plena personalidad jurídica y capacidad de obrar. No debe, pues, esta premisa servir de pauta orientadora para una adecuada decisión del problema que este amparo suscita.

2. He de precisar, antes de seguir adelante, que comparto la tesis mayoritaria según la cual la Ley 1/1996, reguladora del derecho, y cuya aplicación ha originado este amparo, no admite como titulares del derecho a la asistencia jurídica gratuita, por insuficiencia de recursos, a las personas jurídicas, salvo los concretos supuestos del artículo 2.e), por lo que, disintiendo en esto del Ministerio Fiscal, no cabe entenderlas comprendidas en la genérica expresión de «los ciudadanos españoles» del artículo 2.a) de referida Ley, para así llegar a una interpretación conforme del precepto en tela de juicio. Así pues, ha de convenirse en que ni los órganos administrativos, ni después el Juez, hicieron otra cosa que aplicar la norma legal excluyente, por tratarse de una persona jurídica y, más concretamente, de una entidad mercantil con ánimo de lucro. El problema se traslada así a la constitucionalidad del artículo 2 de

la Ley 1/1996, por su acomodación o no a los artículos 24.1 y 119 de la Constitución, en cuanto tal precepto no permite que ni las sociedades mercantiles ni ninguna otra persona jurídica, sea o no societaria, pueda reclamar el derecho asistencial en juego para litigar derechos propios, defendibles o sostenibles en juicio, en el caso de que acrediten insuficiencia de recursos para litigar, tanto en concepto de demandantes como de demandados.

3. El primer argumento, aunque no el central, de la sentencia de la mayoría, consiste en entender (fundamento jurídico 5.º) que ya la STC 16/1994 dio respuesta negativa implícita a la cuestión de la titularidad del derecho (en este caso, el derecho a la justicia gratuita) por parte de las personas jurídicas, negando dicha posibilidad a la luz del Ordenamiento entonces aplicable: artículos 14 y 15 de la LEC en la redacción que a estos preceptos dio la reforma procesal contenida en la Ley 34/1984, de 6 de agosto. Más lo cierto es, desde mi punto de vista, que dicha sentencia, con la que el Pleno de este Tribunal dio respuesta a la cuestión planteada por el Juzgado de Distrito de Rentería sobre los artículos 14 y 15 de la LEC, en la redacción de la reforma procesal antes aludida, afirmando la constitucionalidad de tales preceptos, si bien aludió a necesidades vitales y de la familia y al nivel mínimo de subsistencia personal o familiar, lo hizo en función de los datos y circunstancias en presencia: personas físicas demandadas en un juicio de cognición que, aún hallándose comprendidos en el supuesto del artículo 15 LEC, carecían del derecho a litigar con dirección letrada y representación del turno de oficio. Es en el contexto de la cuestión, y en sus términos reales, donde, al pronunciarse sobre la constitucionalidad de los módulos para determinar el *quantum* o nivel económico, la sentencia citada efectuó las referidas precisiones. Pero ello no significa que, ni directa ni indirectamente, se afirmase en dicha resolución la no titularidad del derecho de justicia gratuita por las personas jurídicas que acreditarasen insuficiencia de recursos económicos.

4. No es razón convincente, en mi modesta opinión, la que se hace consistir en la interpretación del Derecho anterior, constituido por los artículos 13 y siguientes de la LEC, como Ordenamiento matriz del beneficio, según la cual sólo podría ser esgrimido en su favor por las personas jurídicas cuando el beneficio se les concediera «por disposición legal». Un examen de la jurisprudencia y de la doctrina científica recaídas en torno a tal régimen jurídico pone de manifiesto la disparidad de soluciones tanto jurisprudenciales como académicas, evidenciando así el carácter no pacífico de la cuestión.

5. La más decisiva *ratio decidendi* de la sentencia de la que, con el mayor respeto, disiento, consiste —creo— en una cierta identificación entre el patrimonio de la persona jurídica sociedad, singularmente de las mercantiles con el de sus socios. Tal identificación, sólo predicable, a mi juicio, en las sociedades personalistas, como las colectivas, no se produce en las sociedades de capital, como es el caso de la recurrente, sociedad de responsabilidad limitada, donde existe una clara separación jurídica entre uno y otro patrimonios. El concernido aquí, en cuanto susceptible de quedar por debajo del nivel o *quantum* económico exigido, es el patrimonio de la sociedad, sin que sea necesario que se acredite la «pobreza» de todos y cada uno de los socios que la integran. La confusión patrimonial no se acomoda a la personificación en el tráfico jurídico de estos entes societarios, siendo además de tener en cuenta que el derecho se reclama para litigar derechos propios. No es obstáculo a la tesis de la procedencia del beneficio, si carecen de recursos para litigar o éstos son insuficientes, la determinación, de un módulo objetivo, pues el legislador

de la Ley 1/1996 lo ha fijado para los dos tipos de personas jurídicas a las que incluye en el ámbito personal o subjetivo del derecho (asociaciones de utilidad pública del art. 4 de la Ley 191/1964, y fundaciones inscritas en el Registro correspondiente), estableciendo en el artículo 3.6 que «Tratándose de las personas jurídicas mencionadas en el apartado c) del artículo anterior, se entenderá que hay insuficiencia de recursos económicos para litigar, cuando su base imponible en el Impuesto de Sociedades fuese inferior a la cantidad equivalente al triple del Salario Mínimo Interprofesional en cómputo anual». No hay, pues, desde esta perspectiva de cuantificación objetiva, ningún obstáculo para la titularidad del derecho, si se dan las condiciones legales requeridas y se acredita la insuficiencia económica.

6. Desde un punto de vista constitucional, el artículo 119 CE que se sitúa en el ámbito de la tutela judicial efectiva de manera instrumental, contiene dos diversos mandatos al legislador: un primer mandato, de habilitación, para que otorgue el derecho a la gratuidad de la justicia «cuando así lo disponga la ley», y otro mandato de diverso signo, inserto en un sistema de justicia gratuita instaurado por el legislador, referible subjetivamente a «quienes acrediten insuficiencia de recursos para litigar».

En el primero, el legislador es libre para conceder o no el derecho, con abstracción de personas y de requisitos de suficiencia patrimonial. Podrá hacerlo en función de las características de las personas (jurídico-públicas o jurídico-privadas con funciones de interés social relevante, como la Cruz Roja o las Asociaciones de Consumidores y Usuarios), o del proceso en que actúan (trabajadores y beneficiarios del sistema de Seguridad Social en el orden jurisdiccional social). Pero cuando el legislador da cumplimiento al segundo mandato, al de configurar un «sistema» de justicia gratuita para reconocer —que no otorgar— el derecho con base en la insuficiencia de recursos económicos, el constituyente le fija de antemano el ámbito subjetivo: quienes acrediten tal insuficiencia, que es tanto como decir: quienes, haciendo uso de su derecho a acceder a la jurisdicción y al proceso, bien como demandantes, bien en calidad de demandados, no tengan suficientes medios económicos para ejercitar pretensiones u oponerse a las frente a ellos ejercitadas. Solamente así, partiendo de este ámbito subjetivo trazado por el constituyente, el legislador se acomoda no sólo al artículo 119, y no sólo desde una hermenéutica apegada al texto de su dicción literal, sino también y sobre todo al artículo 24.1 CE cuando atribuye el derecho a obtener la tutela efectiva de los derechos e intereses legítimos a «todas las personas», tanto físicas o individuales como jurídicas (SSTC 64/1988, 67/1991 y 129/1995 [RTC 1995, 129]), entre otras.

Pues bien, no se me alcanza que exista un dato de relevancia constitucional que justifique que el legislador de la Ley 1/1996, en su artículo 2, limite el derecho, por insuficiencia de recursos económicos, a sólo las Asociaciones de utilidad pública y a las Fundaciones inscritas, siendo así que otros tipos asociativos —las asociaciones de interés particular, no necesariamente de forma mercantil societaria— pueden hallarse en la misma situación de insuficiencia de recursos económicos para ser parte demandante o demandada, en concretos procesos, dado que el ejercicio de acciones civiles se haya establecido, en el artículo 38 del Código Civil, para todas las personas jurídicas, sin diferenciar entre las del número 1.º y las del número 2.º del artículo 35 de dicho Código.

7. He de admitir que el antiguo «beneficio de pobreza», hoy derecho a la asistencia jurídica gratuita, es de normal utilización por las personas físicas o individuales que tratan de acceder al proceso, pero ello no excluye que pueda o deba ser aplicable a personas jurídicas, sean o no sociedades mercantiles, siempre y cuando se acredite cumplidamente por éstas que su patrimonio alcanza un nivel cuantitativo inferior al módulo establecido, y ello con independencia de que: *a)* el legislador pueda, para este tipo de personas, elevar el nivel cuantitativo de dicho módulo, con relación al exigido respecto de las personas físicas, y *b)* que en su aplicación concreta, los órganos administrativos y los jueces en la función de control jurisdiccional, extremen el rigor de tener por acreditado, en evitación de situaciones fraudulentas, el cumplimiento del requisito. Pero cosa distinta es, como hace el legislador de la Ley 1/1996, excluir de antemano del derecho a las personas jurídicas, salvo las dos concretas del artículo 2.c) a que se ha hecho repetida alusión, sin justificación constitucional alguna que legitime tal exclusión que, por estas razones, se opone a los artículos 24.1 y 119 de la Constitución.

En virtud de lo expuesto, el fallo precedente en el recurso de amparo promovido por «Arquitectura y Rehabilitación Urbana, S. L.» debió ser, en mi criterio, de signo positivo, es decir, debió otorgarse el amparo, con la consecuencia, dado lo dispuesto por el artículo 55.2 LOTC (lesión, por la aplicación de la Ley 1/1996, del derecho fundamental de la entidad recurrente a la tutela judicial efectiva sin indefensión), de elevar al Pleno la cuestión de inconstitucionalidad del artículo 2.c) de la mencionada Ley, a los efectos procedentes.

Tal es mi parecer disidente que, con el mayor respeto a la decisión mayoritaria de la Sala y conforme a lo prevenido en el artículo 90.2 LOTC, pretendo reflejar la opinión que mantuve en la deliberación del presente recurso de amparo.

Publíquese este voto en el *Boletín Oficial del Estado*.

Madrid, a dos de junio de mil novecientos noventa y ocho.—*Pablo García Manzano*.—Firmado y rubricado.



## II. Resoluciones de la Dirección General

### A) RESOLUCIONES PUBLICADAS EN EL *BOE*

Por FRANCISCO CORRAL DUEÑAS

Registro de la Propiedad

*Resolución de 2 de junio de 1999.*  
*Registro de la Propiedad de Alcalá de Henares 4*  
*(BOE 6-7-99).*

COMPRA GANANCIAL EN DOCUMENTO PRIVADO. DIVORCIO POSTERIOR DE LOS COMPRADORES. CONVENIO ATRIBUYENDO EL PISO A LA ESPOSA. ELEVACION DE LA COMPRA A ESCRITURA.

Lo correcto es formalizar la escritura a favor de ambos cónyuges para su sociedad, y después, con acompañamiento del convenio, proceder a la inscripción a favor de la esposa.

*Resolución de 5 de junio de 1999.*  
*Registro de la Propiedad de Alicante número 4*  
*(BOE 6-7-99).*

COMPRAVENTA JUDICIAL. FIRMEZA DE LA SENTENCIA.

Es inscribible una enajenación forzosa realizada como consecuencia de la ejecución provisional de una sentencia condenatoria a pagar una cantidad que se halla en fase de apelación.

*Resolución de 8 de junio de 1999.*  
*Registro de la Propiedad de Colmenar Viejo 2*  
*(BOE 13-7-99).*

URBANISMO. AFECCION REAL. ANOTACION DE DEMANDA.

El demandante no está obligado a reducirla cuando exceda de la responsabilidad de las fincas. Procede la anotación, aunque ya conste afección real de las fincas en el Registro.

*Resolución de 9 de junio de 1999.*  
*Registro de la Propiedad de Málaga número 3*  
*(BOE 6-7-99).*

RECURSO GUBERNATIVO: OBJETO IMPROCEDENTE: CANCELACION DE ANOTACION PREVENTIVA.

Practicado un asiento, queda bajo la salvaguardia de los Tribunales y no cabe recurso pidiendo su cancelación.

*Resolución de 11 de junio de 1999.*  
*Registro de la Propiedad de La Bisbal*  
*(BOE 13-7-99).*

EXTRANJEROS. DOCUMENTOS EN PAIS EXTRANJERO. PODER OTORGADO EN LA FORMA DEL PAIS.

El documento tendrá efecto en España si se ha otorgado con arreglo a las formalidades del país de origen.

*Resolución de 12 de junio de 1999.*  
*Registro de la Propiedad de Manresa número 1*  
*(BOE 13-7-99).*

CONDICION SUSPENSIVA. VENTA DE FINCA SUJETA A SU CUMPLIMIENTO.

No se puede inscribir hasta que se realice el supuesto previo que consta en el Registro.

*Resolución de 16 de junio de 1999.*  
*Registro de la Propiedad de San Sebastián número 1*  
*(BOE 13-7-99).*

HIPOTECA. EN GARANTIA DE CREDITO EN CUENTA CORRIENTE. INTERESES REMUNERATORIOS Y DE DEMORA.

Al ser una hipoteca de máximo, se cubren tales intereses en tanto el saldo de la cuenta lo permita.

*Resolución de 18 de junio de 1999.*  
*Registro de la Propiedad de Santa Coloma de Gramanet número 1*  
*(BOE 2-8-99).*

ANOTACION DE EMBARGO. CADUCIDAD. ASIENTOS POSTERIORES.

Agotado su plazo de vigencia, la anotación carece de efectos jurídicos, por lo que los asientos posteriores ganan rango respecto a ella y no pueden ser cancelados en su virtud.

*Resolución de 19 de junio de 1999.*  
*Registro de la Propiedad de Murcia número 8*  
*(BOE 3-8-99).*

RECURSO GUBERNATIVO. OBJETO IMPROCEDENTE: CANCELACION DE ASIENTOS PRACTICADOS.

El recurso gubernativo sólo procede cuando hay suspensión o denegación del Registrador. Por el contrario, si la calificación fue positiva y se practicaron los asientos, éstos quedan bajo la salvaguardia de los Tribunales.

*Resolución de 21 de junio de 1999.*  
*Registro de la Propiedad de Valencia número 4*  
*(BOE 3-8-99).*

TRACTO SUCESIVO. VENTA EN DOCUMENTO PRIVADO Y ELEVACION A PUBLICO A COMPRADOR DISTINTO.

No se puede prescindir del adquirente intermedio, ya que en él radica el verdadero poder de transmitir.

*Resolución de 26 de junio de 1999.*  
*Registro de la Propiedad de Alcalá de Guadaíra*  
*(BOE 3-8-99).*

DIVISION DE FINCA. ENAJENACION POR CUOTAS CON ADSCRIPCION DE USO DE PARCELA: DIVISION FRAUDULENTA.

La venta indivisa de una finca rústica pero con división material del uso y disfrute exclusivo en varias parcelas numeradas y determinadas implica una parcelación urbanística encubierta, que exige licencia municipal según el artículo 259.3 de la Ley del Suelo de 1992.

*Resolución de 29 de junio de 1999.*  
*Registro de la Propiedad de San Lorenzo de El Escorial número 1*  
*(BOE 3-8-99).*

HIPOTECA. SUBROGACION DE ACREEDOR. CONDICIONES MEJORABLES.

La Ley 2/1994, de 30 de marzo, que establece la mejora de las condiciones, no se limita al interés del crédito, sino que pueden atenderse a otras variables como el plazo o la cuantía del préstamo que favorezcan a los hipotecantes.

*Resolución de 30 de junio de 1999.*  
*Registro de la Propiedad de Alcalá la Real*  
*(BOE 2-8-99).*

**HIPOTECA. PROCEDIMIENTO EXTRAJUDICIAL DE EJECUCION. CERTIFICACION DE CARGAS.**

Expedida esta certificación, ha de hacerse constar por nota marginal.

*Resolución de 7 de junio de 1999.  
Registro de la Propiedad de Zaragoza número 11  
(BOE 6-8-99).*

**HIPOTECA. DE MAXIMO. OBLIGACIONES NO DETERMINADAS.**

La hipoteca en garantía de una obligación futura requiere la existencia de una previa relación jurídica que vincule al deudor, debiendo estar tal obligación identificada, sin que puedan englobarse varias en una cuenta corriente con efecto novatorio.

*Resolución de 1 de julio de 1999.  
Registro de la Propiedad de Zaragoza número 2  
(BOE 6-8-99).*

**CANCELACION. REQUISITOS.**

No se puede practicar sin el consentimiento del titular de un asiento, porque éste se halla bajo la salvaguardia de los Tribunales.

*Resolución de 2 de julio de 1999.  
Registro de la Propiedad de Tarazona  
(BOE 6-8-99).*

**ARRENDAMIENTO FINANCIERO. RESOLUCION EXISTIENDO CARGAS. PLAZO PARA RECURRIR.**

Los asientos están bajo la salvaguardia de los Tribunales, por lo que para su cancelación se precisa consentimiento de los titulares o resolución judicial en juicio entablado contra ellos. El plazo para recurrir se cuenta desde la fecha de la última nota de calificación.

*Resolución de 9 de julio de 1999.  
Registro de la Propiedad de Valladolid número 5  
(BOE 6-8-99).*

**DONACION. PARTES INDIVISAS. INDETERMINACION.**

Deben expresarse con la claridad suficiente los derechos que se crean, modifican, transmiten o extinguen para poder proceder a su inscripción.

*Resolución de 13 de julio de 1999.*  
*Registro de la Propiedad de San Sebastián número 1*  
*(BOE 6-8-99).*

HIPOTECA. EN GARANTIA DE CREDITO EN CUENTA CORRIENTE. INTERESES. PODERES: FORMA DE ACREDITACION.

Si los intereses no quedan comprendidos en la cuenta, es posible garantizarlos de forma independiente, sobre todo si son intereses de demora.

Los poderes deben transcribirse, expresando cuál sea su soporte documental, aseverando el Notario que en lo omitido no hay nada que amplíe, restrinja, modifique o condicione lo inserto.

*Resolución de 16 de julio de 1999.*  
*Registro de la Propiedad de Castellón de la Plana número 2*  
*(BOE 6-8-99).*

HIPOTECA. CANCELACION POR CONFUSION DE DERECHOS.

No se da la confusión cuando la finca no ha estado nunca inscrita a favor del titular de la hipoteca que se pretende cancelar. Para que la confusión pueda operar registralmente deben constar simultáneamente inscritos a favor de la misma persona el dominio de la finca y el derecho real de garantía.

*Resolución de 12 de julio de 1999.*  
*Registro de la Propiedad de Granada número 2*  
*(BOE 9-8-99).*

BIENES GANANCIALES. VENTA POR ESPOSA INCAPAZ.

Debe cumplirse la condición prevenida en la autorización judicial de guardar las prevenciones señaladas en el artículo 2.015 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

*Resolución de 15 de julio de 1999.*  
*Registro de la Propiedad de San Feliu de Guixols*  
*(BOE 9-8-99).*

TRACTO SUCESIVO. ANOTACION DE EMBARGO CADUCADA. ADJUDICACION POSTERIOR.

No puede inscribirse la adjudicación de fincas que aparecen inscritas a favor de personas distintas de las demandadas. La caducidad de las anotaciones opera de modo automático, por lo que no pueden cancelarse en la ejecución las cargas posteriores a la anotación caducada.

*Resolución de 19 de julio de 1999.*  
*Registro de la Propiedad de Madrid número 2*  
*(BOE 9-8-99).*

#### ENTIDADES ASEGURADORAS DISUELTAS. VENTA DE SUS BIENES.

Para la enajenación de inmuebles del Patronato Farmacéutico Nacional no es precisa la intervención del Protectorado del Estado. No se precisa que la Comisión Liquidadora mencione la aplicación de determinadas pautas de actuación como condición de la enajenación.

*Resolución de 20 de julio de 1999.*  
*Registro de la Propiedad de Valencia número 3*  
*(BOE 9-8-99).*

#### HIPOTECA. EN GARANTIA DE TITULOS. EJECUCION PARCIAL.

Los títulos que no han procedido a la ejecución subsisten como carga preferente, según el artículo 156 LH, y pueden obtener su satisfacción sobre las fincas gravadas.

#### Registro Mercantil

*Resolución de 5 de mayo de 1999.*  
*Registro Mercantil de Madrid IV*  
*(BOE 6-7-99).*

#### DEPOSITO DE CUENTAS ANUALES.

Es obligatoria la presentación del informe de las cuentas desde que se hubiese solicitado por la minoría.

*Resoluciones de 12 y 13 de mayo de 1999.*  
*Registro Mercantil de Asturias*  
*(BOE 6-7-99).*

#### DEPOSITO DE CUENTAS ANUALES.

No procede el recurso por negarse su admisión, por falta de legitimación del recurrente.

*Resolución de 3 de junio de 1999.*  
*Registro Mercantil de Madrid III*  
*(BOE 6-7-99).*

#### S.R.L. SOCIEDAD DESIGNADA COMO ADMINISTRADOR. PERSONA FISICA ACTUANTE.

Debe acreditarse el nombramiento para el cargo y su vigencia, así como el de la persona que firma la certificación.

*Resolución de 4 de junio de 1999.*  
*Registro Mercantil de Madrid XIII*  
*(BOE 6-7-99).*

S.A. JUNTA GENERAL. REPRESENTACION DE ACCIONES EN COPROPIEDAD. NOMBRAMIENTO DE ADMINISTRADOR SUPLENTE.

La designación por los copropietarios de una persona que los represente, se establece en interés de la sociedad, por lo que se pueden ejercitar tales derechos conjuntamente si la sociedad lo permite. No hay obstáculo al nombramiento de otro administrador para el caso de que el primeramente designado no acepte.

*Resolución de 14 de junio de 1999.*  
*Registro Mercantil de Las Palmas de Gran Canaria*  
*(BOE 13-7-99).*

RECURSO GUBERNATIVO: OBJETO IMPROCEDENTE: ASIENTOS.

No es el recurso gubernativo el procedimiento adecuado para lograr la rectificación de los asientos ya practicados.

*Resolución de 17 de junio de 1999.*  
*Registro Mercantil de Madrid XV*  
*(BOE 13-7-99).*

S.A. SUSPENSIÓN DE PAGOS. DISOLUCIÓN POSTERIOR.

Ambos supuestos son compatibles y se pueden hacer constar en el Registro Mercantil.

*Resolución de 22 de junio de 1999.*  
*Registro Mercantil de Madrid XI*  
*(BOE 3-8-99).*

S.R.L. ADMINISTRADOR. RENUNCIA.

Si consta ya inscrita en el Registro la renuncia del administrador único, es impropio inscribirla de nuevo.

*Resolución de 29 de junio de 1999.*  
*Registro Mercantil de Valencia número 1*  
*(BOE 3-8-99).*

S.A. RECURSO GUBERNATIVO: OBJETO: RECURSO CONTRA CALIFICACION PARCIAL.

Es inadmisibile el recurso cuando no se aporten originales o debidamente testimoniados los documentos a calificar por el Registrador.

*Resolución de 6 de julio de 1999.*  
*Registro Mercantil de Castellón de la Plana*  
*(BOE 3-8-99).*

DEPOSITO DE CUENTAS ANUALES. RECURSO CONTRA LAS YA CALIFICADAS.

Es inadmisibile cuando ya se ha practicado el asiento, pues éste queda bajo la salvaguardia de los tribunales.

*Resolución de 14 de julio de 1999.*  
*Registro Mercantil de Alava*  
*(BOE 6-8-99).*

S.R.L. ESTATUTOS. ADAPTACION. CESE DE ADMINISTRADORES.

La adaptación de los estatutos a la nueva normativa es una obligación de las sociedades. El acuerdo de promover la responsabilidad de los administradores determina su destitución.

*Resolución de 8 de julio de 1999.*  
*Registro Mercantil de Madrid III*  
*(BOE 10-8-99).*

S.R.L. ESTATUTOS. OBJETO SOCIAL. ADMINISTRADORES. EXCLUSION DE SOCIOS.

Es preciso determinar el ámbito de la actividad social. No es inscribible la prohibición para ser administrador al socio que adquiera su participación por procedimiento de ejecución forzosa. Tampoco es admisible la cláusula estatutaria que considera causa de exclusión de socios el embargo de sus participaciones o el hecho de haberlas adquirido en procedimiento de ejecución.

*Resolución de 21 de julio de 1999.*  
*Registro Mercantil de Barcelona V*  
*(BOE 11-8-99).*

S.A. JUNTA GENERAL. CONVOCATORIA. ORDEN DEL DIA.

La falta de precisión y claridad del orden del día sobre modificaciones estatutarias determina la nulidad de los acuerdos y la propia constitución de la junta.

*Resolución de 22 de julio de 1999.*  
*Registro Mercantil de Madrid III*  
*(BOE 11-8-99).*

#### SOCIEDAD COLECTIVA. CUENTAS ANUALES. EFECTOS DE LA FALTA DE DEPOSITO.

El cierre registral derivado de la falta de presentación de las cuentas anuales para su depósito en el Registro Mercantil no es aplicable a una sociedad colectiva en la que todos los socios son personas físicas.

Registro Mercantil Central

*Resolución de 10 de junio de 1999.*  
*Registro Mercantil Central*  
*(BOE 13-7-99).*

#### DENOMINACION. CONDICIONES DE IDENTIDAD.

Requisitos necesarios para considerar que las denominaciones se consideran idénticas a otras preexistentes.

*Resolución de 15 de junio de 1999.*  
*Registro Mercantil Central*  
*(BOE 13-7-99).*

#### DENOMINACION. MOTIVACION DE LA CALIFICACION.

El Registrador no está obligado a detallar las razones por las que la denominación solicitada se considera idéntica a otra ya existente.

*Resolución de 24 de junio de 1999.*  
*Registro Mercantil Central*  
*(BOE 3-8-99).*

#### DENOMINACION. SEMEJANZA FONETICA.

Cuando hay similitud de los vocablos, de suerte que carecen de suficiente virtualidad distintiva, debe considerarse que existe coincidencia.

*Resolución de 25 de junio de 1999.*  
*Registro Mercantil Central*  
*(BOE 3-8-99).*

#### DENOMINACION. COINCIDENCIA CON OTRAS INSCRITAS.

La función identificadora de una sociedad exige que la atribución del nombre se produzca con carácter exclusivo.

## Registro de Buques

*Resolución de 23 de junio de 1999.*

*Registro de Buques de Cantabria*

*(BOE 3-8-99).*

## BUQUE. MODIFICACION DE SU TITULARIDAD. REQUISITOS FISCALES.

Esta exige el cumplimiento de los mismos requisitos que se imponen para la entrega del mismo, entre ellos la liquidación de los tributos.

F. C. D.

## B) RESOLUCIONES COMENTADAS

Por JESÚS GONZÁLEZ GARCÍA  
y FRANCISCO CORRAL DUEÑAS

**SOCIEDAD DE RESPONSABILIDAD LIMITADA.—JUNTA GENERAL. CONVOCATORIA. PLAZO.** (RESOLUCIÓN DE 15 DE JULIO DE 1998. BOE DE 11 DE AGOSTO.)

El plazo de quince días contemplado por el artículo 46.3 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada para la convocatoria de las Juntas debe computarse de acuerdo con los criterios establecidos por el Tribunal Supremo en Sentencias de 29 de marzo y 21 de noviembre de 1994: «*El cómputo del plazo de antelación de las convocatorias de Junta se realiza considerando como día inicial el correspondiente al día de la publicación de la convocatoria, excluyéndose el de la celebración de la Junta, que hay que referir al fijado para la primera convocatoria*».

*Hechos.*—I. El día 28 de junio de 1995, ante el Notario de Madrid don José Angel Martínez Sanchiz, la sociedad limitada «Ibáñez & Plaza Asociados» otorgó escritura de adaptación de estatutos a la Ley de Responsabilidad Limitada de 23 de marzo de 1995 y reelección de administradores solidarios. En el artículo 12 de los Estatutos de la sociedad se establece: «Convocatoria. La convocatoria de la Junta general ordinaria y extraordinaria se realizará por el órgano de administración o los liquidadores, en su caso, mediante carta certificada, con una antelación mínima de quince días a la fecha de celebración. La convocatoria expresará el nombre de la sociedad, la fecha y hora de la reunión, así como el orden del día. La convocatoria podrá instarse judicialmente en los casos contemplados en el artículo 45 de la Ley. Entre la primera y segunda convocatoria mediarán, como mínimo, veinticuatro horas de diferencia. El órgano de administración convocará necesariamente la Junta cuando lo solicite un número de socios que represente, al menos, una quinta parte del capital social».

II. Presentada copia de la escritura en el Registro Mercantil de Madrid, 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 los siguientes defectos que impiden su práctica. Defectos: 1. No se justifica la presentación del documento en la oficina liquidadora del impuesto al que están sujetos los actos que en el mismo se contienen (art. 86 del Reglamento del Registro Mercantil). 2. En el artículo 12 de los Estatutos se establece, con términos que concuerdan con el artículo 97.1 de la Ley de Sociedades Anónimas, que la Junta deberá ser convocada con una antelación mínima de quince días a la fecha de celebración. Esta mención estatutaria sólo es admisible cuando se trate de una sociedad anónima, pues el Tribunal Supremo, en Sentencia de 29 de marzo de 1994, entiende que para el cómputo del plazo el día inicial es el de la publicación. Por su parte, el artículo 46.3 de la Ley de Responsabilidad Limitada exige que entre la convocatoria y la fecha prevista para la celebración de la reunión deberá existir un plazo de, al menos, quince días, por lo que el día inicial es el siguiente al de la publicación o remisión. En el plazo de dos meses, a contar de esta fecha, se puede interponer recurso gubernativo de acuerdo con los artículos 66 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil.—Madrid, 26 de julio de 1995.—El Registrador.—Firmado, Luis María Stampa Piñeiro».

*Fundamentos de derecho.*—Vistos los artículos 46.3 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada; 97.1 de la Ley de Sociedades Anónimas; las Sentencias del Tribunal Supremo de 28 de marzo de 1968, 4 de julio de 1980, 5 de marzo de 1987 y 29 de marzo y 21 de noviembre de 1994, y las Resoluciones de 7 de julio de 1992, 9 y 10 de marzo, 10 de junio y 14 de julio de 1993, y 20 de febrero, 10 de julio y 6 de noviembre de 1995.

1. La cláusula estatutaria debatida establece que la convocatoria de la Junta se realizará con una antelación mínima de quince días a la fecha de celebración. El Registrador suspende la inscripción por entender que dicha previsión estatutaria sólo es admisible respecto de la sociedad anónima, mientras que para las sociedades de responsabilidad limitada el artículo 46.3 de su ley reguladora exige que entre la convocatoria y la fecha prevista para la celebración de la reunión exista un plazo de, al menos, quince días, por lo que, a su juicio, el día inicial del cómputo es el siguiente al de la publicación o remisión.

2. Tanto la Ley de Sociedades Anónimas como la de Sociedades de Responsabilidad Limitada, al regular la antelación de la convocatoria de la Junta general, fijan un margen temporal que tiene como justificación la de procurar que el socio pueda obtener la información pertinente acerca de las cuestiones sobre las que es llamado a pronunciarse y reflexione detenidamente sobre el contenido del voto por emitir. Atendiendo a este fundamento, según la doctrina inicialmente sentada por esta Dirección General al interpretar el artículo 97 de la Ley de Sociedades Anónimas (cuyas previsiones en lo relativo a la regulación de la Junta general eran de aplicación subsidiaria a la sociedad de responsabilidad limitada conforme al art. 15 de la Ley de 17 de julio de 1953, modificado por la Ley 19/1989, de 25 de julio, y por ello dicha doctrina era aplicable a la hora de computar el plazo de antelación de la convocatoria determinado en la escritura social) no debía aplicarse el artículo 5 del Código Civil, pues lo que había de lograrse era que existiera un plazo de quince días, al menos, entre los momentos de publicación del anuncio y la reunión de la Junta, por lo que ninguna de las fechas (día inicial y día final) debían formar

parte del cómputo (vid., en el mismo sentido, las Sentencias del Tribunal Supremo de 28 de marzo de 1968 y 5 de marzo de 1987).

Posteriormente la postura del Tribunal Supremo cambió, y en dos Sentencias (29 de marzo y 21 de noviembre de 1994) entendió que el cómputo del plazo se ha de llevar a cabo teniendo en cuenta como día inicial el correspondiente al de la publicación de la convocatoria social, excluyéndose el de la celebración de la Junta, y ello: Porque de la literalidad del artículo 97 se evidencia que resulta especialmente relevante la fecha de publicación del anuncio, pues desde entonces y sin esperar al siguiente día, los socios están en situación de tiempo hábil para el ejercicio de los derechos que les otorga la Ley, tales como el de información (art. 112) o el de adoptar o preparar su representación (art. 106); porque el plazo legal y mínimo de los quince días anteriores surge de la misma publicación del acuerdo convocante, por lo que se identifica en su día inicial, incluyéndose éste, por tanto, en el cómputo, y porque no hay base legal con suficiente carga de influencia para imponer necesariamente que el cómputo deba ser desde el siguiente día a la publicación, mientras que cuando el legislador quiere que este efecto se produzca, así lo establece expresamente, como sucede con el artículo 303 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y el artículo 1.130 del Código Civil, entre otros supuestos.

Esta postura jurisprudencial ha sido posteriormente adoptada por este Centro Directivo (cfr. Resoluciones de 10 de julio y 6 de noviembre de 1995, que rectifican la interpretación que oficialmente se sostenía), y es la interpretación que debe mantenerse también en la aplicación del artículo 46.3 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, toda vez que la diferencia entre el tenor de tal precepto y el del homólogo de la Ley de Sociedades Anónimas carece de suficiente entidad para enervar los argumentos del Tribunal Supremo antes referidos, máxime si se tiene en cuenta que ambas formas sociales coinciden en la estructura corporativa y que la consideración de los principios configuradores de la sociedad de responsabilidad limitada y de los postulados o ideas rectoras que sirven de base a la regulación legal de este tipo societario no exige una interpretación diferente respecto del extremo ahora debatido.

Esta Dirección General ha acordado estimar el recurso y revocar la decisión y la nota del Registrador.

Madrid, 15 de julio de 1998.—El Director general, *Luis María Cabello de los Cobos y Mancha*.

Señor Registrador Mercantil de Madrid número XII.

## COMENTARIO

### I. INTRODUCCIÓN

La presente Resolución no hace sino aplicar a las sociedades de responsabilidad limitada la misma doctrina que actualmente se aplica a las anónimas, a efectos de computar el plazo de los quince días con que debe hacerse la convocatoria de las Juntas generales de socios. Por razones de orden práctico y de lógica institucional debe aplicarse el mismo criterio interpretativo a los plazos contemplados, respectivamente, en los artículos 97 de la Ley de Sociedades Anónimas y 46 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada.

Ocorre, no obstante, que el propósito del legislador de la Ley de Limitadas fue precisamente zanjar una polémica que entonces estaba en plena efervescencia, dando al artículo 46 de aquella ley una redacción más explícita que la del artículo 97 de la Ley de Sociedades Anónimas, siempre a efectos de mantener la doctrina tradicional, a tenor de la cual debían excluirse del cómputo tanto el primero como el último día de aquel plazo. No carece de fundamento, por tanto, la tesis mantenida por el Registrador en el recurso, por que se atiene escrupulosamente a lo que el legislador quiso realmente decir.

Poco antes de promulgarse la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, el Tribunal Supremo modificó su jurisprudencia en lo relativo a las sociedades anónimas, considerando incluidos en dicho cómputo tanto el día de la publicación como el de la celebración de la Junta, dando lugar a que la Dirección General de los Registros y del Notariado reformase también el criterio que había venido manteniendo en sus Resoluciones. En consecuencia, quedó frustrado aquel propósito del legislador de las sociedades limitadas, haciendo necesario reconducir la interpretación del artículo 46 de dicha ley para darle el mismo sentido que actualmente se da al artículo 97 de la Ley de Sociedades Anónimas, puesto que la estructura corporativa y los principios configuradores de ambos tipos sociales son muy similares en estos aspectos.

## II. DOCTRINA ACERCA DEL CAMBIO JURISPRUDENCIAL

La frustración de los propósitos del legislador provocada por dicho cambio jurisprudencial es comentada por BISBAL (1), señalando que la aplicación del criterio tradicional dio lugar a numerosos recursos gubernativos, muchos de los cuales continuaron luego ante los Tribunales de Justicia:

«...Por lo que se refiere a la antelación con la que debe ser hecha la convocatoria (esto es, al plazo que debe transcurrir entre la fecha en que se publique el anuncio de ésta o, en su caso, entre la fecha en que hubiere sido remitido el anuncio al último de los socios y la fecha de celebración de la reunión), la nueva LSRL, a diferencia de la de 1953 y a semejanza de la LSA fija un plazo mínimo e indisponible: quince días. Ahora bien, la fórmula empleada para expresar su cómputo difiere de la que emplea el artículo 97.1 de la LSA. Si en éste se dice que el anuncio deberá publicarse «por lo menos quince días antes de la fecha fijada para su celebración», el artículo 46.3 de la LSRL dice, en cambio, que «entre la convocatoria y la fecha prevista para su celebración deberá existir un plazo de, al menos, quince días».

Esta última expresión de la nueva LSRL se ajusta más al modo en que la DGRN había venido interpretando el artículo 97.1 de la LSA. En efecto, la finalidad de ese artículo, repetía incansablemente el Centro Directivo, «*es asegurar la existencia de un margen temporal de quince días al menos entre los momentos de publicación del anuncio y de reunión de la Junta*»; por otro lado, advertía a sus objetores, no es aplicable el artículo 5 del Código Civil, ni siquiera contando el plazo en «*sentido retrospectivo*». Y conclusa, ni el día del

---

(1) JOAQUÍN BISBAL MÉNDEZ, *Tratado de la sociedad limitada*, Fundación Cultural del Notariado, Madrid, 1997, págs. 685 y 686. Obra coordinada por CÁNDEDO PAZ-ARES.

anuncio ni el día de la reunión *«pueden formar parte de dicho lapso»*. Ahora bien, esta regla no está expresada en la nueva LSRL y, por tanto, si no queremos reabrir una polémica que nunca debió producirse, más vale que no lo sigamos.

En efecto, la nueva LSRL, creo que bienintencionadamente, ha querido redactar la expresión del plazo mínimo en concordancia, como decimos, con la interpretación dada por la DGRN al artículo 97.1 de la LSA, a fin de que en este extremo no hubiesen diferencias entre ambas leyes. Pero lo ha hecho con mala fortuna, en el momento preciso en que el TS acababa de reforzar su doctrina contraria (SSTS de 29 de marzo y 21 de noviembre de 1994). A juicio del Alto Tribunal no cuenta el día de la celebración de la reunión ciertamente, pero cuenta el del anuncio, porque la publicación, en términos del TS: *«genera el efecto pretendido de dar conocimiento público de la convocatoria [...] de tal manera que el plazo legal y mínimo de los quince días anteriores surge de la misma publicación del acuerdo convocante, por lo que se identifica en su día inicial»*. Esta doctrina ha sido acatada, finalmente, por la DGRN (RDGRN de 10 de julio de 1995), rectificando, de esta forma, el criterio que venía manteniendo.

Pues bien, si así están las cosas, mejor será que no volvamos sobre la cuestión y concluyamos abruptamente diciendo que el artículo 46.3 de la LSRL debe interpretarse del modo siguiente: son quince días, por lo menos, sin contar el de la celebración, pero contando el del anuncio. De esta forma estaremos defendiendo algo que cabe perfectamente en el significado de ese artículo, rendiremos un pequeño homenaje a las cinco sociedades, cuando menos, que vieron cómo se declaraba la nulidad de sus Juntas por creer, como cree firmemente el TS, que el día del anuncio entraba en el cómputo, y evitaremos introducir una divergencia con la norma aplicable a la sociedad anónima, que podría acercarnos al ridículo...

### III. EXAMEN DE LA JURISPRUDENCIA

Puesto que la presente Resolución extiende a las sociedades de responsabilidad limitada la misma doctrina que ya establecieron para las anónimas, las Resoluciones de 10 de julio y 6 de noviembre de 1995, con rectificación del criterio que había venido sosteniendo la Dirección General de los Registros y del Notariado, estudiaremos la jurisprudencia anterior y posterior a dicho cambio jurisprudencial.

La postura tradicional del Tribunal Supremo a la hora de interpretar el plazo contemplado por el artículo 97 (2) de la Ley de Sociedades Anónimas, consistía en excluir del cómputo tanto el día de la publicación de los anuncios como el de celebración de la Junta (puesto que se habla de quince días de «antelación», es lógico exigir que hayan transcurrido quince días «antes» de reunirse la Junta). De acuerdo con aquel sistema, debían contarse diecisiete días naturales entre la fecha de publicación del anuncio y el día de la celebra-

---

(2) El artículo 97 dice: «La Junta general ordinaria deberá ser convocada mediante anuncio publicado en el *Boletín Oficial del Registro Mercantil* y en uno de los diarios de mayor circulación en la provincia, por lo menos, quince días antes de la fecha fijada para su celebración...»

ción, ambos inclusive. Así lo afirmaban las Sentencias de 28 de marzo de 1968 y 5 de marzo de 1987 (3).

Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de marzo de 1987. «Aparece evidenciado que no se interpuso entre la convocatoria y la celebración... el plazo de los quince días intercalares a que el texto legal se refiere con el carácter de plazo mínimo, «por lo menos quince días antes», dice... La observancia de ese plazo de quince días es inexcusable, al estar impuesto por la ley y pensado en garantía del socio y no puede prescindirse del mismo...»

Debemos señalar otra sentencia que no aparece citada en los «vistos» de ninguna Resolución, en la que el Tribunal Supremo aplica el artículo 5 del Código Civil, a tenor del cual, «*En los plazos señalados por días, a contar de uno determinado, quedará éste excluido del cómputo, el cual deberá empezar en el día siguiente*». Se trata de la Sentencia de 31 de mayo de 1983 (4). Según esta sentencia, entre los días 16 y 30 de un mismo mes sólo habrían transcurrido catorce días, porque el primero, el 16, que es el de la publicación de la convocatoria, no se incluye en el cómputo; sin embargo, este criterio no ha sido mantenido con posterioridad por el Alto Tribunal ni seguido por la Dirección General.

En muchas Resoluciones de esta última década, la Dirección General ha sostenido la inaplicabilidad del artículo 5 del Código Civil, siguiendo la jurisprudencia anterior a la reforma del Título Preliminar de éste y sin tener en cuenta la citada Sentencia de 31 de mayo de 1983 (son de citar las Resoluciones de fechas 7 de julio de 1992, 9 y 10 de marzo, 10 de junio y 14 de julio de 1993) (5).

Por último, en el año 1994, el Tribunal Supremo modificó su línea interpretativa, incluyendo en el cómputo el primer día del plazo (es decir, el de la publicación del anuncio) determinando que no es aplicable el artículo 5 del Código Civil porque la cuenta debe efectuarse «*hacia atrás*». Son dos Sentencias del mismo año, de fechas 29 de marzo y 21 de noviembre de 1994:

---

(3) Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de marzo de 1968. «El plazo de quince días a que se refiere el artículo 53 de la Ley de Sociedades Anónimas comienza a correr el día siguiente a la inserción del último anuncio de convocatoria que se publique y debe terminar el día anterior, por lo menos, al de la reunión, puesto que el citado artículo señala que la convocatoria habrá de hacerse antes de la fecha fijada para la reunión.

(4) Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de mayo de 1983. Considerando... «que si bien dicha publicación en la prensa tuvo lugar con la debida antelación —4 de junio—, no acontece lo mismo con la del *BOE*, ya que apareciendo en el día 16 de junio y señalándose que la Junta tendría lugar en primera convocatoria el 30 del referido mes, es lo cierto que por aplicación de lo dispuesto en el artículo 5.1 y 2 del Código Civil, el plazo entre la publicación de la convocatoria y la celebración de la Junta era de catorce días...»

(5) El contenido de todas las Resoluciones citadas coincide literalmente: «El plazo de quince días del artículo 97 de la Ley de Sociedades Anónimas se cuenta excluyendo del cómputo tanto el primero como el último; es decir, que se cuentan diecisiete días de fecha a fecha. Criterio que se extiende también al plazo del artículo 98 de la misma ley... El objetivo del artículo 97 LSA es asegurar un margen temporal de, al menos, quince días entre los momentos de publicación del anuncio y de reunión de la Junta, y, por ende, ninguna de estas dos fechas puede formar parte de dicho lapso. No es aplicable el artículo 5 del Código Civil. En este mismo sentido se manifiesta el artículo 98.3 LSA cuando fija un plazo de antelación de ocho días».

Sentencia de 29 de marzo de 1994. *«El cómputo del plazo de antelación de las convocatorias de Junta se realiza considerando como día inicial el correspondiente al día de la publicación de la convocatoria, excluyéndose el de la celebración de la Junta, que hay que referir al fijado para la primera convocatoria. [...] La fecha de la celebración de la Junta no procede ser incluida en el cómputo de los quince días... El plazo legal y mínimo de los quince días anteriores a que se refiere el artículo 97.1 de la LSA surge de la misma publicación del acuerdo convocante, por lo que se identifica en su día inicial... A la misma conclusión... se llega partiendo de la fecha señalada para la Junta... hacia atrás... De esta manera se cumplen con efectividad las previsiones del adverbio «antes» que contiene el precepto... La prórroga del cómputo del plazo al día siguiente de la inserción en las publicaciones... carece del debido amparo legal expreso y de lógica jurídica...»*

Sentencia de 21 de noviembre de 1994. El cómputo del plazo de antelación de las convocatorias de Junta se realiza considerando como día inicial el correspondiente al día de la publicación de la convocatoria, excluyéndose el de la celebración de la Junta, que hay que referir al fijado para la primera convocatoria. De este modo, una Junta convocada por anuncios publicados el día 12 de septiembre y celebrada el 27 del mismo mes en primera convocatoria cumple perfectamente el requisito que exige la Ley de Sociedades Anónimas de haberse convocado con quince días de antelación:

*«El plazo de los quince días surge desde la publicación... tratándose de un plazo legal cuya cuenta debe efectuarse hacia atrás, para cumplir las previsiones del adverbio "antes" que menciona el referido precepto: artículo 53.1 (hoy 97) de la LSA y no contradice el artículo 5.1 del Código Civil, que se refiere a los plazos señalados por días, pero a contar de uno determinado, como ratifica también su artículo 1.130...»*

La Dirección General de los Registros, en sendas Resoluciones de 10 de julio y 6 de noviembre de 1995, se somete al nuevo criterio del Tribunal Supremo:

Resolución de 10 de julio de 1995: *«...El primero de los defectos recurridos [si se ha respetado el plazo mínimo establecido en el artículo 97 de la Ley de Sociedades Anónimas] no puede ser mantenido, habida cuenta de la doctrina que al respecto han sentado las Sentencias del Tribunal Supremo de 29 de marzo y 21 de noviembre de 1994, según la cual el día inicial debe incluirse en el cómputo (criterio contrario al sostenido por este centro en sus Resoluciones de 9 y 10 de marzo y 10 y 14 de junio de 1993) y del papel complementador del ordenamiento jurídico que a la doctrina reiterada de este Tribunal corresponde (vid. art. 1.6 del Código Civil)».*

Resolución de 6 de noviembre de 1995: *«...la postura del Tribunal Supremo ha cambiado y en dos sentencias (29 de marzo y 21 de noviembre de 1994) ha entendido que el plazo legal y mínimo de los quince días anteriores surge de la misma publicación del acuerdo convocante, por lo que se identifica en su día inicial, con lo que el mismo debe quedar incluido en el cómputo. En la segunda de las sentencias citadas se afirma incluso que sobre este punto debe considerarse que existe ya una jurisprudencia que es vinculante. [...] Tal postura jurisprudencial implica que deban abandonarse los argumentos que se sostenían por este Centro Directivo, aunque los mismos no hayan sido desvirtuados, y de*

*conformidad con el Tribunal Supremo (art. 6 del Código Civil) se rectifique la interpretación que oficialmente se sostenía. Ello supone que al haberse realizado la convocatoria de la Junta general con un intervalo de catorce días entre el del anuncio publicado y la fecha prevista de celebración (es decir, quince días incluyendo el de la publicación de los anuncios) la misma debe entenderse válidamente realizada».*

En cuanto a la interpretación del artículo 46.3 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada por parte de la Resolución, objeto del presente comentario, ya señalamos al principio del mismo que fue propósito del legislador zanjar la polémica acerca del modo de computar los quince días de antelación.

Este precepto dice: «Entre la convocatoria y la fecha prevista para la celebración de la reunión deberá existir un plazo de, al menos, quince días...», mientras que el artículo 97 de la Ley de Sociedades Anónimas habla de «quince días de antelación». A nuestro juicio, el significado que hay que atribuir a las expresiones «entre» y «al menos» que utiliza la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, era inequívoco: debían existir «quince días intercalares» entre el de la publicación de la convocatoria y el de la celebración de la Junta, lo que concordaba por completo con la postura tradicional del Tribunal Supremo y de nuestra Dirección General.

En vista del cambio de criterio del Tribunal Supremo, que la Dirección General no ha tenido más remedio que hacer suyo, debe alterarse también la interpretación del citado artículo 46.3 de la Ley de Limitadas para hacerlo coincidir con la Jurisprudencia del Alto Tribunal, porque, en efecto, carece de sentido que se apliquen soluciones diferentes para cada tipo social.

Lo que nosotros seguimos preguntándonos es si tiene sentido que un plazo de quince días se computase excluyendo el primero y el último —con lo que se convertían en diecisiete— y ahora se haya convertido en otro de catorce, por seguir justamente el criterio contrario. A nuestro juicio, desde la promulgación del título preliminar del Código Civil debería haberse aplicado el artículo 5 del mismo (como hacía la Sentencia de 31 de mayo de 1983), excluyendo de este cómputo el día de la publicación de la convocatoria e incluyendo el de la celebración. Con ello, el plazo de quince días señalado por el legislador tendría, efectivamente, quince días; se aplicaría el sistema de cómputo natural, que es idéntico al que se utiliza para cualesquiera otros plazos y se habrían evitado estos desorientadores cambios jurisprudenciales.

J. G. G.  
Registrador Mercantil

**SEGREGACIÓN DE FINCA RUSTICA. UNIDAD MINIMA DE CULTIVO.—NO PUEDEN SEGREGARSE SUPERFICIES INFERIORES A DICHA UNIDAD MINIMA O CUANDO EL RESTO DE LA MATRIZ RESULTE IGUALMENTE INFERIOR.** (RESOLUCIÓN DE 8 DE MAYO DE 1999. BOE DE 10 DE JUNIO DE 1999.)

*Hechos.*—1. El día 29 de agosto de 1995, se otorga escritura pública ante el Notario de Avila, don Francisco García Sánchez, en la que don Fernando José de la Cerda Roy, en su nombre y en el de su hermana doña María Dolores de la

Cerda Roy, previa nueva descripción de la finca registral 3.038, propiedad de ambos, como finca discontinua separada en dos porciones por tres fincas de propiedad ajena (fruto de anteriores segregaciones de la misma finca registral), procede a la segregación de una de dichas porciones de 12 hectáreas, 50 áreas, y la vende a don Máximo Fernández Sánchez, quedando un resto de 3 hectáreas, 51 áreas, 92 centiáreas. Se incorpora certificación del excelentísimo Ayuntamiento de Avila, de 21 de agosto de 1995, de la que resulta la calificación de la finca como suelo no urbanizable y se acompaña otra de 11 de septiembre de 1995 sobre la innecesariedad de licencia municipal para la división del terreno, sin perjuicio de la legislación aplicable por razón de la materia.

II. Presentada la anterior escritura en el Registro de la Propiedad de Avila, fue calificada con la siguiente nota: «Denegada la inscripción de la precedente escritura de segregación y venta, de la que dos primeras copias fueron presentadas a las doce horas del 30 de agosto último y que, previa su retirada, según el asiento 3041 del diario 76, fueron de nuevo presentadas el 29 de septiembre siguiente en unión de una certificación del excelentísimo Ayuntamiento de Avila, en la que se declara la innecesariedad de obtención de licencia municipal para la segregación realizada, dada la clasificación de los terrenos afectados de «suelo no urbanizable» (destino agrícola) y «...sin perjuicio de lo dispuesto en la legislación aplicable por razón de la materia». La denegación se justifica por cuanto que en la finca matriz —que no es finca discontinua según el Registro—, después de la segregación realizada, queda un resto de 3 hectáreas, 51 áreas, 92 centiáreas, inferior a la unidad mínima de cultivo fijada en 6 hectáreas para el término municipal de Avila por Decreto 76/1984, de 16 de agosto, lo que comporta la nulidad del acto jurídico de segregación y, como consecuencia, del posterior negocio jurídico de compraventa, a tenor del artículo 24 de la Ley 19/1995, de 4 de julio, de Modernización de las Explotaciones Agrarias, siendo insubsanable el defecto, no se practica anotación de suspensión. Contra la presente calificación cabe recurso gubernativo ante el Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, conforme a los artículos 66 de la Ley Hipotecaria, 11 y siguientes del Reglamento Hipotecario y Disposición Adicional séptima de la Ley Orgánica del Poder Judicial, en el plazo y por los trámites que resultan de los citados artículos 11 y siguientes del Reglamento Hipotecario. Avila, a 2 de noviembre de 1995. El Registrador. Firma ilegible».

III. El Notario autorizante de la escritura, don Francisco García Sánchez, interpuso recurso gubernativo contra la anterior calificación en base a lo siguiente: 1. Que no se puede alegar que no consta en el Registro el carácter discontinuo de la finca matriz, ya que de dicho carácter se deja constancia en la escritura calificada, describiéndose la finca tal y como realmente se encuentra, incluso incorporándose un plano en que se reflejan las tres propiedades ajenas que separan las dos partes de que consta. El carácter discontinuo no puede constar en el Registro sino en virtud de un título idóneo como es el que el señor Registrador ha calificado, y no puede exigir que la rectificación de la descripción de una finca, para concordar el Registro con la realidad extrarregistral, se realice en un documento previo al efecto, ya que sería un gasto inútil para su propietario, cuando se puede hacer en un mismo título que contenga otros conceptos, como es el que nos ocupa. Además, en la propia escritura se solicita la práctica de los correspondientes asientos, y uno de ellos sería dicha rectificación. 2. Tampoco cabe alegar que después de la segregación realizada queda un resto inferior a la unidad mínima de cultivo, ya que

dado el carácter discontinuo de la finca, no es propiamente un acto de segregación, sino lo que la doctrina hipotecarista y las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 26 de octubre de 1935 y 8 de febrero de 1936 denominan separación, que, aunque exige las mismas formalidades que la segregación, no puede confundirse con ella, y por tanto no puede argumentarse que el acto realizado contravenga el artículo 24 de la Ley de 4 de julio de 1995, que se refiere a las segregaciones y divisiones propiamente dichas. Además, aunque la Comunidad de Castilla y León ha fijado por Decreto la unidad mínima de cultivo en su territorio, tal Decreto parece referirse, según su Exposición de Motivos, a las «fincas concentradas», dejando en duda su aplicación respecto a las demás. La Orden de 27 de mayo de 1958, declarada en vigor por la Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de marzo de 1986, fijaba para el término municipal de Avila, en donde no existe concentración parcelaria, la unidad mínima de cultivo en 3 hectáreas. 3. Que la operación de separación realizada no rompe la unidad física de la finca, ya rota con anterioridad por las tres propiedades ajenas que se interponen entre sus dos porciones, ni la funcional, ya que aunque según certificación del excelentísimo Ayuntamiento de Avila, se califica de «suelo no urbanizable», agrícolamente es una finca muerta y con otras expectativas muy distintas. 4. Que ya vigente la Ley de 4 de julio de 1995, se autorizaron dos escrituras de segregación de la misma finca, de 3 hectáreas cada una, que se inscribieron en el Registro, y no se comprende el criterio discriminatorio del señor Registrador, máxime cuando la escritura que se recurre no contiene un supuesto de propia segregación, sino de separación. Si el señor Registrador, de acuerdo con la ley citada, considera nulo el acto contenido en la escritura, también deben serlo las anteriores segregaciones inscritas, y si la inscripción no convalida los actos y contratos nulos con arreglo a las leyes (art. 33 de la Ley Hipotecaria), habría que considerar que la superficie de la finca denominada matriz en la escritura no es sólo de 3 hectáreas, 51 áreas, 92 centiáreas, sino que estaría incrementada con otras 6 hectáreas más de las dos fincas segregadas que han accedido al Registro.

IV. El Registrador de la Propiedad, en defensa de la nota, informó: 1. Que no cabe mantener que es inaplicable al caso el artículo 24 de la Ley de 4 de julio de 1995, ya que si bien es cierto que el concepto de separación es utilizado por parte de la doctrina hipotecarista (no por la Dirección General, ni siquiera en las resoluciones que cita el recurrente), al constituir tal separación una segregación en finca discontinua y carecer de régimen jurídico propio, habrá de aplicarse, como reconoce el propio Notario, el de las segregaciones. Además, la finca matriz de la que se parte no es ni registral ni extrarregistralmente una finca discontinua, ya que de las descripciones registrales de las tres fincas anteriormente segregadas, que según el Notario se interponen entre la porción segregada y el resto de finca que se describen en la escritura, resulta que aquéllas se efectuaron por el viento sur de la matriz, de modo que las tres porciones segregadas tienen como lindero norte el resto de la finca matriz, y ésta ofrece como viento sur el de «la finca segregada». Hay por tanto entre los linderos norte de las fincas segregadas y el lindero norte de la finca matriz una franja de terreno que comunica físicamente las dos porciones que se pretende hacer pasar por independiente, y esta circunstancia evidente en la realidad extrarregistral podría haber sido apreciada por el Notario autorizante al tratar de actualizar la descripción de la finca con el fin de mantener el más exacto paralelismo entre la realidad jurídica extrarregistral y registral. 2. Que

carece de consistencia el argumento de que el Decreto de 16 de agosto de 1984, que fija la extensión de las unidades mínimas de cultivo para Castilla y León, es aplicable sólo a fincas de replazo, basado en una frase aislada de su Exposición de Motivos, y de ser así, no tendría sentido la fijación que en él se hace de tales unidades mínimas para términos municipales que, como Avila, no han sido objeto de concentración. Además, los comentaristas de la Ley 19/1995, comienzan a ponerse de acuerdo en que para las fincas resultantes de la concentración parcelaria, la unidad mínima de cultivo vendrá fijada para cada zona en el Decreto que la declare de utilidad pública; en que para las fincas no concentradas, sitas en Comunidades Autónomas que han fijado en disposiciones la unidad mínima de cultivo, se estará a lo dispuesto en ellas, y que sólo para las fincas no concentradas situadas en Comunidades Autónomas que no hayan concentrado hasta ahora la extensión de la unidad mínima rige la Orden de 27 de mayo de 1958. 3. Que no ha habido discriminación por haber sido inscritas dos escrituras de segregación de fincas de 3 hectáreas. Las mutaciones físicas de los inmuebles son actos jurídicos que pueden tener lugar fuera de los títulos formales que, eso sí, son precisos para su inscripción en el Registro de la Propiedad. Como resulta de las Resoluciones de 19 de octubre de 1955 y 13 de enero de 1995, el artículo 50 del Reglamento Hipotecario («...se practicarán en el Registro en virtud de escritura pública») sólo se refiere a la titulación necesaria para que aquellas mutaciones físicas accedan al Registro, no a las transformaciones que viven fuera de él. Así, hay que considerar inscribibles las segregaciones que habiendo tenido lugar fuera de escritura con anterioridad a la Ley de Modernización de Explotaciones Agrarias, acreditada fehacientemente esta circunstancia, se titulen formalmente después de su entrada en vigor, y esto es lo que ha sucedido en las dos segregaciones inscritas, en cuya calificación se tuvieron en cuenta diversas certificaciones y licencias del Ayuntamiento de Avila (de segregación, de edificación...) de fechas tales que acreditan fehacientemente que las segregaciones antedichas estaban efectuadas con anterioridad a dicha Ley; no así en la presente escritura en que la fehaciencia de la mutación física que contiene no puede remontarse más allá del 7 de septiembre de 1995, día de presentación en el Ayuntamiento de la solicitud de licencia, cuando era ya aplicable la sanción de nulidad del artículo 24 de la Ley.

V. El Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León dictó Auto confirmando la nota del Registrador y fundándose en los argumentos contenidos en su informe.

VI. El Notario recurrente apeló el Auto Presidencial manteniéndose en sus alegaciones.

*Fundamentos de Derecho.*—Vistos los artículos 23 a 25 de la Ley 19/1995 y las Resoluciones de este Centro Directivo, de 13 de mayo de 1994 y 17 de enero y 16 de junio de 1995:

1. Son hechos a tener en cuenta en el presente recurso los siguientes: Se presenta en el Registro escritura de segregación y venta de una tierra, a la que se acompaña certificación del Ayuntamiento expresiva de no ser necesaria la licencia, por tratarse de suelo no urbanizable, sin perjuicio de lo dispuesto en la legislación agraria en relación con la Ley del Suelo. El Registrador deniega la inscripción de la segregación porque, sin justificarse que la finca matriz sea discontinua, después de dicha segregación, queda un resto inferior a la unidad

mínima de cultivo. Alega el Notario que, con anterioridad se inscribieron en el Registro segregaciones de la finca matriz por virtud de las cuales quedó de la misma un resto discontinuo, y afirma que, en consecuencia, debe inscribirse la segregación.

2. No cabe duda alguna que, por aplicación de la Ley 19/1995, de Modernización de Explotaciones Agrarias (arts. 24 y 25), no pueden segregarse fincas cuya superficie sea inferior a la Unidad Mínima de Cultivo, o cuando el resto que quede después de practicada dicha segregación sea también inferior a aquella unidad mínima.

3. Sin prejuzgar —pues tal tema no se ha planteado— si el hecho de que la finca en la realidad esté formada por dos porciones discontinuas, permite soslayar las prohibiciones de división establecidas en la legislación agraria, es lo cierto que, según las descripciones que aparecen en el Registro de todas las fincas segregadas, no existe la discontinuidad que en el documento se afirma, sin que baste con una simple declaración de los interesados para alterar la descripción de dicha finca, pues dicha alteración podría afectar no sólo a la realidad física, sino, en su caso, al régimen jurídico aplicable a la misma.

Esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso interpuesto, confirmando el Auto presidencial y la calificación del Registrador.

Madrid, 8 de mayo de 1999.—El Director general, *Luis María Cabello de los Cobos y Mancha*.

Excmo. Sr. Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León.

## COMENTARIO

Dos son las razones principales que justifican la normativa protectora del suelo rústico y que responden, por una parte, a impedir una invasión urbanística desordenada y, por otra, a evitar el fraccionamiento excesivo de las fincas que pueda dar lugar a un cultivo antieconómico por transformarlas en parcelas inlabrables.

Desde sus primeras redacciones, la Ley del Suelo ha justificado la necesidad de mantener una debida ordenación territorial en este aspecto. Tanto las varias normas autonómicas existentes como la Ley del Suelo nacional, en sus sucesivas redacciones, hasta la última que es la de 13 de abril de 1998, han establecido que los terrenos no urbanizables no podrán destinarse a fines distintos del de su propia naturaleza rural, rigiéndose su división por las normas agrarias.

Así se dispone expresamente en el artículo 20.2 de la citada Ley de 1998, que recoge ambos aspectos: «En el suelo no urbanizable quedan prohibidas las parcelaciones urbanísticas, sin que, en ningún caso, puedan efectuarse divisiones, segregaciones o fraccionamientos de cualquier clase en contra de lo dispuesto en la legislación agraria, forestal o de similar naturaleza».

Hay, pues, dos prohibiciones claras: Destinar estos terrenos a fines urbanísticos y dividirlos en contra de lo dispuesto en la legislación agraria, aunque no se les cambie de destino.

Y esta legislación, que antes pecó de poco segura, está actualmente contenida en la Ley de Modernización de Explotaciones Agrarias, de 4 de julio de 1995, la cual ha introducido una acertada medida que, si se aplica debidamen-

te, contribuirá de modo decisivo no sólo a preservar las fincas de invasiones urbanísticas, sino también a mantener su integridad.

En el artículo 24.1 de dicha Ley se establece que la división o segregación de una finca rústica sólo será válida cuando no dé lugar a parcelas de extensión inferior a la unidad mínima de cultivo. Hasta aquí, el texto es igual que en las leyes anteriores. Pero el cambio fundamental se contiene en el número 2 de dicho artículo, donde se sienta de modo rotundo y sin lugar a dudas que «serán nulos y no producirán efecto entre las partes ni con relación a tercero, los actos o negocios jurídicos, sean o no de origen voluntario, por cuya virtud se produzca la división de dichas fincas contraviniendo lo dispuesto en el apartado anterior».

No parece necesario aclarar que esta norma del artículo 24 de la Ley, de aplicación plena a toda España, deroga cualquier otra disposición más o menos permisiva en esta materia, sea nacional o autonómica. Las Comunidades tienen la competencia para determinar la extensión de las unidades mínimas de cultivo en el territorio de su ámbito, pero nada más. Fijada esa extensión, no se puede autorizar cualquier otra disposición, que sería nula de pleno derecho.

En el aspecto de mantener el destino agrícola del suelo no urbanizable, la Dirección General ya ha tenido ocasión de pronunciarse y lo ha hecho en cuatro Resoluciones, en las que se ha mantenido la necesidad de la debida licencia para proceder a la división o segregación, sobre todo si se pretendía una actuación de tinte urbanístico ilegal.

Recordemos cuáles han sido estas decisiones:

1. En la Resolución de 13 de mayo de 1994 se declara que no se pueden segregar parcelas de una finca en cuyo folio registral consta una anotación preventiva de haberse iniciado un procedimiento por los órganos municipales con el fin de que se suspenda la parcelación y urbanización ilegal que se venía realizando en la matriz.

2. En la de 5 de enero de 1995 se declara no inscribible una escritura de obra nueva si no consta la previa licencia municipal para la segregación del solar de una finca no urbanizable.

3. En la de 17 de enero de 1995 se declara que no puede inscribirse la división de una finca rústica en 18 parcelas que se dicen destinadas a «huertos familiares», si no se acompaña la licencia municipal para la división o la declaración de su innecesariedad.

4. Y en la de 16 de junio de 1995 se declara, igualmente, no inscribible una escritura de segregación que puede implicar la existencia de una parcelación urbanística si no hay licencia o declaración de no ser necesaria.

En cambio, esta es la primera vez que la Dirección General afronta la cuestión de dividir una finca rústica, cuyo destino no se altera, pero que da como resultado una extensión por debajo de los límites marcados por las disposiciones que regulan las unidades mínimas de cultivo. Y en esta Resolución que comentamos se declara acertadamente y de acuerdo en todo con la Ley de Modernización de Explotaciones Agrarias, que la segregación no puede realizarse porque el resto de la finca matriz, resultante de la segregación, es inferior a la unidad marcada para el municipio.

En el caso concreto debatido, no hay cuestión acerca de la disposición que debe aplicarse para fijar la extensión límite, ya que la Comunidad de Castilla

y León ha dictado un Decreto específico, con fecha 16 de agosto de 1984, que sustituye en esta región a la antigua Orden Ministerial de 27 de mayo de 1958. Por eso no cabe acudir a esta última, como pretende el Notario recurrente (en ella se fijaba la unidad mínima en 3 hectáreas), ya que dicha disposición sólo es aplicable para las fincas no concentradas, sitas en Comunidades que no han fijado de modo expreso unidades distintas en sus respectivos territorios. El Decreto de Castilla y León señala una extensión mínima de seis hectáreas para el secano en el municipio de Avila, donde se halla la finca en cuestión, por lo que, indudablemente, ésta es la medida aplicable para considerar la validez o nulidad de la segregación de la que resulta una extensión inferior en la matriz.

Otra singularidad del caso contemplado es la alegación del Notario recurrente de que la finca está formada por porciones discontinuas, separadas a causa de otras segregaciones previas que se efectuaron, y que se rechaza en el fundamento jurídico 3 de la Resolución. El Registrador informó que en la descripción obrante en el folio registral, las segregaciones dichas tienen un lindero común con la finca matriz, por lo que hay una franja de terreno que comunica físicamente las dos porciones que se pretende hacer pasar por parcelas independientes. La alegación, pues, carece de base.

Pero hay aquí una cuestión que nos parece interesante, merece una atención especial y vamos a contemplarla. Aunque se la aparta expresamente en la Resolución, merece verse el hecho de si las porciones hubiesen sido realmente discontinuas permitiría soslayar la prohibición establecida en la legislación agraria.

La nulidad radical establecida en el artículo 24 de la Ley de Modernización de Explotaciones Agrarias admite, en el artículo siguiente, cuatro excepciones determinadas:

a) Si se trata de cualquier clase de disposición en favor de propietarios de fincas colindantes, siempre que como consecuencia de la división o segregación, tanto la finca que se divide como la colindante, no resulte de extensión inferior a la unidad mínima de cultivo.

b) Si la porción segregada se destina de modo efectivo, dentro del año siguiente a cualquier tipo de edificación o construcción permanente, a fines industriales o a otros de carácter no agrario, siempre que se haya obtenido la licencia prevista en la legislación urbanística y posteriormente se acredite la finalización de la edificación o construcción, en el plazo que se establezca en la correspondiente licencia, de conformidad con dicha legislación.

c) Si es consecuencia del ejercicio del derecho de acceso a la propiedad establecido en la legislación especial de arrendamientos rústicos.

d) Si se produce por causa de expropiación forzosa, de conformidad con lo dispuesto en la Ley de Expropiación Forzosa.

Los precedentes supuestos de excepción se configuran como muy concretos y pueden dar la impresión de que no permiten una interpretación amplia. Sin embargo, basándonos en la propia finalidad de la Ley que pretende mantener la integridad física de las fincas con el propósito de que sean cultivadas por los medios normales y técnicos de producción (ver art. 23), creemos que se podría admitir que si la finca registral no está cerrada en la realidad por una línea perimetral única, sino que está formada por porciones distintas, separadas entre sí, sería posible llevar a cabo una división o segregación

jurídica que ya existe en la realidad. Hay veces que una finca está cruzada y dividida por arroyos y hasta ríos, caminos u otras servidumbres, estando formada por varias parcelas en el terreno, por lo que se labra en porciones distintas. Entonces se trataría, en definitiva, de concordar el Registro con la realidad extrarregistral, ni más ni menos. Es una excepción tan natural que ni siquiera parece necesario que conste expresamente en la Ley.

Así, pues, si la finca de que se trata fuese realmente discontinua, si estuviese formada por distintos trozos, creemos que sería posible y procedente traducir esta división física a la división registral. Lo que ocurre, según parece, es que en este caso no existe esa discontinuidad, por lo que no se ha producido el supuesto necesario y la decisión adoptada es la adecuada.

Queda otro punto en la Resolución que es también digno de atención y se refiere a esa peculiar redacción del documento expedido por el Ayuntamiento de Avila, que ni da ni niega la licencia que se le había solicitado. Se dice que por tratarse de una finca rústica, sita en suelo no urbanizable, se considera innecesaria la licencia municipal para la segregación. Seguramente, se mira sólo a que no existe una parcelación urbanística y con tal declaración parecería que la cuestión quedaba fuera de su consideración. El artículo 259.3 de la Ley del Suelo de 1992, declarado subsistente por la conocida sentencia del Tribunal Constitucional, establece que basta para otorgar la escritura de segregación o división, para inscribirla, con la declaración municipal de que no es necesaria la licencia. Pero he aquí que el repetido Ayuntamiento de Avila se cura en salud y hace constar en su comunicación, acertadamente, una coletilla de que todo es «sin perjuicio de lo dispuesto en la legislación aplicable por razón de la materia», con lo que pone todo del revés, ya que aquí radica el quid de la cuestión.

Y es que la legislación aplicable es precisamente el ya citado artículo 24 de la Ley de Modernización de Explotaciones Agrarias que declara la nulidad de los actos por cuya virtud se dé lugar a parcelas inferiores a la unidad mínima de cultivo y aquí se produce tal infracción al resultar que el resto de la matriz es inferior a las 6 hectáreas que para el secano fija la disposición especial sobre la materia dictada por la Comunidad de Castilla y León. Por ello, queda claro que la licencia que en principio se declaró innecesaria, resultaría que más bien es ilegal, por lo que no podría otorgarse. Como dicen que dijo un célebre torero, no puede ser y además, es imposible.

No queremos terminar sin hacer referencia al Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio, por el que se aprueban las normas complementarias del Reglamento Hipotecario para la inscripción de actos de naturaleza urbanística, que en sus artículos 78 a 82 regula la inscripción de las parcelaciones. Aunque su tema principal parece ser la parcelación de tipo urbanístico, con soluciones que no consideramos aceptables, y cuya crítica, que hemos hecho en otra ocasión, reiteramos, también se refiere a la división de fincas con destino rústico cuando dan lugar a otras de extensión inferior a la parcela mínima de cultivo.

En el artículo 80 se establece que si se presenta una escritura por la que se divide una finca resultando parcelas inferiores a la unidad mínima, el Registrador, previa prórroga del asiento de presentación hasta 180 días, remitirá copia de los documentos presentados a la Administración agraria competente, solicitando que adopte el acuerdo pertinente sobre la nulidad del acto o sobre apreciación de las excepciones marcadas en el artículo 25 de la Ley. Si se declara que la división es legal, se podrá inscribir. Si, por el contrario,

se declara la nulidad de la división o segregación, naturalmente, el Registrador denegará la inscripción.

Hasta aquí, todo es más o menos normal. Lo que ya no lo es, ni mucho ni poco, es la solución que se da para el caso de que la Administración agraria no conteste en el plazo de cuatro meses desde la comunicación, pues entonces se dice que el Registrador practicará los asientos solicitados; así, sin más y sin exigir ningún otro requisito.

La verdad, nos causa sorpresa esta «solución», pues significa que si la Administración agraria no contesta en ese plazo de los cuatro meses, parece que ya no hay inconveniente para inscribir un acto que la Ley ha declarado radicalmente nulo. No consideramos aplicable la doctrina del silencio, pues la Ley del Régimen Jurídico de la Administración del Estado y del Procedimiento Administrativo Común, en sus artículos 42 y 43 requiere mayores cuidados para acoplarla, sin más, a una materia que la Ley de Modernización de Explotaciones Agrarias trata de una manera tan imperativa, como sabemos.

Por eso, entendemos que es demasiado presuponer que basta la falta de contestación para considerar que no hay inconveniente alguno para que se perpetre una muy probable infracción de una norma legal tan tajante. Al menos sería conveniente asegurarse mediante, al menos, una insistencia en el requerimiento a los órganos competentes para evitar que por una simple inercia se dedique poca atención a la comunicación del Registrador y se consume el desaguizado.

También queremos apuntar que en el artículo 80 sustituye la comunicación que en el 79 se dirige al Ayuntamiento, para hacerlo a la Administración agraria correspondiente, ahora en manos autonómicas y de ámbito más amplio, regional o al menos provincial. El cambio puede tener sus inconvenientes, pues aparte del hecho de que normalmente estas administraciones están a cargo de funcionarios técnicos y no juristas, no siempre cuentan con los datos necesarios que les permitan dictaminar con base suficiente sobre la validez o nulidad del acto y menos aún para poder apreciar si concurren algunas de las excepciones que se señalan en la Ley. Es evidente que los datos de algunos de estos supuestos no constarán en la Administración agraria por carecer de antecedentes sobre ellos, y por tanto difícilmente podrán informar a este respecto. Más fácil y normal será que los interesados lo aleguen aportando la documentación correspondiente, y sea el Registrador el que califique si se dan tales circunstancias y proceda en consecuencia, sin necesidad de acudir a órganos que probablemente no le informarán de nada.

En definitiva, volviendo a la Resolución, consideramos que la doctrina contenida en ella es la que se adapta mejor al caso concreto planteado y la solución es la legalmente correcta. Confiamos que esta doctrina se mantenga en la misma línea, de acuerdo en todo con las leyes urbanísticas y agrarias, que no pueden ni deben quedar alteradas por esa extraña norma permisiva que acabamos de comentar.

F. C. D.  
Registrador de la Propiedad



# III. Sentencias del Tribunal Supremo

## 1. DERECHO CIVIL

### A) DERECHOS REALES

Por ELENA MÚGICA ALCORTA

***TERCERIA DE DOMINIO: REQUISITO DE TÍTULO DE DOMINIO ANTERIOR AL EMBARGO. ADQUISICIÓN DE DOMINIO: EN PERMUTA DE SOLAR POR OBRA A CONSTRUIR. (SENTENCIA DE 3 DE OCTUBRE DE 1997.)***

El artículo 1.537 LEC exige al tercerista presentar título de dominio y tal requisito no lo ha cumplido, porque si título puede ser cualquier acto jurídico que ha producido el dominio, no cabe duda de que el contrato de permuta de solar por obra a construir no acredita el dominio del cedente, puesto que contiene un pacto obligacional que lo generará cuando se cumpla el deber de construir y de entregar lo pactado.

La permuta de solar por obra a construir, por cosa futura, no es exactamente un canje de cosa por cosa, sino un contrato complejo, de tracto sucesivo, generador de obligaciones, las cuales puede proteger el que entrega el solar por los distintos medios que el derecho establece, pero no por la simple eficacia de una cláusula resolutoria, pues mientras no se reconoce judicialmente no puede esgrimirse frente a tercero que embarga el titular dominical en tiempo del embargo.

***TERCERO HIPOTECARIO: REQUISITO DE BUENA FE. LEGITIMACION REGISTRAL. (SENTENCIA DE 8 DE OCTUBRE DE 1997.)***

La existencia o inexistencia de buena fe es una cuestión de hecho y, por tanto, de libre apreciación del Tribunal de instancia. La buena fe es un concepto jurídico deducido libremente por el Tribunal sentenciador en relación a los medios de prueba que la ponen de manifiesto y se reputan acreditados. Sólo es posible impugnar en casación la valoración de los medios de prueba realizada por la Sala de instancia alegando error de derecho en la valoración de la prueba por el ordinal 4.º del artículo 1.692 LEC, con cita de la norma jurídica de valoración que se reputa infringida.

El titular registral está amparado por el llamado principio de legitimación, recogido en el artículo 38 LH, que se manifiesta en la presunción *iuris tantum* de que el derecho real inscrito existe y pertenece a su titular y en la presunción de que el titular de dominio de los bienes inmuebles o derechos reales tiene la posesión de los mismos, así como por la presunción de ser poseedor de buena fe, conforme a lo dispuesto en el artículo 434 del Código Civil, aunque sólo sea con referencia a la posesión en concepto de dueño o posesión mediata o superior que se tiene por medio de otro y que se contrapone a la posesión inmediata. En el caso concreto, el titular registral adquirió por compraventa el inmueble de quien en el Registro aparecía con facultades para transmitirlo en ejercicio del derecho de opción reconocido a su favor inscrito también en el mismo Registro; las facultades de disposición del transmitente aparecen debidamente acreditadas por los datos registrales que no han sido impugnados.

**ADQUISICION DEL DOMINIO: TITULO Y MODO. SOBRE INMUEBLES A CONSTRUIR. TRADICION INSTRUMENTAL. TERCERIA DE DOMINIO: DIFERENCIAS CON LA ACCION REIVINDICATORIA. (SENTENCIA DE 9 DE OCTUBRE DE 1997.)**

*Doctrina de la Sentencia.*—Para la adquisición del dominio y demás derechos reales del Código Civil, a diferencia de otros ordenamientos jurídicos extranjeros, inspirado en el sistema romano, estima indispensable la concurrencia del título y el modo (arts. 609 y 1.095); no bastan las declaraciones de voluntad generadoras del contrato, sino que es precisa, además, la tradición o entrega de la cosa, si bien se admite ésta en formas espiritualizadas, como es la prevista en el párrafo 2.º del artículo 1.462, al disponer que el otorgamiento de la escritura pública equivale a la entrega de la cosa objeto del contrato, si de la misma escritura no resultare o se dedujere claramente lo contrario. En el caso del recurso, de la escritura pública no se deduce lo contrario respecto del comprador, acreedor de la cosa objeto del contrato de compraventa, negocio jurídico de disposición que además fue inscrito en el Registro de la Propiedad, lo que refuerza la concurrencia de la *traditio*, en su proyección de *ficta*. En cambio, de esa misma escritura no es posible inferir que su otorgamiento equivalga al cumplimiento del requisito de la tradición o modo de adquirir respecto a la cosa que se obligó a entregar la compradora como parte del precio consistente en un local comercial que debía ser construido por dicho comprador. En primer lugar, porque de la propia escritura se deduce que la entrega del local comercial debía realizarse en tiempo aplazado; y, en segundo lugar, porque en realidad tratábase de la entrega de una cosa futura, inexistente en el momento de perfeccionarse el contrato, de tal manera que el pacto, al versar sobre una cosa *speratae* aunque esté determinada, sólo produce efectos obligacionales entre las partes contratantes, requiriéndose para que pueda desplegar efectos traslativos de dominio sobre la obra que, una vez terminada, medie el inexcusable requisito de la entrega o *traditio*.

Para que la *traditio* instrumental opere es necesario, según doctrina de la Sala Primera del Tribunal Supremo, que se den los supuestos siguientes: a) que la compraventa se hubiere celebrado por medio de escritura pública con todos los requisitos formales para su validez; b) que de dicha escritura no

resultare o se dedujere claramente lo contrario, es decir, que no concurra discordancia constatada y suficientemente acreditada con la realidad jurídica; y c) que el vendedor esté en posesión del bien enajenado tanto en forma mediata como inmediata, exigiéndose cumplida prueba en cuanto a la disposición en su condición de *tradens*.

En el caso enjuiciado, por tratarse de un pacto concertado en un contrato de compraventa en el que parte del precio se sustituye por la realización de una obra, el supuesto es análogo al de aquellas relaciones contractuales consistentes en la permuta de parcelas o parte de ellas para construir pisos o locales en las que, con independencia de la controvertida cuestión de su naturaleza jurídica con criterios divergentes en la doctrina de los autores y en la propia jurisprudencia, plantéase también cuándo han de entenderse transmitidos los pisos o locales a construir, toda vez que se origina un cambio de cosa presente, como es el solar o parcela, por otro de cosa futura, la obra a realizar, de tal manera que al perfeccionarse el contrato el propietario de la parcela la tiene a su disposición como dueño y el otorgamiento de la escritura equivale a la *traditio* o entrega, efecto éste que no se produce en relación a la prestación a realizar por el otro contratante por tratarse de la entrega de una cosa futura que habrá de construirse sobre dicha parcela, de modo que el otorgamiento de la escritura no implica la *traditio ficta* del artículo 1.462, párrafo 2.º del Código Civil, dado que el supuesto tradente carece de la posesión a título de dueño de la cosa, sea en su modalidad de posesión inmediata o mediata, al carecer de existencia la cosa, aunque sea posible. De donde resulta que el requisito necesario para adquirir el dominio mediante la *traditio*, concurriendo el título, es la existencia y posesión a título de dueño de la cosa que el obligado deberá entregar cuando se materialice en la realidad mediante la correspondiente edificación.

Es doctrina consolidada de la Sala Primera del Tribunal Supremo la que establece que no son ciertamente identificables la acción reivindicatoria y la tercería de dominio, puesto que la finalidad de la tercería no es la recuperación de la posesión de la cosa, sino el levantamiento del embargo trabado, sustrayéndolo al procedimiento de apremio; pero también es necesario poner de relieve que en la tercería de dominio corresponde al actor tercerista la carga de probar su condición de tercero, la titularidad del bien embargado y la adquisición, por tanto, de dominio sobre la cosa con anterioridad al embargo, por lo que es indispensable analizar el título en el que funde su adquisición.

*Comentario.*—Se reiteran en esta sentencia las doctrinas jurisprudenciales conforme a las cuales en la enajenación de elementos a construir, la entrega no puede producirse hasta que la construcción esté terminada, no existiendo entre tanto transmisión dominical (Sentencias de 15 de junio de 1992, 22 de marzo de 1993, 9 de noviembre de 1993, 9 de marzo de 1994, 17 de mayo de 1995, 18 de septiembre de 1996 o la reseñada *supra* de 3 de octubre de 1997) y la tradición instrumental del artículo 1.462, párrafo 2.º del Código Civil exige que el vendedor tenga la posesión mediata o inmediata de la cosa vendida (Sentencias de 22 de julio de 1993, 13 de mayo de 1995, 31 de mayo de 1996).

DE LA CÁMARA, sin embargo, descarta que el supuesto de venta de piso sobre plano o en construcción sea de cosa futura, calificándolo de venta de objeto en formación, susceptible de producir efectos reales como verdadera propie-

dad (si concurre la tradición instrumental del art. 1.462 del Código Civil) o como *ius ad rem* (si falta la tradición instrumental).

En este sentido, la STS de 18 de mayo de 1994, estimó que se había producido la adquisición del dominio en un caso en que concurrían una escritura de cesión de bienes a título oneroso (solar) con contraprestación diferida (viviendas y garaje) y otra posterior de obra nueva, constitución en régimen de propiedad horizontal y concreción de derechos, inscritas ambas en el Registro de la Propiedad, lo que según el fallo «refuerza la concurrencia (...) de la *traditio*, en su proyección de *ficta*, al no existir en el contrato nada en contrario». Esta decisión fue aplaudida por GARCÍA GARCÍA en cuanto valora la tradición instrumental sin consideración a la posesión («Luces y sombras en la jurisprudencia del Tribunal Supremo en materia hipotecaria: el acierto de la tradición instrumental y las sombras sobre la buena fe del comprador», en *Boletín del Centro de Estudios Hipotecarios de Cataluña*, número 61, febrero-marzo 1995, y en *Lunes* 4,30, número 166, segunda quincena, abril de 1995).

De manera más decidida, la RDGRN de 16 de mayo de 1996, sostuvo que el piso o local de un edificio a construir es un objeto jurídico complejo y en proceso de transformación, sobre el cual el adquirente tiene un verdadero y actual derecho real y cuya adquisición es posible por el efecto traditorio de la escritura pública. Comentando dicha Resolución en esta *Revista*, número 640, mayo-junio de 1997, GARCÍA GARCÍA opinaba que sus declaraciones, inobjetables desde un plano conceptual, no se acomodaban al caso concreto, en que la situación real y el negocio jurídico pactado eran contrarios a una voluntad traditoria respecto del piso futuro. Recientemente, la RDGRN de 5 de enero de 1999, interpreta los términos de un contrato de permuta de cosa futura, de los que «resulta que la transmisión dominical de los inmuebles permutados se produjo desde el momento del otorgamiento de aquél, pues las partes no sólo no excluyeron, sino que expresamente reconocieron el efecto traditorio inherente a la escritura pública, quedando relegada a un momento posterior —el de terminación de la construcción— la puesta material en la posesión del inmueble con la que concluiría el cumplimiento de la obligación de entrega».

El artículo 13 RH, redactado por Real Decreto 1867/1998, de 4 de septiembre, regula la inscripción de las cesiones de vuelo por obra futura, en las cuales se estipule que la contraprestación a la cesión consiste en la *transmisión actual* de pisos o locales a construir, que aparezcan descritos en el propio título de permuta conforme a la LPH y con fijación de la cuota que les corresponderá en los elementos comunes (párr. 1.º), sin perjuicio de la posibilidad de los contratantes de configurar la contraprestación a la cesión de forma distinta o como meramente obligacional (párr. 4.º, *vide* RDGRN de 5 de octubre de 1994).

Sobre la protección registral del derecho sobre pisos o locales a construir, puede verse *infra* el comentario a la STS de 14 de noviembre de 1997.

### **TERCERA DE DOMINIO: REQUISITOS. REQUISITO DE IDENTIFICACION DE LA COSA. (SENTENCIA DE 30 DE OCTUBRE DE 1997.)**

El derecho de propiedad privada es reconocido en nuestra Constitución cuyas bases más firmes radican en la regulación que, de tal derecho, se efectúa en el Código Civil. Desde el Derecho Romano ha estado protegido tal derecho por una serie de mecanismos procesales, entre los que destaca como

medio emblemático la acción reivindicatoria, definida según tradicional corriente doctrinal como la que se ejercita por el propietario no poseedor contra el poseedor no propietario.

Para el éxito de dicha acción reivindicatoria es preciso que concurren, según constante y pacífica doctrina jurisprudencial emanada de la Sala Primera del Tribunal Supremo, los siguientes requisitos:

- a) título legítimo del reclamante que debe probar,
- b) identificación de la cosa reclamada que ha de acreditarse con la debida precisión, y
- c) la posesión injusta de quien posea la cosa, y a quién, en definitiva, se reclama.

En cuanto al segundo requisito, pacífica y consolidada doctrina jurisprudencial determina que deben fijarse con claridad y precisión la situación, cabida y linderos de la finca, objeto de la acción reivindicatoria, de modo que no pueda dudarse cuál es la que se reclama. La identificación del objeto (cosa, bien, finca) es una cuestión de hecho y, por tanto, reservada al Tribunal de instancia.

**RETRACTO LEGAL DE COLINDANTES: FINALIDAD.** (SENTENCIA DE 31 DE OCTUBRE DE 1997.)

No puede prosperar la acción de retracto legal de colindantes cuando el pretendido retrayente no ha demostrado que con su acción ha perseguido la unión de pequeños rústicos a fin de suprimir el minifundio y mejorar la producción agrícola; en otras palabras, que al tratar de retraer parcelas sin cultivar, como son tanto la del retrayente como la retraída, no es posible que prospere la acción de retracto, a tenor de la función social que ha de tener la propiedad privada según el artículo 33.2 CE y lo que proclama el precepto cuasi constitucional contenido en el artículo 3.1 del Código Civil cuando dice que las normas se interpretan según la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas. En el caso analizado lo que se ha pretendido es el interés particular del retrayente, que es distinto al interés público que proclama la norma.

**TERCERIA DE DOMINIO: LEGITIMACION ACTIVA.** (SENTENCIA DE 11 DE NOVIEMBRE DE 1997.)

No puede prosperar la demanda de tercería, porque es requisito fundamental de ésta que sea formulada por verdaderos terceros, condición que no concurre en el caso litigioso por el interés correspectivo de todos los familiares implicados en las operaciones de crédito y transmisión de los bienes.

**ACCION DE DESLINDE: REGLAS.** (SENTENCIA DE 14 DE NOVIEMBRE DE 1997.)

El Código Civil establece diversas reglas para el deslinde: la primera (art. 385), deslindar en conformidad con los títulos de cada propietario; la

segunda (también del art. 385), practicar la delimitación según lo que resultare de la posesión; cuando los títulos no determinen el área perteneciente a cada propietario y la cuestión no pueda resolverse por la posesión o por otro medio de prueba, el deslinde se hará distribuyendo el terreno objeto de la contienda en partes iguales (art. 386); y, por último, «si los títulos de los colindantes indicasen un espacio mayor o menor del que comprende la totalidad del terreno, el aumento o la falta se distribuirá proporcionalmente» (art. 387).

Tratando de aplicar estas reglas al caso litigioso no son aptas las establecidas en el artículo 385, pues ni la posesión ni los títulos son suficientes para delimitar las heredades. Pero la duda de aplicar las normas del reparto igualitario (art. 386) o las del reparto proporcional (art. 387) ha de decidirse a favor de este último, puesto que los títulos de los colindantes son expresión de superficie menor que la real de ambas fincas, tanto singularmente consideradas como en total. Hay un exceso real de finca cuya atribución debe efectuarse proporcionalmente a lo que figura en los títulos.

**ADQUISICION DE DOMINIO: SOBRE ELEMENTOS DE EDIFICIO EN CONSTRUCCION. TERCERIA DE DOMINIO: REQUISITO DE TITULO DE DOMINIO ANTERIOR AL EMBARGO. (SENTENCIA DE 14 DE NOVIEMBRE DE 1997.)**

*Hechos.*—En la misma fecha se otorgaron: escritura de venta de un solar, escritura de declaración de obra nueva en construcción y constitución de propiedad horizontal, y escritura de venta de un local comercial del edificio al vendedor del solar.

*Doctrina de la Sentencia.*—Cuando se otorga la escritura de compraventa del local, éste estaba en construcción y, además, incluso formaba parte de la previa comunidad horizontal que se constituyó con la misma fecha, por lo cual, es aplicable el artículo 8.4.º LH que bajo la modalidad de la llamada «prehorizontalidad» permite la posibilidad de que sean objeto de inscripción los edificios en régimen de propiedad por pisos cuya construcción esté por lo menos comenzada, lo que determina, pues, que de dicho título no sólo nació con ese carácter público, sino que accedió al Registro de la Propiedad; y a lo que se añade que al haberse iniciado la construcción, y no existir prueba en contrario de que posteriormente no se continuase en la misma, concurriese ya el objeto de la posesión material por parte del comprador del local.

En la fecha de la constitución del embargo, es llano que el local ya tenía realidad física y, por tanto, se había consumado por completo el título del comprador, por lo que se confirma la plena constitución de dicha titularidad dominical y su preferencia indiscutible a los fines de estimar la acción de tercera.

*Comentario.*—DÍEZ PICAZO define la prehorizontalidad como aquella situación jurídica que aparece como previa a la plena y perfecta constitución de la propiedad horizontal o propiedad de casas por pisos; en ella, el régimen jurídico de propiedad horizontal no ha llegado todavía a constituirse plenamente, con todos los requisitos exigidos para ello por el ordenamiento jurídico, pero, de algún modo, puede decirse que se encuentra ya formada o declarada la voluntad de los interesados de llegar a establecer la propiedad horizontal y,

además, se ha iniciado el *iter* jurídico necesario para conseguirlo. Señala este autor como casos típicos de prehorizontalidad los siguientes: *a*) edificios en construcción y meramente proyectados; *b*) falta de pluralidad de propietarios; y *c*) falta de título constitutivo. DE LA CÁMARA expone los supuestos más habituales a través de los cuales surge en el tráfico jurídico la situación de prehorizontalidad: la construcción de edificios en comunidad (RRDGRN de 18 de abril de 1988, 24 y 25 de junio de 1991); la compraventa de viviendas o locales sobre plano; y el frecuente cambio de suelo por vuelo (RDGRN de 5 de octubre de 1994).

Uno de los problemas que puede presentar la prehorizontalidad sobre edificio en construcción o en proyecto es la transmisión de la propiedad de los pisos o locales, por la dificultad de concurrencia de modo o tradición sobre un objeto no actualmente existente. Esta cuestión suele plantearse, como en la sentencia aquí recogida y en las anteriores de 3 y 9 de octubre de 1997, en tercerías de dominio interpuestas por los adquirentes frente a las ejecuciones instadas por acreedores del transmitente, quienes en ocasiones tienen la condición de refaccionarios y privilegiados (arts. 1.923.3.º y 1.927.2.º del Código Civil).

En esta situación, para la protección de los legítimos intereses de los adquirentes de elementos privativos, la llamada Carta de Puerto Rico que recoge las conclusiones del III Congreso Internacional de Derecho Registral de 1977 recomendó el acceso a la publicidad registral. La RDGRN de 5 de noviembre de 1982 afirmó que la situación de prehorizontalidad, centrada en el solar como realidad tangible y en el edificio en construcción o simplemente en proyecto, puede tener acceso al Registro, si no existe norma legal que lo impida, a través del título constitutivo de la propiedad horizontal.

Las importantes RRDGRN de 18 de abril de 1988 y 16 de mayo de 1996, a las que puede añadirse la de 5 de enero de 1999, admitieron la inscripción en el folio abierto a la finca, incluso antes de acceder al Registro la división horizontal, de los derechos que sobre aquélla tienen los interesados.

El actual artículo 13 RH, redactado por Real Decreto 1867/1998, de 4 de septiembre, regula el acceso al Registro de las cesiones de vuelo por obra futura.

**PROPIEDAD HORIZONTAL: CUALQUIER CONDOMINO PUEDE EJERCITAR ACCIONES EN DEFENSA DE LA COMUNIDAD. APROVECHAMIENTO DEL SUBSUELO. ACCION REIVINDICATORIA: REQUISITO DE DOMINIO DEL ACTOR. (SENTENCIA DE 17 DE NOVIEMBRE DE 1997.)**

Conforme reiterada doctrina del Tribunal Supremo, si bien las comunidades de propietarios no tienen personalidad jurídica, a los integrantes de las mismas les asiste capacidad procesal necesaria y pueden comparecer en juicio en aquellos asuntos que interesen al ente comunitario, para defenderlos, en cuyo caso la sentencia dictada se extiende a todos los cotitulares, y con mayor razón cuando se refiere a elementos comunes.

Cabe el aprovechamiento del subsuelo por persona distinta al dueño del suelo, aprovechamiento que actúa como limitación dominical, con posibilidad de acceso al Registro a tenor de los artículos 13 y 243 LH, como unidad subterránea, compatibilizada con el dominio sobre el suelo y el vuelo, sin que sea preciso se produzca necesaria segregación, pues se trata más bien de situación de afectación de los espacios del subsuelo.

Para el éxito de la acción reivindicatoria el actor debe probar el dominio de la finca que reclama, conforme reiterada doctrina jurisprudencial, lo que en el supuesto enjuiciado sucede, integrando hecho firme, reforzado con la presunción de legitimación registral que no ha sido combatida eficazmente.

**AGUAS: APROVECHAMIENTOS DE AGUAS.** (SENTENCIA DE 17 DE NOVIEMBRE DE 1997.)

*Hechos.*—Aprovechamiento de aguas de una fuente cuya utilización se basa en unos derechos adquiridos con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 29/1985, de 2 de agosto.

*Doctrina de la Sentencia.*—La Ley 29/1985, de 2 de agosto, de Aguas, atribuye, con carácter general, el dominio público de las aguas al Estado. La DT 1.ª delimita el marco del aprovechamiento del caso, el cual debe ser respetado durante un plazo máximo de setenta y cinco años. La aplicación de lo dispuesto en el artículo 50.2 y en la DT 1.ª y, como consecuencia de esta disposición, los artículos 5 y 10 de la antigua Ley de Aguas de 13 de junio de 1879, no supone una transgresión al principio de buena fe que proclama el artículo 48.4 de la actual Ley de Aguas, cuando por sentencia se otorga además de un derecho preferente o preeminente de aprovechamiento, un derecho de utilización subsidiaria a favor de distinto titular, evitando la exclusividad de la utilización y un desperdicio de las aguas, sin beneficio alguno.

**TERCERIA DE DOMINIO: REQUISITO DE TITULO DE DOMINIO ANTERIOR AL EMBARGO.** (SENTENCIA DE 19 DE NOVIEMBRE DE 1997.)

El título aportado por el tercerista ha de existir en el momento en que se practica el embargo, no posteriormente.

**PROPIEDAD HORIZONTAL: LEGITIMACION PROCESAL DEL PRESIDENTE.** (SENTENCIA DE 22 DE NOVIEMBRE DE 1997.)

La jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo ha declarado que las facultades representativas del presidente de la Comunidad de propietarios también se extienden a la defensa de los intereses relacionados con los elementos privativos, cuando los propietarios le autorizan para ello, pues de esta manera se evitan procesos contra innumerables personas, a todas las cuales puede representar el presidente de la Comunidad. Los presidentes están investidos de mandato suficiente para la defensa en juicio y fuera de él de los intereses complejos de toda la Comunidad, lo que se excluye si se da una oposición expresa y formal, que mermaría el alcance amplio del mandato representativo presidencial.

**HIPOTECA: CARACTER CONSTITUTIVO DE LA INSCRIPCION. CONSTITUCION A TITULO ONEROSO.** (SENTENCIA DE 28 DE NOVIEMBRE DE 1997.)

*Hechos.*—Los acreedores ejercitaron acción pauliana o rescisoria frente a hipotecas constituidas por el deudor.

*Doctrina de la Sentencia.*—El ejercicio eficaz de la acción pauliana o rescisoria regulada en los artículos 1.111 y 1.291 y siguientes del Código Civil, en lo relativo a las enajenaciones en fraude de acreedores exige la realización de un acto por virtud del cual salga la cosa del patrimonio del que la enajena, a lo que ha de equipararse la constitución de un derecho real que merma la garantía patrimonial del deudor.

Si bien la doctrina jurisprudencial exige que el crédito en que se funda la acción rescisoria sea anterior al acto rescindible, ello ha de entenderse en términos generales, siendo preciso que en cada caso se estudie en concreto y con arreglo a las peculiaridades que presente. En el supuesto litigioso el acto cuya rescisión se postula es la constitución de una garantía hipotecaria sobre bienes inmuebles que requiere como requisito constitutivo la inscripción en el Registro de la Propiedad, requisito que se cumplió con posterioridad al nacimiento de los créditos en que se apoya la acción ejercitada.

La constitución de hipoteca por el deudor en garantía de la devolución del capital prestado no puede afirmarse que se trate de un acto a título gratuito. En este sentido, la STS de 29 de enero de 1997, en un supuesto en que se pretendía negar la protección registral del artículo 34 LH al acreedor hipotecario por no ser adquirente a título oneroso, dice que la doctrina de la Sala Primera del Tribunal Supremo es justamente la contraria, como no podía ser menos desde el momento en que la hipoteca se constituye para garantizar la satisfacción del crédito, cuya vida y vicisitudes en ella repercute por su necesaria accesoriadad. Esta finalidad económico-jurídica es lo que hace que la legislación hipotecaria nazca, entre otras cosas, para protegerlo y favorecer la seguridad jurídica de los préstamos, es jurídicamente su causa, y la que estructura, en consecuencia, toda normativa sobre la hipoteca, por lo que puede decirse que, si se cumple, el negocio de constitución de la misma tiene causa y está protegido por la Ley. La STS 17 de octubre de 1989 se pronuncia en los siguientes términos: el contrato de creación del préstamo hipotecario es oneroso, no gratuito; así lo demuestra el hecho de que el prestatario debe pagar intereses del capital prestado con otras compensaciones económicas (comisiones, etc.), constituyendo operación habitual de una entidad financiera que obtiene beneficios económicos mediante el ejercicio de esa actividad empresarial. En consecuencia, la constitución de hipoteca sobre bienes propios del deudor no tiene su causa en la mera liberalidad del bienhechor (art. 1.274 del Código Civil), por lo que no cabe aplicar en este caso la presunción de fraude del artículo 1.297 del Código Civil.

**PROPIEDAD HORIZONTAL: PREHORIZONTALIDAD.** (SENTENCIA DE 2 DE DICIEMBRE DE 1997.)

*Hechos.*—Comunidad de propietarios nacida de las ventas de parcelas con los elementos comunes correspondientes a una urbanización que no fue constituida en régimen de propiedad horizontal.

*Doctrina de la Sentencia.*—Los comuneros están obligados a fijar las cuotas por los cauces legales, mientras no existan se aplica supletoriamente el régimen del Código Civil para comunidades de bienes.

*Comentario.*—La falta de título constitutivo determina la denominada propiedad horizontal de hecho (RDGRN 21 de mayo de 1997), que se registra,

según algunos autores, por las normas de la comunidad de bienes, y según FERNÁNDEZ MARTÍN-GRANIZO, por las mismas normas de la propiedad horizontal. El artículo 2.b) de la LPH, redactado por Ley 8/1999, de 6 de abril, dispone su aplicación a las comunidades que reúnan los requisitos establecidos en el artículo 396 del Código Civil y no hubiesen otorgado el título constitutivo de la propiedad horizontal.

**DOBLE INMATRICULACION: SE APLICA EL DERECHO CIVIL PURO. PREVALECE EL TERCERO PROTEGIDO POR LA FE PUBLICA REGISTRAL. TERCERO HIPOTECARIO: REQUISITOS. NO LO ES EL INMATRICULANTE.** (SENTENCIA DE 9 DE DICIEMBRE DE 1997.)

Es doctrina reiterada de la Sala Primera del Tribunal Supremo la de que, en general, y salvo el caso del tercero hipotecario al que más adelante se hace referencia, en los supuestos de doble inmatriculación ha de resolverse la pugna conforme a las normas de Derecho Civil puro, con exclusión de las de índole hipotecaria. Por tanto, según ello, ha de determinarse cuál de los dos titulares registrales en litigio adquirió con anterioridad el dominio de la finca litigiosa (única existente), conforme a las citadas normas de Derecho Civil, adquisición que ha de venir determinada, en las transmisiones a título oneroso, por la concurrencia del contrato con la tradición o entrega de la cosa, según la teoría del título y del modo que, para las citadas adquisiciones a título oneroso, rige en nuestro ordenamiento jurídico (arts. 609 y 1.095 del Código Civil). La expresada tradición puede ser realizada, entre las múltiples modalidades de la misma, por la forma instrumental que regula el artículo 1.462, párrafo 2.º del Código Civil, con arreglo al cual cuando se haga la venta mediante escritura pública, el otorgamiento de ésta equivaldrá a la entrega de la cosa objeto del contrato, si de la misma escritura no resultare o se dedujere claramente lo contrario.

Pero es que, por otro lado, cuando uno de los titulares registrales reúne la condición de tercero hipotecario y el otro no, el conflicto ha de resolverse, conforme a los principios hipotecarios, a favor del tercero protegido por la fe pública registral, sin tener que acudir a las anteriormente dichas normas del Derecho Civil puro. En el supuesto litigioso, en uno de los titulares registrales concurre la condición de tercero hipotecario, por reunir los requisitos exigidos en el artículo 34 LH, en cuanto adquirió la finca litigiosa de buena fe, a título oneroso, de persona que en el Registro aparecía con facultades para transmitirla e inscribió su derecho en el Registro. En cambio, en el otro titular registral por inmatriculación no concurre la condición de tercero hipotecario, al no darse en el mismo uno de los requisitos que configuran tal instituto jurídico, cual es el de que la persona de quien adquirió la finca no era titular registral y, por tanto, según el Registro carecía de facultades para transmitirla.

**PROPIEDAD HORIZONTAL: NOTIFICACION E IMPUGNACION DE ACUERDOS DE LA JUNTA DE PROPIETARIOS.** (SENTENCIA DE 9 DE DICIEMBRE DE 1997.)

*Hechos.*—Acuerdo de Junta de Propietarios sobre aprobación de estatutos y variación de cuotas, cuya notificación a los ausentes se intentó mediante

remisión notarial por correo que no fue entregada, según se hizo constar en el acta notarial.

*Doctrina de la Sentencia.*—El artículo 16, norma 1.ª LPH exige la unanimidad para la validez de los acuerdos que modifiquen las reglas contenidas en el título de propiedad y prevé la comunicación a los propietarios no asistentes a la Junta mediante el mecanismo de que se les ha de notificar fehacientemente del acuerdo tomado y de forma detallada, arbitrándose al efecto un procedimiento de conformación de voluntades tácitas en su párrafo 2.º, con el fin de evitar que la inasistencia de los titulares frustre la adopción definitiva de los acuerdos.

Fehaciente equivale a lo que es evidente y cierto y, tratándose de notificaciones de actos y acuerdos, supone puesta en conocimiento de algo que interesa. Hay que entender, conforme al principio de la recepción, que resultan fehacientes sólo cuando materialmente llegan de forma demostrada a su destino y aunque no sea en forma directa al interesado, siempre que pueda éste tomar conocimiento de modo normal o esté en situación de lograr su alcance, sin la concurrencia de impedimentos acreditados que lo obstaculicen, con lo que se excluye que la notificación haya de ser necesariamente notarial o por medio de funcionario público, bastando que se lleve a cabo y sea efectiva en cuanto pueda llegar su contenido a ser sabido debidamente por el destinatario.

El acta notarial examinada acredita el envío de las cartas, pero no su entrega y recepción, lo que es trascendental para apreciar la fehaciencia, que en el supuesto concreto no concurre, ya que los destinatarios no tuvieron la posibilidad de conocer el contenido de las comunicaciones.

El artículo 16, norma 4.ª LPH establece que la acción para combatir el acuerdo social ha de ejercitarse en el plazo de los treinta días siguientes a la fecha en que fuera tomada la decisión o, atendiendo a su notificación, si el impugnante estuvo ausente en la Junta correspondiente, lo que impone que haya de partirse, en este último caso, de haber tenido lugar la comunicación correspondiente y fehaciente, actuando tal acto de comunicación como presupuesto ineludible para poder apreciar la concurrencia del plazo de caducidad. El momento del inicio del cómputo hay que referirlo a aquél en que se produjo la notificación efectiva de lo acordado y su recepción consecuente por el destinatario, lo que en el caso enjuiciado no ocurrió.

Conforme a la más reciente jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo, cuando la regla de unanimidad no es observada para la adopción del acuerdo, se produce su anulabilidad y no la nulidad de pleno derecho, y lo mismo sucede cuando se infringe algún precepto de la LPH o de los estatutos, ya que es posible la sanación. La nulidad radical sólo opera cuando se trata de acuerdos que infringen disposiciones legales imperativas o prohibitivas que no tengan establecido un efecto distinto en caso de contravención y también cuando resultan contrarias a la moral, al orden público o impliquen fraude de ley.

**PROPIEDAD HORIZONTAL: NORMATIVA. DIVISION Y CAMBIO DE DESTINO DE ELEMENTOS PRIVATIVOS Y OBRAS EN ELEMENTOS COMUNES.** (SENTENCIA DE 10 DE DICIEMBRE DE 1997.)

*Hechos.*—El propietario de un local comercial lo divide en seis locales independientes, que pueden incluso ser utilizados como viviendas, por haber-

se construido en algunos de ellos cocinas y cuartos de baño. La transformación se ha realizado contra la oposición expresa de la Comunidad de propietarios y ha afectado a los elementos comunes del edificio de servicios de agua, calefacción y energía eléctrica.

*Doctrina de la Sentencia.*—El artículo 3.2 del Código Civil sólo autoriza que las resoluciones de los Tribunales puedan descansar de manera exclusiva en la equidad cuando la Ley expresamente lo permita, teniendo la Sala Primera del Tribunal Supremo declarado de manera reiterada y uniforme que el principio de equidad es supletorio de la aplicación de las leyes y, por tanto, sólo de eficacia aplicativa ante la existencia de vacío legal, no es aplicable en hipótesis en que de los textos legales se deduzca con claridad una resolución de los puntos en litigio. Como para la resolución del supuesto litigioso no se hace remisión normativa expresa alguna a la equidad y como, por otro lado, no existe ningún vacío legal a suplir con la misma, pues la LPH tiene la previsión normativa suficiente para el caso contemplado, es improcedente la aplicación exclusiva de la equidad.

La posibilidad de división material de un local comercial en otros más reducidos e independientes requiere, por imperativo legal (art. 8 LPH) la aprobación de la Junta de Propietarios.

Las obras realizadas en el caso de autos han supuesto la alteración de los elementos comunes del edificio y dicha alteración, en cuanto entraña una modificación del título constitutivo, requiere el consentimiento unánime de los propietarios (arts. 5 y 6, norma 1.ª LPH).

La transformación del local comercial único en seis departamentos, algunos de los cuales pueden ser utilizados como viviendas, al haberse construido en ellos sendos cuartos de baño y cocinas, requiere igualmente el consentimiento unánime de todos los propietarios (art. 11 en relación con art. 16, norma 1.ª LPH).

#### **HIPOTECA: EXTENSION OBJETIVA A LAS EDIFICACIONES.** (SENTENCIA DE 15 DE DICIEMBRE DE 1997.)

*Hechos.*—En escrituras de constitución de hipoteca, la finca hipotecada se describió como «casa de planta baja», sin mencionar los dos pisos edificadas sobre el bajo.

*Doctrina de la Sentencia.*—El texto del artículo 110 LH, como bien advierten las SSTs de 21 de diciembre de 1990 y 28 de febrero de 1991, en cuanto a la extensión de la hipoteca a las mejoras realizadas en la finca gravada, y conforme a lo prevenido en el artículo 1.877 del Código Civil, exige llevar a cabo una interpretación integradora de los supuestos legales previstos, y ello impone contemplar una situación dinámica, que puede experimentar cambios y modificaciones constantes en la hipoteca y cuyo estado final ha de precisarse al tiempo de la ejecución.

La lectura del referido artículo 110 LH permite alcanzar la conclusión de que la hipoteca se extiende sin necesidad del pacto a las situaciones en las que se produzca elevación de los edificios, pero no en cuanto se trate de mejoras que consistan en nueva construcción de edificios donde antes no existían, que necesariamente sí precisan medie pacto y han de reputarse expresa y total-

mente excluidas. Ninguno de estos supuestos encajan en el caso litigioso, pues al tiempo de otorgarse la escritura de préstamo hipotecario, ya estaban construidos los pisos sobre la planta baja, que continuó integrada como finca registral independiente y también desde su consideración material, al configurarse por sí misma propia unidad para acceder al tráfico jurídico, como lo acredita el hecho de haberse servido de garantía hipotecaria y operar posteriormente en tal consideración de finca autónoma, independiente y suficientemente individualizada.

Lo que se deja dicho conduce al discurso casacional a reafirmar que en las escrituras de constitución de hipoteca no se incluyeron los pisos edificados sobre el tajo y no se integran conformando una sola finca, por lo que faltó el necesario pacto para extender a los mismos su adjudicación a favor de los adjudicatarios en procedimientos judiciales sumarios. En otro caso se produciría una interpretación amplia del referido precepto hipotecario 110 para abarcar a todo el edificio levantado, cuando lo que se hipoteca es una parte independiente y bien determinada del mismo, como finca singular, por lo que se efectuaría conculcación del artículo 1.876 del Código Civil que sujeta directa e inmediatamente por la hipoteca «los bienes sobre que se impone».

*Comentario.*—El proyecto de Código Civil de 8 de mayo de 1851 estableció en el artículo 1.800.1.º que el derecho real de hipoteca se extendía a todo lo edificado o construido sobre los bienes gravados; lo que podía referirse, como explica BLASCO GASCÓ, tanto a lo ya edificado o construido en el momento de constituirse la hipoteca cuanto a las nuevas construcciones realizadas con posterioridad a dicho momento. Según los actuales artículos 109 y 110.1.º LH, la hipoteca se extiende a las mejoras y se entenderán hipotecados juntamente con la finca, aunque no se mencionen en el contrato, siempre que correspondan al propietario, las mejoras que consistan en obras de elevación de los edificios y cualesquiera otras semejantes que no consistan en nueva construcción de edificios donde antes no los hubiere; los preceptos no se refieren de forma expresa a los edificios ya construidos, quizá —dice LLOPIS GINER— porque el legislador presumía que en el momento de realizarse la hipoteca dichos edificios aparecían debidamente declarados en el Registro de la Propiedad.

La STS de 14 de marzo de 1986, dice que «el artículo 109 LH, al extender la hipoteca, además de a las accesiones naturales, a las mejoras que pueda experimentar la finca hipotecada, está dando a entender claramente como, en la generalidad de los casos, la incorporación a aquélla de unas y otras se opera con posterioridad a la constitución del referido derecho real sobre el inmueble objeto de la misma, circunstancia temporal *ex post facto* que, en principio, no puede excluir de la extensión a los muebles incorporados por accesión natural o mejora». Esta idea aparece consolidada en la doctrina de las SSTS de 21 de diciembre de 1990 y 28 de febrero de 1991: «para juzgar como actúa el concepto de extensión de la hipoteca debe estarse a la interpretación integradora de los diversos supuestos legales que comprende y, como resultado de ese examen, se llega a la conclusión de que el concepto no se refiere a una situación estática, la existente al tiempo de constituirse la hipoteca, sino, por el contrario, a una situación dinámica que puede experimentar cambios y modificaciones constante la hipoteca y cuyo estado final se precisa al tiempo de la ejecución». El mismo pronunciamiento, con redacción más breve, se contiene en la sentencia aquí recogida.

La doctrina destaca, igualmente, este carácter dinámico de la finca en la regulación de la extensión objetiva de la hipoteca (arts. 109 a 113 LH y 215 RH). ROCA SASTRE, dentro del concepto extensión objetiva de la hipoteca, distingue entre *lo que sobre cuál recae la hipoteca y aquello a lo que se extiende la misma*, añadiendo que la legislación hipotecaria se ocupa de lo segundo. BLASCO GASCÓ diferencia el objeto sobre el que recae la hipoteca —sujeción *ad initio*— y la extensión objetiva de la hipoteca —cómo afectan a la hipoteca ya constituida las vicisitudes del bien hipotecado—. LLOPIS GINER resalta que la extensión objetiva de la hipoteca no puede ser separada del objeto de la hipoteca. Comprendiendo ambos aspectos, y en relación a las edificaciones, pasamos a examinar diferentes supuestos.

1. Edificaciones existentes al constituirse la hipoteca. Según ROCA SASTRE, la hipoteca se extiende, naturalmente, a los edificios ya existentes al ser constituida, como elementos integrantes de la finca. BLASCO GASCÓ, conforme a lo indicado, entiende que con relación a las obras o mejoras existentes al tiempo de constituirse, la hipoteca no se extiende, sino que recae. CAMY SÁNCHEZ-CANETE afirma que en cuanto a las alteraciones positivas en la cosa realizadas con anterioridad a la constitución de la hipoteca es claro el principio de que quedan gravadas con la hipoteca. GARCÍA GARCÍA, al tratar de la extensión necesaria de la hipoteca a determinados bienes, explica que la hipoteca se extiende de modo natural o necesario a ciertos bienes, que forman una unidad con la finca; porque, de la misma manera que no cabe constituir una hipoteca sobre parte de una finca (sin segregarla previamente, formando una nueva), tampoco cabe mantener la hipoteca excluyendo alguna de sus partes integrantes. Para GUILARTE ZAPATERO, los edificios ya construidos en la finca tienen la consideración de elementos integrantes y, por tanto, a ellos se extiende la hipoteca, salvo pacto en contrario.

Este es el supuesto de la sentencia que motiva este comentario, de la que interesa destacar dos pronunciamientos. El primero: las edificaciones existentes en el momento de constituirse la hipoteca no encajan en los supuestos de hecho del artículo 110.1.º LH, sino en el del artículo 1.876 del Código Civil —interpretación ya recogida en la STS de 2 de enero de 1991, conforme a la cual «resulta probado que al constituirse la hipoteca había un edificio ya construido en casi su totalidad; luego no puede hablarse, como es el supuesto de hecho del precepto invocado (art. 110.1.º LH) que después de constituirse la hipoteca se construyeron nuevos edificios»—. El segundo: cabe la constitución de hipoteca, no sobre la totalidad del edificio, sino sobre uno de sus pisos, siempre que éste configure por sí mismo propia unidad para acceder al tráfico jurídico, en la consideración de finca autónoma, independiente y suficientemente individualizada; en el caso concreto examinado para determinar la extensión objetiva de la hipoteca, prima el principio de unidad de la finca, referido a cada uno de los pisos del edificio, sobre los principios *accessorium sequitur principale* y *quod accedit pignori, pignus est*.

En el ámbito del Registro de la Propiedad pueden presentarse problemas en caso de divergencia entre la realidad de la edificación y su descripción tabular:

a) Respecto a la edificación existente en el momento de constituirse la hipoteca, pero sin hallarse inscrita la declaración de la obra nueva, la RDGRN de 6 de febrero de 1986, advierte que el artículo 110 LH sólo excluye a las nuevas construcciones de edificios donde antes no las hubiere, pero no a las

que ya existieran en el momento de constituirse la hipoteca; y que la hipoteca se extiende a la edificación, aunque no figure la construcción en el Registro ni se hubiere hecho constar en el contrato (art. 110 LH), lo que no es sino una consecuencia de lo establecido en los artículos 358 y 359 del Código Civil (la Resolución fue comentada el mismo año por LLOPIS GINER, en *Revista General del Derecho*, y por PRESA DE LA CUESTA en esta *Revista Crítica*).

Esta postura se reitera en la RDGRN de 21 de febrero de 1995, conforme a la cual la concepción del edificio como simple elemento descriptivo de las fincas urbanas explica la extensión objetiva de la hipoteca a los edificios ya existentes en la finca hipotecada (art. 110.1.º LH). «De este último precepto se deduce, en efecto, que es indiferente que en el momento de constitución e inscripción de la hipoteca la finca urbana gravada conste inscrita en el Registro sin especificación del edificio ya entonces levantado, porque también en este caso la hipoteca alcanza a la construcción, de modo que la situación de hecho se sobrepone al contenido del Registro y la obra se configura como un elemento accesorio de la finca urbana inscrita, respecto del cual es el aspecto fáctico, no el jurídico, el decisivo» (esta Resolución fue criticada por GARCÍA GARCÍA, «Naturaleza jurídica de la declaración de obra nueva como formalización de un acto real que requiere el consentimiento de todos los condueños», en *Lunes 4,30*, núm. 198, octubre de 1996).

Sin embargo, puede señalarse, tanto a propósito de esta doctrina de la DGRN como de la STS *supra* reseñada, que la hipoteca de pisos o locales inscritos como fincas registrales independientes (art. 107.11 en relación con el art. 8.5.º LH, redactados ambos por la LPH de 21 de julio de 1960) requiere la previa inscripción de la constitución del régimen de propiedad horizontal del edificio, la cual, a su vez, precisa la anterior inscripción del edificio (RDGRN de 25 de junio de 1998). Distinto es el caso de la hipoteca unitaria de casa dividida por pisos, que ROCA SASTRE califica de propia y verdadera hipoteca de la propiedad horizontal, regulada en el artículo 218 RH, inalterado por la LPH.

b) Respecto a la edificación terminada en el momento de constituirse la hipoteca, pero hallándose inscrita en estado de construcción y sin haberse hecho constar la finalización de la obra, la RDGRN de 21 de marzo de 1997 permite la inscripción de la hipoteca y considera parte integrante de la finca sobre que se asienta a la edificación, si bien «el contenido del asiento no prejuzgará si la misma estaba ya concluida al tiempo de la inscripción de la hipoteca ni, por tanto, servirá de elemento acreditativo de la efectiva extensión de la garantía a la edificación descrita si realmente existe al tiempo de la ejecución». Además, la DGRN prevé que en la nota de despacho al pie del título inscrito se reflejará que la finca aparece registralmente descrita en fase de construcción; esta constancia la impondrá posteriormente el artículo 51 del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio, por el que se aprueban las normas complementarias al Reglamento para la ejecución de la Ley Hipotecaria sobre Inscripción en el Registro de la Propiedad de Actos de Naturaleza Urbanística. (Pueden verse comentarios a la última Resolución citada por DÍAZ FRAILE y GARCÍA GARCÍA, «El tráfico jurídico-registral sobre los inmuebles en construcción», en *Lunes 4,30*, núm. 211, mayo 1997, y en *Boletín del Centro de Estudios Hipotecarios de Cataluña*, núm. 74, mayo-julio 1997; y por LLOPIS GINER en *Revista General del Derecho*, núm. 639, diciembre de 1997).

En esta materia incide la cuestión de la naturaleza jurídica de la obra nueva, acerca de la cual cabe recordar que mientras para RAMOS FOLQUÉS, MONET y PAU PEDRÓN supone la inscripción de un derecho, LACRUZ BERDEJO y

ROCA SASTRE afirman que es la simple constatación de un hecho; esta última es también la postura de la DGRN —Resoluciones de 18 de abril de 1988 y 21 de mayo de 1991, además de las citadas— y a la que parece acercarse el TS —Sentencias de 3 de octubre de 1979 y 27 de junio de 1992—. Asimismo puede destacarse que el acceso de la obra nueva al Registro tiene carácter necesario u obligatorio en la Ley 42/1998, de 15 de diciembre, sobre derechos de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles de uso turístico y normas tributarias [arts. 4.1.a) y 5.3; *vide* arts. 3.1, 4.2, párr. últ., 8.2.c), 9.1.4.º e), sobre importancia de constancia del final de obra cuando el régimen se constituye sobre edificio en construcción) y lo tuvo en la Ley 8/1990, de 25 de julio, sobre Reforma del Régimen Urbanístico y Valoraciones del Suelo, que no pasó al Real Decreto Legislativo 1/1992, de 26 de junio, por el que se aprobó el Texto Refundido de la Ley sobre el Régimen del Suelo y Ordenación Urbana. No siendo posible ocuparse aquí con mayor profundidad de estas cuestiones, continuamos con la exposición de los supuestos de edificaciones que pueden resultar gravadas por hipoteca.

2. Elevaciones de edificios efectuadas con posterioridad. Según Roca SASTRE, las superedificaciones posteriores son elementos integrantes de la finca a los que se extiende, naturalmente, la hipoteca (art. 110.1.º LH). Para GARCÍA GARCÍA no está clara la razón de la diferencia entre esta elevación de edificios —a la que se extiende la hipoteca— y la nueva construcción de edificios donde antes no los hubiere —a la que sólo se extiende la hipoteca de existir pacto expreso—, como no sea entender que la elevación del edificio ya existente supone la incorporación de un elemento accesorio al mismo. BLASCO GASCÓ entiende que la elevación de edificios forma parte de la extensión objetiva legal de la hipoteca, que podría sufrir una restricción convencional cuando, por ejemplo, se pactara la no extensión, de modo que no se agotarían las posibilidades crediticias del deudor, y señala los siguientes supuestos en que tal extensión no se producirá sino por pacto:

a) cuando la responsabilidad hipotecaria está distribuida entre los pisos existentes en el momento de la constitución de la hipoteca (cita los arts. 107.11 LH, 8 LH y 218 RH y a GUILARTE ZAPATERO);

b) cuando la hipoteca no se extiende al edificio construido con posterioridad a la constitución de la hipoteca; y

c) en elevaciones que conformen una entidad distinta e independiente, como señalaron GALINDO Y ESCOSURA.

Tratándose de obras de elevación del edificio realizadas por un tercero, titular del derecho de vuelo, CAMY sostiene la extensión de la hipoteca; VENTURA-TRAVESET GONZÁLEZ la niega porque, aunque parece que se trata de una mejora, los nuevos pisos no pertenecen a los hipotecantes; GUILARTE ZAPATERO y BLASCO GASCÓ entienden aplicable a la posible colisión entre el derecho de vuelo y el de hipoteca la regla *prior tempore*, con base en el momento de la inscripción registral.

Respecto de obras de elevación del edificio realizadas por un tercer poseedor, rigen los artículos 112 y 113 LH, de los que hace aplicación la STS de 5 de julio de 1990.

3. Nueva construcción de edificios donde antes no los hubiere. Roca SASTRE considera que la exclusión de la extensión objetiva del artículo 110.1.º

LH respecto de construcciones ulteriores de nueva planta es criticable y puede explicarse bajo la idea de constituir un estímulo a la construcción; no obstante, el mismo estímulo es digno de ser tenido en cuenta respecto de la elevación de nuevos pisos en los edificios ya existentes y, además, no estimula el crédito territorial. La finalidad de la exclusión, dice BLASCO GASCÓ, estriba en fomentar la construcción de edificios y no agotar las posibilidades crediticias que contiene la potencialidad económica de la finca.

Según ROCA SASTRE y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, siempre será posible el pacto de extensión de la hipoteca a las nuevas construcciones, el cual es frecuente, como cláusula de estilo, y casi nunca falta en la peligrosa y nada recomendable hipoteca de solar. También GARCÍA GARCÍA admite el pacto expreso de extensión. BLASCO GASCÓ indica que en la extensión convencional de la hipoteca el ámbito de la libertad contractual no se agota en los supuestos del artículo 111 LH, sino que alcanza también a los bienes excluidos en el artículo 110.1.º LH; en la práctica, añade, no falta el pacto de extensión a los nuevos edificios, por lo que los problemas derivados de la no extensión en el momento de la ejecución hipotecaria tienen un claro carácter técnico.

Diversas sentencias del Tribunal Supremo contemplan la extensión convencional de la hipoteca a futuras edificaciones. Así, en STS de 22 de octubre de 1983, cláusula de extensión «a lo establecido por el artículo 110 y 111 LH y 215 RH» —«en virtud de tal estipulación expresa, que previno la inclusión en la misma de cualquier otra construcción que se realizara en la finca después de su otorgamiento, hay que entender que la nueva edificación o bodega queda comprendida en la hipoteca»—; en STS de 21 de diciembre de 1990, cláusula de extensión a los bienes que determinan los artículos 109 y 110 LH; en STS de 2 de enero de 1991, cláusula de extensión «a las obras nuevas, hechas y hacederas»; en STS de 28 de febrero de 1991, cláusula de extensión «a los edificios construidos en la finca hipotecada por los hipotecantes o deudores»; en STS de 20 de marzo de 1992, al parecer, cláusula de extensión al edificio levantado sobre la parcela hipotecada; en STS de 6 de abril de 1995, cláusula de extensión «a todos los bienes y derechos relacionados en los artículos 110 y 111 LH»; en STS de 10 de junio de 1995, cláusula de extensión «a todas las mejoras, edificaciones y obras de todas clases que existan o en adelante se realicen sobre todo o parte de la finca hipotecada» —«dentro de cuyos términos, expresamente pactados, dada la amplitud de los mismos, en los que no se hizo reserva, ni limitación alguna, han de entenderse comprendidas las edificaciones o instalaciones del aeródromo privado» instalado dentro de los linderos de la finca rústica hipotecada.

En cuanto a los pronunciamientos de la DGRN, cabe destacar las Resoluciones de 23 y 26 de octubre de 1987, en las que se plantea el acceso al Registro de la Propiedad de la siguiente cláusula: «se pacta de forma expresa que la hipoteca se extiende a las nuevas construcciones existentes sobre la finca hipotecada, aunque no se haya hecho inscripción de obra nueva, así como también se extenderá dicha hipoteca a las edificaciones que en el futuro pudieren construirse sobre dicha finca». Se sienta la siguiente doctrina: «la doctrina que surge de la Ley (arts. 110 y 112) es la siguiente: 1) Sin pacto, la hipoteca se extiende a la elevación de los edificios, pero no a las mejoras que consistan en nueva elevación de edificios donde antes no los hubiere. 2) Con pacto, se extiende incluso a la nueva construcción de los edificios. 3) Pero, haya pacto o no haya pacto, cuando la finca pasare a un tercer poseedor, no

será extensiva la hipoteca ni a la mejora que consiste en la elevación de los edificios ni la que consiste en nueva construcción, tratándose de mejoras costeadas por el nuevo dueño». La RDGRN de 19 de enero de 1996 confirma que «ciertamente vulneraría el artículo 112 LH la previsión por la que se extendiera la hipoteca a las nuevas construcciones realizadas sobre la finca hipotecada por el tercer poseedor; sin embargo, en la cláusula ahora debatida, no se establece la extensión de la hipoteca a las nuevas construcciones realizadas por el tercer poseedor, sino a las realizadas por el deudor o por quien se subroge en su lugar, y no hay razón para que lo que puede pactarse sobre la extensión de la hipoteca frente al deudor originario, no pueda, igualmente, estipularse frente a quien posteriormente asume su misma posición jurídica, tanto en la titularidad pasiva de la deuda, como en la propiedad del bien gravado». La RDGRN de 21 de marzo de 1997 contempla el pacto de extensión a las nuevas edificaciones que realice el deudor o el tercer poseedor que se subroge en la misma posición jurídica.

4. Reedificaciones. GARCÍA GARCÍA considera que la hipoteca se extiende sin necesidad de pacto expreso a la reedificación por causa de siniestro, pues el artículo 110.1.º LH se refiere a la exclusión de la nueva construcción donde antes no hubiere edificio; reiteran esta idea ROCA SASTRE y ROCA-SASTRE MUNCUNILL. No obstante, la edificación es nueva cuando no guarda relación alguna con el edificio demolido —cobertizo— (GARCÍA GARCÍA), o cuando la anterior construcción era temporal o transitoria (NUSSBADM). CAMY aplica el mismo criterio de extensión al edificio sobre el solar resultante de demoler otro existente al constituir la hipoteca.

5. Subedificaciones. BLASCO GASCÓ entiende que actualmente la hipoteca se extiende *ope legis* a las subedificaciones, como obra de transformación o dentro de la cláusula genérica «cualesquiera otras semejantes» del artículo 110.1.º LH, salvo pacto expreso de exclusión o que se haya constituido un derecho real de subedificación preferente a la hipoteca.

La STS de 22 de octubre de 1983 se inclina por la extensión en caso de nueva bodega, construida, en parte, sobre la ya existente, y ampliándola, sosteniendo que «al tratarse de la construcción de una bodega a continuación de las existentes, en comunicación con ellas, sobre el suelo de la finca y planta baja, tal construcción viene integrada en la hipoteca, y por tanto no está excluida de la misma, en los términos previstos por el artículo 110 LH».

6. Edificios en construcción. BLASCO GASCÓ examina dos hipótesis: a) si después de la constitución de la hipoteca se eleva el edificio, la hipoteca se extiende a la elevación, salvo pacto en contrario o derecho preferente; b) si en el momento de constituirse la hipoteca ya se han cubierto aguas, la STS de 2 de enero de 1991 considera la terminación del edificio, mejora a la que alcanza la extensión objetiva de la hipoteca sin necesidad de pacto expreso.

La presente sentencia sugiere además algunas reflexiones: En primer lugar, el problema planteado podría haberse evitado si antes de la constitución de la hipoteca hubiese sido inscrita en el Registro de la Propiedad la declaración de obra nueva concluida respecto de las dos plantas edificadas sobre la baja. Por ello, sin desconocer el criterio de las RRDGRN de 6 de febrero de 1986 y 21 de marzo de 1997 citadas, estimamos conveniente que antes de constituir la hipoteca se logre la más perfecta concordancia entre la descripción de la finca en la realidad extrarregistral y la que figura en el Registro. Dice LLOPIS GINER en un artículo sobre *El objeto de la hipoteca inmobiliaria (Comentario al*

*art. 106 LH*), publicado en el número 617 de esta Revista: «Las divergencias registro-realidad extrarregistral, que siempre son perjudiciales, lo son todavía más en el campo del derecho real de la hipoteca». Y concluye: «El bien inmueble hipotecado reviste unas características propias que en virtud del principio de determinación exige una descripción detallada del mismo, puesto que la inscripción en el derecho real de hipoteca juega un papel preponderante dado su carácter constitutivo y el ser el único medio de publicidad del derecho, de forma que los datos físicos de la finca tienen gran importancia para el derecho real de hipoteca, teniendo una eficacia de la que carecen otros derechos inscritos».

Asimismo, el litigio pone de manifiesto que la cuestión de la determinación de la extensión objetiva de la hipoteca, que indudablemente incide en la fase de seguridad del gravamen, tiene especial importancia en el momento de su realización, como subraya BLASCO GASCÓ. Es en la ejecución cuando, por ejemplo, la descripción inexacta de la finca en los anuncios puede distorsionar los resultados de la subasta. Tras la adjudicación, la inscripción en el Registro de la Propiedad puede plantear problemas como los señalados en la RDGRN de 8 de julio de 1997: «Ciertamente que las mejoras realizadas por el hipotecante después de la constitución del gravamen pueden plantear dudas sobre si se extiende a las mismas la hipoteca ejecutada (y, consiguientemente, si han de entenderse incluidas en la adjudicación realizada, pese a lo previsto en el auto de adjudicación), pero se trata, en todo caso, de cuestiones que el Registrador ha de resolver atendiendo a la naturaleza específica de las mejoras realizadas, y a las previsiones legales y contractuales sobre la extensión del concreto gravamen constituido, sin que pueda eludirlas amparándose en una pretendida indeterminación inexistente del auto calificado».

Añade esta Resolución que al Registrador compete decidir a la vista del mandamiento de cancelación si procede o no la cancelación de los asientos posteriores, incluidos los de declaración de obra nueva en que las mejoras consistan. En este aspecto GARCÍA GARCÍA expone que no deben ser canceladas las declaraciones de obra nueva a las que se extiende la hipoteca porque se integran dentro de la descripción de la finca y no perjudican a la hipoteca motivo de ejecución; ni tampoco las declaraciones de obra nueva a las que no se extiende la hipoteca, porque a su titular no le afecta la hipoteca, sino que la adjudicación da lugar a una extraña figura de dominio dividido, con distintos titulares (uno, del solar, el adjudicatario; y otro, de la edificación, el titular registral de la misma).

Però el carácter meramente formal de la calificación registral impide que el Registrador tenga en todos los supuestos elementos de juicio suficientes para determinar el ámbito de los bienes objeto de ejecución hipotecaria. Por ejemplo, el Registrador puede desconocer la antigüedad de la edificación y si ésta existía en el momento de constitución de la hipoteca, cuando la inscripción de la obra nueva es posterior a la de la hipoteca. Si únicamente ha de tenerse en cuenta la prioridad registral, en un caso como en de la presente sentencia, la hipoteca se consideraría extensiva a la elevación del edificio; para evitar dicho efecto sería preciso que, como decíamos anteriormente, antes de constituirse la hipoteca sea inscrita en el Registro de la Propiedad la declaración de obra nueva concluida respecto de las nuevas plantas edificadas.

**PROPIEDAD HORIZONTAL: ELEMENTOS PRIVATIVOS Y ELEMENTOS COMUNES.** (SENTENCIA DE 17 DE DICIEMBRE DE 1997.)

*Hechos.*—En el título constitutivo de la propiedad horizontal no se determina el carácter privativo o común de la planta baja diáfana ni de la terraza del edificio.

*Doctrina de la Sentencia.*—Toda una planta entera de un edificio no tiene, por naturaleza, el carácter de elemento común del mismo, ni puede considerarse comprendida en la relación de elementos comunes del artículo 396 del Código Civil, aunque tal relación sea considerada como meramente enunciativa y no excluyente o de *numerus clausus*; es evidente que para que a la referida planta le pueda corresponder el carácter de elemento común del edificio ha de atribuírsele expresamente dicho carácter en el título constitutivo de la propiedad horizontal.

A diferencia de la terraza que forme parte integrante de un elemento individual del edificio (piso o local), como componente del mismo, y a la que corresponde la misma conceptualización privativa que al elemento individual del que forma parte, como anejo del mismo, la terraza del edificio, con entidad propia e independiente, tiene por naturaleza el carácter de elemento común de dicho edificio y como tal viene enunciado en el artículo 396 del Código Civil cuando habla de «cubiertas». Por tanto, si en el título constitutivo del régimen de propiedad horizontal no se hace referencia alguna a dicha terraza para atribuirle carácter de elemento privativo (como anejo de algún piso o local), ni ha sido modificado dicho título constitutivo en la única forma legalmente posible, por acuerdo unánime de la Junta de Propietarios, es evidente que a la misma le corresponde la naturaleza de elemento común del edificio.

**PROPIEDAD HORIZONTAL: OBRAS EN ELEMENTOS COMUNES. RECTIFICACION DEL TITULO CONSTITUTIVO.** (SENTENCIA DE 19 DE DICIEMBRE DE 1997.)

*Hechos.*—Escritura de aclaración y modificación del título constitutivo otorgada por los propietarios de los elementos privativos de un edificio en régimen de propiedad horizontal para añadir como elemento privativo una construcción realizada en el ático.

*Doctrina de la Sentencia.*—Se trata de un negocio jurídico unidireccional y con el interés común de hacer coincidir la realidad registral con la extrarregistral, lo que constituye propósito idéntico y convergente, que viene a constituir la causa del negocio, si se quiere, motivo causalizado, en cuanto se expresa en el mismo por todos los en él interesados.

Las obras de construcción en el ático se realizaron por quienes eran entonces únicos propietarios del inmueble y la modificación del título constitutivo por el acto conjunto de todos los que entonces eran comuneros, de manera que ha de concluirse que dicha modificación tiene plena validez jurídica (arts. 5 y 16 LPH). Si hubo, pues, acuerdo válido para quienes lo firmaron, únicos titulares de los intereses por él reglamentados, sin que pueda hablarse de falsedad o error de la causa o del objeto, y el acto o acuerdo jurídico es

vinculante para quienes lo firmaron, también ha de serlo para el causahabiente a título particular o singular mediante contrato de compraventa de uno de los pisos, de manera que ha de soportar los efectos del acuerdo adoptado con anterioridad a la adquisición.

**ACCION CONFESORIA DE SERVIDUMBRE: NO HAY LITIS CONSORCIO PASIVO NECESARIO. SERVIDUMBRE: CONSTITUCION POR SIGNO APARENTE O POR DESTINO DEL PADRE DE FAMILIA.** (SENTENCIA DE 20 DE DICIEMBRE DE 1997.)

*Hechos.*—El propietario de dos locales de un edificio en régimen de propiedad horizontal, antes de enajenarlos a diferentes personas, instala en la terraza, que es aneja de uno de ellos, los motores para la ventilación del otro.

*Doctrina de la Sentencia.*—Dada la naturaleza de derecho subjetivamente real que tiene toda servidumbre predial, ante una acción confesoria de servidumbre de dicha naturaleza, es evidente que la relación jurídico-procesal queda plena y perfectamente constituida entre el propietario del que se dice ser el predio dominante (como demandante) y el dueño del que se afirma ser el predio sirviente (como demandado), cualquiera que sea la forma de constitución de dicha servidumbre predial, sin que la sentencia que en el proceso recaiga pueda afectar o perjudicar directamente (salvo la eficacia *erga omnes* que todo derecho real comporta) a ninguna otra persona distinta de los que, como demandante y demandado, han sido partes en el proceso, que es lo que trata de evitar el instituto del *litis consorcio* pasivo necesario.

Cuando el propietario único de los locales del caso estableció el referido signo aparente de servidumbre entre ambos locales, sin que al enajenar los mismos a diferentes personas lo hiciera desaparecer ni expresara en los respectivos títulos de enajenación nada contrario a la continuación (activa y pasivamente) de dicha servidumbre, ello comporta la constitución de la servidumbre conforme al artículo 541 del Código Civil (constitución llamada «por signo aparente» o «por destino del padre de familia»), por concurrir todos los requisitos que, para ello, exige el precepto. El mero hecho de que en la escritura de venta del local gravado se expresara escuetamente que el mismo se encontraba libre de cargas, no puede ser considerado como una manifestación o expresión contraria a la existencia de la repetida servidumbre, ya que es reiterada doctrina de la Sala Primera del Tribunal Supremo la de que dicha manifestación ha de ser clara y terminante, sin que sea suficiente, para adoptar una solución contraria, el que en el documento de enajenación de cualquiera de las fincas se hiciera constar que se adquirió libre de cargas.

**TERCERIA DE DOMINIO: OBJETO Y FINALIDAD.** (SENTENCIA DE 31 DE DICIEMBRE DE 1997.)

En la tercera de dominio no se discute en juicio sobre a quién corresponde de la verdad dominical respecto de la cosa embargada, o la atribución del derecho de propiedad, sino si dicho embargo ha de continuar si la acción se desestima, o si ha de alzarse si la misma se estima.

En el supuesto litigioso, el objeto de la tercera está constituido por el derecho de crédito frente a la compañía de seguros avalista, que garantizó las obligaciones del contratista en un contrato administrativo de obras.

E. M. A.

## B) OBLIGACIONES Y CONTRATOS

Por JOSÉ QUESADA SEGURA,  
ISABEL DE LA IGLESIA MONJE e ISABEL MORATILLA GALÁN

### **RESPONSABILIDAD SOLIDARIA DE LOS VENDEDORES EN UNA COMPRAVENTA DECLARADA NULA.** (SENTENCIA DE 4 DE JUNIO DE 1998.)

*Doctrina de la Sentencia.*—La Sala sentenciadora con justeza técnica viene a extender el marco de solidaridad, por la «universalidad en la venta y en el cobro del precio» y en especial, por el afán de garantizar la efectividad del derecho al acreedor a la hora de ejecutar el mismo, bajo el presupuesto real de que se trata de corregir las consecuencias de haberse producido una venta inexistente por una comunidad de personas que en su calidad de supuestos vendedores, actuaron de forma indistinta y asumiendo con total repercusión los efectos de su reprochable acción negocial.

### **LA RESPONSABILIDAD DEL EMPRESARIO, EN GENERAL, TIENE UN MATIZ MARCADAMENTE OBJETIVO.** (SENTENCIA DE 18 DE JUNIO DE 1998.)

*Doctrina de la Sentencia.*—La responsabilidad del centro sanitario nace de modo directo de la negligencia de sus empleados o dependientes, aunque se presente de modo difuso cuál sea la persona determinada a quien achacar la culpa en concreto; la responsabilidad del empresario, en general, tiene un matiz marcadamente objetivo, fundándose en la responsabilidad por riesgo y en la culpa *in vigilando* o *in eligendo* (Sentencias de 4 de febrero de 1987, 16 de abril de 1993 y 29 de marzo de 1996).

Las prerrogativas para el acto médico (no inversión de la carga de la prueba, ni presunción de culpa...) no son de aplicación a los centros sanitarios.

### **LAS INVERSIONES EXTRANJERAS EN ESPAÑA HAN EVOLUCIONADO HASTA CRITERIOS DE GRAN PERMISIVIDAD.** (SENTENCIA DE 20 DE JUNIO DE 1998.)

*Hechos.*—La Embajada de Checoslovaquia en España adquirió un piso para el servicio del personal de su embajada. El contrato se consumó plenamente, si bien se puso la condición de que si el Gobierno español no concedía la necesaria autorización, la compraventa quedaría resuelta, debiendo el vendedor devolver el precio. El vendedor, posteriormente, demandó la resolución de la venta, alegando la tardanza en la concesión de la autorización. La demanda se desestimó.

*Doctrina de la Sentencia.*—No puede, en estricta justicia, más que reconocerse que la legislación sobre control de cambios y sobre inversión extranjera en España es singular y excepcional en función de circunstancias político-sociales y económicas de carácter específicamente coyuntural y que sus dictados proyectan sobre los negocios puramente civiles la necesidad de cumplir unos requisitos meramente contingentes cuando estos negocios jurídicos cumplen el requisitado sustantivo prevenido en el Código Civil, en sus artículos 1.261, 1.255 y 1.274.

El tema de las inversiones extranjeras en España (desde la vieja Ley de delitos monetarios de 24 de noviembre de 1938, totalmente prohibitiva, hasta la Ley 40/79, de 10 de diciembre y Decreto de su desarrollo de 10 de octubre de 1980, pasando por la Ley de Inversiones Extranjeras, aprobada en su Texto Refundido por Decreto 3021/74, de 31 de octubre, y su desarrollo por Decreto 3022/74 de la misma fecha) ha ido evolucionando cuando se trata de adquisición de bienes inmuebles urbanos, no afectos a la defensa nacional ni a actividades empresariales, hacia criterios de gran permisividad en la concesión de las correspondientes autorizaciones administrativas.

El contrato litigioso, que tuvo por objeto únicamente la compraventa de un piso vivienda y una plaza de garaje para el servicio del personal de la Embajada de Checoslovaquia en España, no sólo fue perfeccionado, sino que civilmente quedó totalmente consumado en la fecha misma de su celebración, pues el vendedor cobró íntegro el precio de la venta y la embajada compradora entró en la plena posesión de los referidos inmuebles que había comprado. Las dos partes contratantes, al celebrar y consumir el referido contrato, conocían plenamente que era necesaria la autorización del Gobierno español para la total eficacia del mismo y por ello estipularon expresamente que si la embajada compradora no lograba obtener la referida autorización administrativa, el contrato sería resuelto y el vendedor tendría que devolver a la compradora el precio de la compraventa. La referida autorización fue concedida por el Gobierno español, por lo que el expresado defecto quedó subsanado y cumplido el mencionado requisito administrativo.

La embajada compradora no ha incurrido en incumplimiento contractual alguno, pues habiendo los contratantes previsto expresamente la necesidad de que dicha embajada obtuviese del Gobierno español la correspondiente autorización para la compra del piso y plaza de garaje litigiosos, la referida embajada extranjera compradora solicitó inmediatamente la expresada autorización, y al fin la obtuvo, sin que a ella le sea imputable en modo alguno el retraso producido en la concesión de la misma.

*Comentario.*—La sentencia no recoge, ni se apoya en sus fundamentos para desestimar la demanda del vendedor, lo que parece más obvio: la condición resolutoria se había puesto en interés de la embajada compradora para que ésta no se encontrara, en el supuesto de no autorización de la venta, sin piso y sin dinero; ella era, por tanto, a quien, en todo caso, le competía ejercitarla, y no al vendedor, que ya había recibido la totalidad del precio y en nada resultaba perjudicado por la tardanza en la obtención de la autorización citada.

**RESPONSABILIDAD DIRECTA DEL COMITENTE DE UNA OBRA.** (SENTENCIA DE 26 DE JUNIO DE 1998.)

*Doctrina de la Sentencia.*—Si es cierto que, conforme al artículo 1.597 del Código Civil, los que ponen su trabajo y materiales en una obra ajustada alzadamente por el contratista no tienen acción contra el dueño de ella sino hasta la cantidad que éste adeude a aquél cuando se hace la reclamación y dentro de esos límites nos encontramos con una acción directa que se fundamenta en razones de equidad, evitar el enriquecimiento injusto, derecho a manera de refacción o especie de subrogación general derivada del principio de que «el deudor de mi deudor es también deudor mío» (Sentencia de 11 de octubre de 1994), si la acción se dirige contra comitente y contratista, su responsabilidad es solidaria.

**LA «VENTA EN GARANTIA» NO ES UN NEGOCIO SIMULADO, SINO VALIDO, CONFORME AL ARTICULO 1.445 DEL CODIGO CIVIL.** (SENTENCIA DE 30 DE JUNIO DE 1998.)

*Doctrina de la Sentencia.*—La jurisprudencia de esta Sala tiene declarado que para calificar de usurario determinado préstamo ha de atenderse al momento de la celebración del contrato (Sentencia de 29-9-1992) y es la realidad socio-económica de entonces lo que ha de contemplarse, y no la actual; así, de esta manera, no alcanzaba la calificación de préstamo usurario cuando el interés fijado fue del 20 por 100 (Sentencia de 10-12-1992), e incluso el 22 por 100 (Sentencia de 6-11-1992), y sin perjuicio de que el artículo 2 de la Ley de Usura concede a los Tribunales libertad apreciativa en cada caso concreto, sin sujeción estricta a las pruebas tasadas para calificar como usurarios los préstamos que enjuicie.

A la compraventa perfeccionada le asiste efectiva condición de *venta en garantía*, que no representa por sí un negocio simulado, conformando su causa en el afianzamiento del débito contraído, y produce sus efectos de forma limitada durante el tiempo de vigencia de la obligación garantizada, ya que los adquirentes quedaban obligados a retrovender si sus enajenantes cumplían con los pagos acordados y hacían uso del retracto convencional pactado, y de no ser así, como en este caso ha sucedido, es cuando se produce la consolidación del pleno dominio a favor de los compradores de la vivienda transmitida en la escritura. Se trata de negocio plenamente válido y eficaz, que encuentra amparo legal en el artículo 1.445 del Código Civil.

**CONTRATO DE SEGURO: DEBE EVITARSE QUE LAS CLAUSULAS NO MUY CONCRETADAS PUEDAN PERJUDICAR AL ASEGURADO.** (SENTENCIA DE 13 DE JUNIO DE 1998.)

*Doctrina de la Sentencia.*—Hay que partir de la base de una jurisprudencia progresiva y en la línea del entorno social presente que preconiza el artículo 3 del Código Civil, que impone la necesidad que en la interpretación de esta clase de contratos de seguros, se marque en la decidida dirección de evitar abusos, provengan de donde provengan, y en todo caso, evitar que las cláusulas o condiciones no muy concretadas puedan perjudicar al asegurado, inter-

pretándose como cláusulas o condiciones limitativas de los derechos de dicha parte contractual.

Es doctrina jurisprudencial pacífica y consolidada la que establece que el artículo 20 de la Ley de Contrato de Seguro, es aplicable cuando se discute la cuantía de la indemnización pretendida; pero no cuando la cuantía indemnizatoria tiene como base una causa alegada como no predeterminada con exactitud en cuanto a su origen, alcance y defectos, que en consecuencia requiere su previa determinación judicial a través de una sentencia, ya que solamente a partir de esa sentencia es como se origina y determina la causa y consecuente indemnización a la que se aplicará el interés del 20 por 100 establecido en el mencionado precepto de la Ley de Contrato de Seguro.

**LA TRANSACCION ES UN CONTRATO BILATERAL.** (SENTENCIA DE 15 DE JUNIO DE 1998.)

*Doctrina de la Sentencia.*—La transacción en los términos con que tal figura se perfila en nuestro Código Civil es un medio de dirimir una contienda suscitada entre particulares (art. 1.809), esto es, una relación jurídica entre dos o más personas que se consideran con derecho a una cosa, y que antes de acudir al proceso o una vez comenzado éste, determinan lo más conveniente a sus pretensiones, cediendo proporcionalmente, el todo o parte de sus derechos, para así llegar a un acuerdo amistoso acerca del objeto o derecho que cada uno cree corresponderle, y sobre el que versa la duda o controversia.

La transacción es un contrato bilateral (o plurilateral) que requiere, obviamente, un concurso de declaraciones de voluntad de todas las personas que en él intervienen como partes contratantes (dando, prometiendo o reteniendo cada una alguna cosa).

**LA PRESUNCION DE EXISTENCIA DE CAUSA EN LOS RECONOCIMIENTOS DE DEUDA PUEDE DESVIRTUARSE MEDIANTE PRUEBA EN CONTRARIO.** (SENTENCIA DE 29 DE JUNIO DE 1998.)

*Doctrina de la Sentencia.*—La validez y eficacia de todo reconocimiento de deuda vienen basadas en la presunción de existencia de causa, aunque la misma no se exprese en el contrato, pero dicha presunción, dada la naturaleza *iuris tantum* de la misma, puede ser desvirtuada por prueba en contrario, por lo que producida tal desvirtuación, y probada por el presunto deudor la inexistencia de causa, el reconocimiento de deuda cuestionado, deviene inexistente e ineficaz, por dicha falta de causa.

**EL PRINCIPIO DE CAUSALIDAD ADECUADA DETERMINA LA EXISTENCIA DE RELACION ENTRE UNA ACCION Y EL DAÑO CAUSADO.** (SENTENCIA DE 4 DE JULIO DE 1998.)

*Doctrina de la Sentencia.*—Para la determinación de la existencia de la relación o enlace preciso y directo entre la acción u omisión —causa— y el

daño o perjuicio resultante —efecto—, la doctrina jurisprudencial viene aplicando el principio de la causalidad adecuada que, dice la Sentencia de 31 de enero de 1992, exige la determinación de si la conducta del autor del acto, concretamente la conducta generadora del daño, es generalmente apropiada para producir un resultado de la clase dada, de tal manera que si la apreciación es afirmativa, cabe estimar la existencia de un nexo causal que da paso a la exigencia de responsabilidad, así como que la orientación jurisprudencial viene progresiva y reiteradamente decantándose por la aceptación de la teoría de la causalidad adecuada, consecuencia de la expresión de una necesaria conexión entre un antecedente (causa) y una consecuencia (efecto), también es de apreciar que tales doctrinas y orientación jurisprudencial sólo afectan al módulo cuantitativo, responsabilizados cuando la causa originaria alcance tal trascendencia que haga inoperante cualquier otra incidencia, así como que ésta no sea generante de una causa independiente; deberá valorarse en cada caso concreto, si el acto antecedente que se presenta como causa, tiene virtualidad suficiente para que del mismo se derive, como consecuencia necesaria, el efecto lesivo producido, no siendo suficientes las simples conjeturas o la existencia de datos fácticos que por una mera coincidencia, induzcan a pensar en una interrelación de esos acontecimientos, sino que es precisa la existencia de una prueba terminante relativa al nexo entre la conducta del agente y la producción del daño, de tal forma que haga patente la culpabilidad que obliga a repararlo.

**PREFERENCIA DE CREDITOS CUYA TITULARIDAD CORRESPONDE A ENTIDADES PRIVILEGIADAS. SE SIGUIRA EL CRITERIO DE PRIORIDAD TEMPORAL. (SENTENCIA DE 24 DE JULIO DE 1998.)**

*Doctrina de la Sentencia.*—El núcleo de la presente contienda judicial es determinar la preferencia crediticia sobre ciertos bienes embargados por la Tesorería General de la Seguridad Social y por la Hacienda Pública de la Comunidad Autónoma de Andalucía, en los que aquella entidad ejercita la tercera para determinar el mejor derecho como acreedor concurrente frente a esta última entidad que es el acreedor ejecutante.

Ante todo hay que manifestar que las Haciendas locales, entre las que se pueden incluir las de las Comunidades Autónomas, en cuanto a la preferencia de créditos privilegiados, ostentarán las prerrogativas establecidas legalmente para el Estado; la Hacienda Pública gozará de prelación para el cobro de los créditos tributarios vencidos y no satisfechos en cuanto concurra con acreedores de créditos con derecho real.

Por otra parte, los créditos por cuotas de la Seguridad Social gozarán de igual orden de preferencia que los créditos a favor de las Haciendas locales.

De todo lo anterior se deduce que la parte recurrente —la Seguridad Social— está equiparada o en igualdad de condiciones con la parte recurrida —Hacienda de la Comunidad Autónoma—.

En el presente caso, por lo tanto, habrá que recurrir a determinar la preferencia de la anotación del embargo en el Registro de la Propiedad, sobre todo teniendo en cuenta que el crédito de la entidad recurrente no tiene como base un determinado crédito salarial. En ese aspecto hay que determinar que la fecha de la anotación preventiva de embargo, efectuada por la Seguridad Social, es posterior a la de la Comunidad Autónoma.

La preferencia crediticia que pretende la parte recurrente ha de decaer ante la que obtiene la entidad recurrida, por aplicación directa del principio de temporalidad, pues siendo ambas entidades acreedoras doblemente privilegiadas por título y por Registro, la anotación preventiva inscrita por la Hacienda Pública es anterior a la de la Seguridad Social, con lo que marca la diferencia a favor de dicha Hacienda Pública.

**RECURSO DE CASACION: PARA QUE UNA SENTENCIA SEA TACHADA DE CONTRADICTORIA, TAL CONTRADICCIÓN HA DE RESULTAR DEL FALLO. (SENTENCIA DE 24 DE SEPTIEMBRE DE 1998.)**

*Doctrina de la Sentencia.*—La causa en que puede fundarse un recurso de casación consistente en que el fallo de la sentencia contra la cual se interpone contenga disposiciones contradictorias, sólo es eficaz cuando los pronunciamientos que se tachan de contradictorios no pueden ser al mismo tiempo conclusión de las premisas sentadas por el juzgador sino que, por el contrario, la aceptación de una repela la de otra, y cuando al descender a la efectividad práctica de los pronunciamientos se ponga de manifiesto la imposibilidad práctica de su coexistencia, y en este sentido tiene declarado esta Sala que la «contradicción entre los pronunciamientos de la sentencia ha de desprenderse de los propios términos del fallo, que dificulta su ejecución, siendo necesario que en el fallo se produzca una incompatibilidad absoluta y notoria entre los distintos pronunciamientos; la acusada contradicción ha de resultar entre los términos del fallo entre sí, y no entre los hechos sentados por la Sala y el fallo, siendo preciso que se produzca una notoria incompatibilidad entre los distintos argumentos básicos del fallo, de forma que suscite dudas su ejecución.

**ES ADMISIBLE CUALQUIER MEDIO DE PRUEBA PARA DEMOSTRAR QUE UN DETERMINADO BIEN FUE ADQUIRIDO CON CARACTER PRIVATIVO Y NO GANANCIAL. (SENTENCIA DE 28 DE SEPTIEMBRE DE 1998.)**

*Doctrina de la Sentencia.*—Ante todo hemos de referirnos a la solución que, bajo el calificativo de «intermedia», adopta la sentencia recurrida, en el sentido de declarar que la vivienda litigiosa pertenece en copropiedad o condominio ordinario, por mitad a los dos esposos. Partiendo del supuesto de que lo único que ha sido debatido en el proceso ha sido si dicha vivienda es un bien privativo de la esposa o si tiene naturaleza ganancial, la referida solución «intermedia» ha de ser rotundamente rechazada, ya que en la compra de la vivienda no intervino para nada el esposo, sino que fue comprada única y exclusivamente por la esposa, por lo que dicha vivienda podrá ser considerada como bien ganancial o como bien privativo de la esposa, pero en ningún caso y bajo ningún aspecto jurídico, como un bien perteneciente en copropiedad por partes iguales a los dos esposos.

Teniendo en cuenta que la finalidad institucional de toda tercera de dominio es la de liberar de un embargo a un determinado bien, que pertenezca (con anterioridad a la traba) a un tercero, que sea ajeno a la deuda reclamada, en garantía de la cual se trabó el referido embargo, correspondenos examinar si en el presente supuesto litigioso concurren los expresados

requisitos. Para ello, ha de dejarse sentado que el hecho de que de unas capitulaciones matrimoniales pactadas en 1985 entre los esposos, en las que estipularon el régimen económico matrimonial de separación de bienes, no se tomara razón en el Registro de la Propiedad, pues los esposos estipulantes carecían de bienes inmuebles en dicha fecha (la existencia de los cuales la presupone el art. 1.333 del Código Civil para dicha toma de razón), aunque sí fueron anotadas en el Registro Civil correspondiente, conforme prescribe dicho precepto, el expresado hecho, repetimos, no puede impedir (al no tener carácter constitutivo dicha toma de razón en el Registro de la Propiedad) que por otros medios probatorios se acredite que un determinado bien fue adquirido por uno de los esposos, bajo el pactado régimen económico matrimonial de separación de bienes, y que, por tanto, es un bien privativo suyo.

**LOS COLEGIOS PROFESIONALES PROVINCIALES SON CORPORACIONES DE DERECHO PÚBLICO. (SENTENCIA DE 28 DE SEPTIEMBRE DE 1998.)**

*Doctrina de la Sentencia.*—Los Colegios Profesionales Provinciales son corporaciones de derecho público que agrupan a sectores de base privada y que entre sus fines tienen el velar por los intereses de los miembros de la profesión a través de la colegiación obligatoria y la exclusividad.

Los colegios a su vez, unidos, forman el Consejo General que tutela y marca las pautas comunes para el cumplimiento de los fines corporativos.

Tienen facultades de autoadministración sobre sus miembros y sus decisiones están sujetas al control jurisdiccional que es el contencioso-administrativo cuando se trata de defensa de la corporación, constitución de sus órganos, régimen electoral, decisiones sobre colegiación y disciplina, así como los actos de aprobación de presupuestos. Como éstos se nutren fundamentalmente de las aportaciones de colegiados (a los Colegios Provinciales) y de los Colegios al Consejo General, es preciso partir de la necesidad de que las aportaciones sean reales y efectivas, pero por tratarse éstas de ámbito privado, bien que necesarias para el cumplimiento de fines, es preciso saber qué medios de coerción tienen las corporaciones para su cumplimiento.

Las cuotas insatisfechas podrán ser reclamadas por vía jurisdiccional, cuyo orden es evidente que ha de ser el civil, porque a él se han de someter las cuestiones reguladas por leyes que expresamente no lo atribuyen a otro orden.

**LA DIVISION DE LA SENTENCIA EN RESULTANDOS Y CONSIDERANDOS ESTA SUPERADA. (SENTENCIA DE 29 DE SEPTIEMBRE DE 1998.)**

*Doctrina de la Sentencia.*—Acusa el recurrente la violación por la sentencia impugnada de los artículos 24 y 120.3 de la Constitución Española, y 372 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, al estimar que no se ha resuelto de manera motivada.

El formalismo retórico que invoca el recurrente y se manifiesta en la argumentación del motivo carece de toda consistencia, porque la separación de los datos y razones de la sentencia en «resultandos» y «considerandos», como esquema legal de construcción externa de la sentencia, está superada por disposiciones legales posteriores.

**LA PERDIDA DE MATERIAL DE COLECCIONISTA SE CONSIDERA DAÑO MORAL.** (SENTENCIA DE 5 DE OCTUBRE DE 1998.)

*Doctrina de la Sentencia.*—Si la resolución de primera instancia es acertada, la de apelación, que la confirma, no tiene por qué repetir o reproducir los argumentos de aquélla, pues basta, en aras de la economía procesal, la sola corrección de lo que en su caso fuere necesario.

La sentencia califica la pérdida de material propio de coleccionista como daño moral con seguimiento de la línea jurisprudencial seguida sobre dicho espacio, donde esta Sala tiene declarado que la relatividad e imprecisión forzosa del mismo impide una exigencia judicial estricta respecto de su existencia y traducción económica o patrimonial y exige atemperar con prudente criterio ese traspaso de lo físico o tangible a lo moral o intelectual y viceversa, que jurídicamente ha de ser resuelto con aproximación y necesidad pragmática de resolver ese conflicto y de dar solución a la finalidad social que el Derecho debe conseguir y cumplir: el principio *alterum non laedere* (Sentencia de 9 de mayo de 1984).

J. Q. S.

**CONTRATO DE CONCESION O DE DISTRIBUCION EN EXCLUSIVA, EXTINCION DEL MISMO.** (SENTENCIA DE 17 DE MAYO DE 1999.)

*Doctrina.*—El contrato de concesión, también llamado de exclusiva, que regula las relaciones entre las partes litigantes en el presente proceso, es aquél por el que una entidad, la concesionaria, se compromete a adquirir productos a la entidad concedente para, una vez adquiridos, revenderlos y, en su caso, prestar asistencia técnica a sus compradores. Con lo cual el concesionario está inmerso en la red de distribución del concedente, ya que dicho contrato cumple la función de distribución de productos. Puede tener o no, un pacto adicional de exclusiva. Lo importante es que el concesionario actúa en nombre y por cuenta propia, lo que diferencia del contrato de agencia, y adquiere por compraventa los productos del concedente. Es, asimismo, importante el carácter de *intuitu personae* de este contrato.

El problema que se plantea en estos contratos es el de su extinción; problema que no se da si se pacta expresamente o, por lo menos, se pactan condiciones de la misma. En el caso presente, no se ha pactado un plazo de duración de la relación contractual, ni se ha pactado un plazo de preaviso. La doctrina jurisprudencia es que en tales casos cabe resolución unilateral, por una u otra de las partes contratantes, lo cual da lugar a indemnización de daños y perjuicios, si éstos se prueban y si se ha hecho sin justa causa o con abuso de derecho.

**DISTINCION ENTRE ALIUD PRO ALIO Y LOS DEFECTOS OCULTOS DE LA COSA OBJETO DE COMPRAVENTA.** (SENTENCIA DE 27 DE ABRIL DE 1999.)

*Doctrina.*—En el supuesto de la sentencia objeto de estudio se está ante un *aliud pro alio* o entre de cosa distinta que no es hábil para el fin al que estaba destinada; se trata de una máquina o instalación, la comprada, que debería

servir para la producción industrial de magdalenas, conchas y bizcochos y que, sin embargo, dadas las carencias de la misma, no es posible obtener industrialmente un producto comercial de calidad, de suerte que su productividad queda limitada a la fabricación de bizcochos, pero sin que tampoco pueda ser utilizada para este producto al cien por cien desde el momento que, a la vista de la prueba pericial practicada «es preciso prescindir de las cuatro hileras de los extremos y siempre que se introdujeran "modificaciones en los sistemas de dosificación y desmoldeo" pues hasta que éstas no se hagan, la pérdida total en este producto por la falta de cocción e incorrecto desmoldeo es del orden del 33 por 100». En conclusión, no estamos ante la entrega de una cosa defectuosa sino distinta a la pactada. Se está, en presencia de la entrega de cosa diversa o *aliud pro alio* que se produce cuando existe pleno incumplimiento por inhabilidad del objeto y completa insatisfacción del comprador.

En consecuencia no puede prosperar la tesis de la parte recurrente basada en que debió haberse aplicado el artículo 1.484, pues los defectos ocultos a que se refieren los presupuestos de los artículos 1.484 y siguientes del Código Civil son los equivalentes a deterioros, desperfectos o irregularidades en la calidad o idoneidad de los objetos suministrados que dificultando la utilidad de lo así suministrado o comprado deben atacarse por el adquirente-comprador a través de la normativa citada al socaire de las históricas acciones edilicias del derecho honorario en su desarrollo justinianeo de carácter estimatorio o de reajuste del precio a causa de tales defectos ocultos y explicables para no bloquear o agilizar el tráfico de intercambio de bienes por dinero. No cabe pues estimar, como defectos ocultos sujetos al plazo de prescripción de seis meses aquellos que por su entidad física o funcional y habida cuenta del contrato supongan, como en el presente caso acontece, un incumplimiento contractual que hace inútil la máquina para el cumplimiento de su destino conforme a su naturaleza.

**CONTRATO DE APERTURA DE CREDITO EN CUENTA CORRIENTE.** (SENTENCIA DE 11 DE JUNIO DE 1999.)

*Doctrina.*—La cuestión primordial planteada en este recurso de casación es la relativa a la calificación del contrato suscrito entre el actor recurrente y la entidad bancaria demandada, calificada como de apertura de crédito en cuenta corriente. Se trata de aquel contrato por el cual el Banco se obliga, dentro del límite pactado y mediante una comisión que percibe del cliente, a poner a disposición de éste y a medida de sus requerimientos, sumas de dinero o a realizar otras prestaciones que le permitan obtenerlo al cliente. Tal contrato es de carácter consensual y bilateral, y no puede ser confundido con el préstamo regulado en los artículos 1.753 a 1.757 del Código Civil, y 311 y siguientes del Código de Comercio, de naturaleza real, que se perfecciona por la entrega de la cosa prestada, y unilateral por cuanto de él sólo surgen obligaciones para uno de los contratantes, el prestatario.

Tal calificación jurídica es la que corresponde al contrato litigioso, documentado en la escritura pública notarial, no ya por la denominación que le dieron los contratantes «escritura de crédito en cuenta corriente con garantía hipotecaria», sino por el tenor literal, claro y preciso de las estipulaciones que conforman su contenido. Y ello porque en la cláusula primera del contrato se dispone que «el Banco concede a la otra parte contratante un crédito de cuenta corriente, en los términos que resultan de este documento, obligándose

el acreditado y los garantes, solidariamente entre sí y con aquél, si los hubiese, a reembolsar las cantidades que por cuenta del mismo disponga el acreditado, así como los intereses, comisiones, impuestos y gastos incluso los de carácter judicial que graven estas operaciones hasta su total pago, con arreglo al presente clausulado», en el que se establece el régimen convencional pactado acorde a su objeto contractual.

***DISTINCION ENTRE CESION ONEROSA Y DONACION DE INMUEBLES HECHA EN DOCUMENTO PRIVADO.*** (SENTENCIA DE 19 DE JUNIO DE 1999.)

*Doctrina.*—La interpretación de los contratos es función propia de los Juzgadores de Instancia, cuyo resultado exegético ha de ser mantenido invariable en casación, a no ser que el mismo sea absurdo, ilógico o conculcador de alguna de las normas de la hermenéutica contractual, nada de lo cual es predicable de la correcta calificación de la sentencia recurrida, que se califica como donación de inmuebles hecha en documento privado, ya que en ninguna estipulación se pacta, ni siquiera se insinúa, ninguna contraprestación a favor de la donante. Lo que indica que la demandada tenía intención de ceder al hijo fallecido unos locales pendientes de construir y aunque posteriormente toleró su ocupación y uso, en ningún momento perfeccionó la donación mediante escritura pública, requisito *ad solemnitatem* que hace ineficaz cualquier expectativa de transmisión gratuita de lo reivindicado y no puede, por otra parte, considerarse probado que la cesión correspondiera a un contrato oneroso, mediante precio.

***VALIDEZ DEL CONTRATO DE COMPRAVENTA SUSCRITO POR REPRESENTANTE RATIFICADO POSTERIORMENTE.*** (SENTENCIA DE 18 DE MAYO DE 1999.)

*Doctrina.*—La sociedad recurrente otorgó el necesario consentimiento para la validez de las ventas litigiosas, realizada por el socio representante de la sociedad que tenía poderes ilimitados. Contrato que fue ratificado tácitamente, en virtud del artículo 1.259 del Código Civil, ratificación que tuvo lugar antes de ser revocado el poder del socio representante. Esta ratificación tácita ha existido porque el supuesto «no representado» se ha aprovechado de la gestión del representante.

I. I. M.

***DECLARADA UNA DONACION DISIMULADA EN EL OTORGAMIENTO DE UNA ESCRITURA DE COMPRAVENTA Y SU INOFICIOSIDAD EN CUANTO PERJUDICASE LA LEGITIMA ESTRICTA DE LOS HEREDEROS.*** (SENTENCIA DE 25 DE JUNIO DE 1998.)

El Juzgado de Primera Instancia número 3 de los de Palencia dicta Sentencia en fecha 28 de abril de 1989, que posteriormente es revocada por la dictada en fecha 24 de enero de 1991 por la Audiencia Provincial de Valladolid. Prospera el recurso de casación.

*Doctrina de la Sentencia.*—La inoficiosidad de la donación se determina mediante la fijación de la legítima estricta de los herederos forzosos, y una declaración disimulada bajo la apariencia de compraventa no sólo no constituye mejora expresa sino tan siquiera cabe englobarse en los supuestos que algún sector doctrinal reputa mejoras tácitas, admisibles, en base a lo dispuesto en los artículos 819 y 825 del Código Civil y de los que se extrae la consecuencia de que lo donado ha de imputarse exclusivamente a la legítima estricta o corta del donatario y en lo que exceda de ésta y del tercio de libre disposición resultará inoficiosa y deberá procederse a su reducción.

**ACUERDO TRANSACCIONAL. LITISCONSORCIO PASIVO NECESARIO Y OBLIGACIONES SOLIDARIAS. INTERPRETACION DE LOS CONTRATOS.**  
(SENTENCIA DE 29 DE JUNIO DE 1998.)

El Juzgado de Primera Instancia número 1 de Igualada en Sentencia de 6 de abril de 1992 estima en parte la demanda. La Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 11.ª) en Sentencia de 18 de febrero de 1994 estima parcialmente el recurso de apelación.

No prospera el recurso de casación.

*Hechos.*—Con fecha 4 de diciembre de 1987, unos particulares y la entidad «Comercial Godo, S. L.» suscriben un documento transaccional.

*Doctrina de la Sentencia.*—Las doctrinas científica y jurisprudencial han reducido el alcance del inciso final del artículo 1.137 del Código Civil, pues el mismo dispone lo siguiente: «La concurrencia de dos o más acreedores o de dos o más deudores en una sola obligación no implica que cada uno de aquéllos tenga derecho a pedir, ni cada uno de éstos deba prestar íntegramente, las cosas objeto de la misma. Sólo habrá lugar a esto cuando la obligación expresamente lo determine, constituyéndose con el carácter de solidaria», mediante la apreciación de la posibilidad de la presencia de la solidaridad sin necesidad de una declaración de voluntad expresa sobre este particular sino sólo con la constancia del ánimo de las partes de que la obligación sea solidaria tras aplicar todas las reglas de interpretación del contrato, es decir, se considera que una obligación posee dicha naturaleza si de su texto se infiere la solidaridad y puede deducirse que la intención de los contratantes fue la de crear la unidad en la obligación y la responsabilidad *in solidum* de los cointeresados.

**RESOLUCION DE CONTRATO DE COMPRAVENTA. NO CABE RESOLUCION PARCIAL POR EL HECHO DEL PAGO TAMBIEN PARCIAL, HABIENDO VENDIDO TODOS LOS COPROPIETARIOS DE LAS COSAS PERO NO POR CUOTAS.** (SENTENCIA DE 2 DE JULIO DE 1998.)

El Juzgado de Primera Instancia número 7 de los de Palma de Mallorca en Sentencia de 9 de abril de 1992 estima la demanda. La Audiencia Provincial de Palma de Mallorca (Sección 3.ª) en Sentencia de 21 de febrero de 1994 desestima el recurso de apelación.

No prospera el recurso de casación.

*Objeto de la litis.*—El pleito tiene su origen en un contrato privado de compraventa de fecha 16 de junio de 1986 por cuya virtud don Horst Richard Abel y los señores Christeinieck, a partes iguales, venden a los demandados don José Javier López Campos y don José Pardo Sánchez, unos locales comerciales y la industria de bar-restaurante-cafetería ubicada en los mismos.

*Doctrina de la Sentencia.*—La aplicación de la facultad resolutoria del artículo 1.504 del Código Civil en el especial supuesto de la compraventa de inmuebles, como la genérica del artículo 1.124 del Código Civil, requiere no un simple retraso en el cumplimiento de las obligaciones asumidas por el denunciado como incumplidor sino que es preciso que se potencie de forma indubitada la existencia de una voluntad manifiestamente rebelde y obstativa al cumplimiento y éste sea imputable al comprador, pretendiendo en el desarrollo que sólo existe un retraso en el pago de parte de los plazos, pues se satisfizo el 50 por 100 del precio asignado a los copropietarios vendedores, existiendo una predisposición al pago. El Código Civil se ocupa fundamentalmente de regular el condominio o copropiedad que es la comunidad referida al derecho de propiedad, es decir, cuando éste se atribuye conjuntamente a varias personas, los condóminos son propietarios de toda la cosa común al tiempo que de una parte abstracta de ella, y les corresponden por imperio de la ley los derechos derivados de la propiedad, expresando que el sistema seguido por el Código Civil acoge la concepción romanista de la comunidad por cuotas, partes iguales o abstractas que no tienen concreción material hasta el instante de la división; en la comunidad hay unidad de objeto y pluralidad de sujetos, insistiendo en que la concepción de la comunidad en nuestro Código es la de cuotas ideales o abstractas que sólo se concretan con la división y adjudicación proporcional, cosa que no había ocurrido en el supuesto que nos ocupa, aunque se dividiese el precio y se legitimase al actor para la resolución con la aquiescencia de los recurrentes.

**CONTRATO DE EJECUCION DE OBRAS. AUMENTO DE OBRA. (SENTENCIA DE 2 DE JULIO DE 1998.)**

El Juzgado de Primera Instancia número 21 de los de Madrid en Sentencia de 11 de noviembre de 1991 estima parcialmente la demanda. La Audiencia Provincial de Madrid (Sección 10.ª) en Sentencia de 27 de febrero de 1994 desestima íntegramente el recurso de apelación.

No triunfa el recurso de casación.

*Objeto de la litis.*—Se condena al pago de unas mejoras inexistentes y no consentidas, ni expresa ni tácitamente, en base a la presunción de un consentimiento tácito.

*Doctrina de la Sentencia.*—Es reiterada la doctrina de la Sala en el sentido de que el artículo 1.124 del Código Civil no contiene normas valorativas de prueba y opera para distribuir su carga entre las partes procesales, por lo que su infracción sólo puede ser aducida en caso de ausencia de pruebas de hechos concretos en que la Sala sentenciadora no tenga en cuenta la regla de distribución del *onus probandi* al hacer soportar esa falta a la parte sobre la cual no gravita la carga, pero esto no sucede en nuestro caso, el Tribunal de

instancia valora el material probatorio para concluir la existencia de un consentimiento tácito del recurrente al exceso de obra ejecutado. También reiterada jurisprudencia de esta Sala en sentencias como las de 10 de junio de 1962, 16 de febrero y 18 de abril de 1965, 28 de marzo y 14 de octubre de 1996, entre otras, ha interpretado el artículo 1.593 del Código Civil en el sentido de que el principio de invariabilidad del precio contratado para una determinada obra, como precio tasado por ajuste alzado, no ha de aplicarse a obras no presupuestadas, que representan un incremento real, cambio o adición, es decir, lo que se conoce como *aumento de obra*, cuyo pago corresponde a quien encarga las mismas, las autoriza o simplemente las consiente, recibéndolas o aceptándolas con independencia de que sea a plena satisfacción del comitente. Asimismo es doctrina jurisprudencial la de la declaración de la existencia del consentimiento del dueño de la obra al aumento producido, cuestión de hecho sometida a la libre determinación del juzgador de instancia que ha de ser respetado en casación en tanto no se impugne eficazmente por la vía adecuada, es decir, vigente la Ley 10/1992, de 30 de abril.

**COMPRAVENTA. EL SEGURO DE CAUCION.** (SENTENCIA DE 6 DE JULIO DE 1998.)

El Juzgado de Primera Instancia número 9 de Granada en Sentencia de 27 de noviembre de 1992 estima en parte la demanda. La Audiencia Provincial de Granada (Sección 4.ª) en Sentencia de 4 de diciembre de 1993 revoca la sentencia dictada por el de Primera Instancia.

No prospera el recurso de casación.

*Objeto del litigio.*—Se otorga un derecho de opción de compra, la cual queda efectivamente extinguida al afectarle caducidad por falta de ejercicio por el beneficiario en los plazos prorrogados convenidos, lo cual no resulta impeditivo para que la compraventa tuviese lugar como negocio independiente en base al principio de libertad de contratación.

*Doctrina de la Sentencia.*—La opción de compra en sí misma es un derecho, que también puede conformarse como negocio jurídico que se realiza y expresa a través de una venta acordada, que integra el objeto convenido como elemento esencial de la misma y ocasiona, por el ejercicio voluntario del *derecho opcional* a cargo del beneficiario, la celebración del contrato de compraventa, alcanzando estado de perfección y culminando con el desplazamiento de la titularidad dominical de lo enajenado, del que cede en favor del adquirente y éste queda obligado a pagar el precio convenido. Así las cosas y en línea de elemental lógica jurídica el aval de autor no garantizaba en sí la opción y la mención que de ella se hace en el documento es mera referencia a que no excluye la venta a la que afectaba, ya que la opción no había generado precio de venta propio. La cobertura prestada del riesgo y que se refiere al aval, que fue mantenido y nunca se retiró o se dejó sin efecto, hay que referirlo necesariamente y por responder a voluntades concertadas de las partes, al precio de la compraventa proyectada, cosa distinta es que se hubiera cubierto la opción y excluido expresamente la compraventa. Lo que resulta absurdo y que en este caso se celebró al margen de aquella por haber caducado, pero respetando las condiciones de pago convenidas en la relación opcional.

Además del precio respecto al fijado en el contrato de opción, no representa una novación plena de este elemento esencial y lo que constantemente se dejó de lado es que la opción había caducado y la compraventa se celebró fuera de su eficacia, aunque respetando y dando actualidad y vigencia a las condiciones de pago que se habían pactado, para cuya cobertura se aportó un aval. Y es que el seguro de caución se rige por sus preceptos específicos y condiciones particulares y generales de la póliza y no por la normativa de las fianzas del Código Civil, tratándose de un seguro por cuenta ajena. De este modo el aval emitido por la recurrente es consecuencia y complemento del seguro concertado de referencia, pues su expedición expresa el compromiso que adquirió la entidad aseguradora frente al asegurado de responder del cumplimiento de las obligaciones del tomador.

El acreedor garantizado podrá accionar tanto contra el asegurador como contra el tomador y asimismo conjuntamente conforme al artículo 1.114 del Código Civil, en razón a la solidaridad creada entre ellos pues lo que en realidad alcanza la protección del seguro del pleito es el impago de la deuda que resultaba cubierta en el momento de su vencimiento y con independencia de las circunstancias o causas que han provocado tal situación.

**EL ARTICULO 1.214 DEL CODIGO CIVIL NO CONTIENE NORMA ALGUNA SOBRE VALORACION DE PRUEBA. EL DUEÑO DE LA OBRA ESTA OBLIGADO A PAGAR EL PRECIO DE LAS OBRAS NO INCLUIDAS EN EL CONTRATO, SI LAS MISMAS FUERON REALIZADAS CON SU CONSENTIMIENTO.** (SENTENCIA DE 6 DE JULIO DE 1998.)

El Juzgado de Primera Instancia número 2 de los de Valladolid en Sentencia de 30 de octubre de 1992 estima la demanda. La Audiencia Provincial de Valladolid (Sección 3.ª) en Sentencia de 10 de marzo de 1994 desestima el recurso de apelación.

No triunfa el recurso de casación.

*Objeto del litigio.*—Con base en un contrato de arrendamiento de obra de fecha 6 de agosto de 1991 se promueve por don Heliodoro Manrique San José (contratista) contra la entidad mercantil «Construcciones Cofrade, S. A.», un juicio de menor cuantía en el que la demandada le adeuda la cantidad de diecisiete millones de pesetas (resto del precio total estipulado pues sólo se habían pagado dos millones de pesetas a cuenta de dicho precio) y el valor de unas obras no pactadas en el contrato (obras «a mayores») por importe de novecientas cincuenta mil cuatrocientas treinta y dos pesetas.

*Doctrina de la Sentencia.*—Es evidente que existe una *adecuación* entre el fallo y el *petitum* de la demanda, pues habiendo alegado el actor en la demanda la ejecución por él de tales obras no estipuladas en el contrato (obras «a mayores») y habiendo postulado se condene a la demandada al pago del precio de las mismas, la sentencia no incurre en vicio alguno de incongruencia al estimar dicha pretensión y condenar a la demandada al pago del precio de las referidas obras, a determinar en ejecución de sentencia. Conforme al criterio establecido por la jurisprudencia del Tribunal Supremo, cabe el aumento del precio ex artículo 1.593 para el caso de que el arquitecto director de obra por decisión unilateral del dueño de la obra ordene variaciones en la ejecu-

ción de la misma respecto del proyecto, y es que, en realidad, las obras «a mayores» lo fueron por orden de la dirección facultativa como necesarias para la realización de la obra aunque no estuviera en el proyecto inicial y su acabado da lugar al aumento del precio permitido por el citado artículo 1.593 del Código Civil. El consentimiento o autorización de la propiedad puede ser expreso o tácito y dado el curso normal de las cosas hay que concluir que la propiedad consintió su realización, pues no consta su oposición a las mismas y hay que deducir conocimiento.

Es reiterada y notoria la doctrina de la Sala que mantiene que el artículo 1.214 del Código Civil, único invocado como supuestamente infringido, no contiene norma alguna sobre valoración de la prueba, sino que simplemente regula la distribución de la carga de la misma entre las partes, por lo que su infracción sólo puede ser invocada en casación cuando, ante la ausencia de prueba de hecho concreto, la Sala *a quo* no haya tenido en cuenta dicha regla distributiva del *onus probandi*, al determinar la parte que haya de soportar las consecuencias de esa falta de prueba, pero lo expuesto no se da en nuestra litis. Aquí la sentencia recurrida en total coincidencia con la de Primera Instancia declara plenamente probado que el actor ejecutó las obras «a mayores» ya en varias ocasiones mencionadas.

#### *JUICIO VERBAL DE DESAHUCIO.* (SENTENCIA DE 10 DE JULIO DE 1998.)

El Juzgado de Primera Instancia número 38 de los de Barcelona en Sentencia de 7 de octubre de 1992 estima parcialmente la demanda. La Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 14.ª) en Sentencia de 12 de marzo de 1994 desestima el recurso de apelación.

Se dedica el presente supuesto a combatir la legalidad y la pureza del procedimiento del juicio verbal de desahucio en el que se estimó la demanda y se resolvió el contrato.

#### *CONTRATO DE DISTRIBUCION. RESOLUCION Y EFECTOS EX NUNC DE DICHA RESOLUCION.* (SENTENCIA DE 10 DE JULIO DE 1998.)

El Juzgado de Primera Instancia número 38 de los de Barcelona en Sentencia de 9 de julio de 1992 estima parcialmente la demanda. La Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 16.ª) en Sentencia de 11 de febrero de 1994 desestima el recurso de «Lactaria Española, S. A.» y estima el de «Lácteos Aragoneses, S. A.».

Triunfa el recurso de casación.

*Hechos.*—Se persigue declarar resuelto el contrato de distribución que celebraron las partes el 30 de noviembre de 1982, finalizando sus relaciones comerciales y condenando a «Lácteos Aragoneses, S. A.», a satisfacer la cantidad reclamada con sus intereses legales.

*Doctrina de la Sentencia.*—En el caso que contemplamos se da idéntica indefinición, pero una indefinición referida al elemento temporal de la obligación cuyo incumplimiento, con efecto resolutorio —que más tarde comentaremos— se atribuye a la actora-reconvenida y acordando de manera verbal

entre las partes y atención a la futura prórroga el contrato que las mismas suscribieron y en atención a una futura prórroga del contrato, éste consistente en que «Lactaria Española, S. A.» pagarla a «Lácteos Aragoneses, S. A.», una prima compensatoria de la definitiva asunción por ésta de la plantilla. Pues bien, en el presente litigio las cuestiones sometidas al debate judicial tienen un estricto carácter de Derecho privado, sujetas a normas de esta naturaleza como las que regulan la resolución de los contratos y sus consecuencias resarcitorias, materias de carácter civil cuyo conocimiento viene atribuido a los órganos jurisdiccionales del orden civil, aunque no vinculante para esta Sala. A este criterio responden las Sentencias de la Sala de lo Social del TS de 30 de abril de 1990 y de 30 de junio de 1993, la primera alude a la responsabilidad solidaria entre empresarios a que se refiere el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores, y la segunda confirma la declaración de incompetencia de jurisdicción contenida en la sentencia recurrida, afirmando que la Sala de lo Social, tanto de la Audiencia Nacional como la del TS, no tienen legalmente atribuido el conocimiento de una pretensión encaminada a declarar que las ventas realizadas son nulas o son constitutivas de delito. Además, se ataca la eficacia retroactiva que la sentencia recurrida atribuye a la resolución contractual que declara, y así se adelantan razones impugnatorias *que constituyen* el núcleo argumental dirigido a impugnar los efectos *ex tunc* de la resolución. Se dan efectos retroactivos a la resolución del contrato por incumplimiento, restableciendo la situación de los contratantes al momento anterior a la celebración del contrato.

En principio, y como regla general, los efectos de la resolución contractual se producen *ex tunc*, colocando a los intervinientes en la misma situación en que se hallarían si el contrato no se hubiese celebrado, lo que lleva consigo la obligación de restituir a cada parte lo que haya recibido de la otra por razón del vínculo obligacional, sin perjuicio del derecho de terceros adquirentes de buena fe. Esa eficacia retroactiva no puede aplicarse respecto a relaciones duraderas que, en todo o en parte, han sido consumadas, lo que sucede en contratos como los de arrendamiento, de agencia o de comisión mercantil, en que la resolución del vínculo contractual opera *ex nunc*, produciéndose únicamente efectos liquidatorios de la situación existente al tiempo de la resolución contractual, y esto aplicado al contrato de distribución en litigio *impide retrotraer al momento de la celebración del contrato* cuya resolución se ordena, con la consiguiente infracción de los párrafos segundo y cuarto del artículo 1.124 del Código Civil, que disponen lo siguiente: «...El perjudicado podrá escoger entre exigir el cumplimiento o la resolución de la obligación, con el resarcimiento de daños y abono de intereses en ambos casos. También podrá pedir la resolución, aun después de haber optado por el cumplimiento, cuando éste resultare imposible... Esto se entiende sin perjuicio de los derechos de terceros adquirentes, con arreglo a los artículos 1.295 y 1.298 y a las disposiciones de la Ley Hipotecaria». Y es que el artículo 1.124, reiteradamente citado, es claro exponente de la facultad de resolver las obligaciones, facultad que se entiende implícita en las obligaciones recíprocas para el caso de que uno de los obligados no cumpliera con lo que le incumbe, indudablemente se precisa para su aplicación, y ello según reiterada doctrina jurisprudencial, además de la reciprocidad de las obligaciones y una situación de incumplimiento, que la que alega incumplimiento, sea exigible y una voluntad rebelde y declarada en el acusado de incumplidor, aspectos estos precisos y no concurrentes en nuestra litis, en la que la obligación emanante de cuál sea

en realidad la cantidad a fijar en orden a las tarifas correspondientes al contrato de transporte no puede ser exigible mientras no se determine adecuadamente, decidiendo controversia al respecto, cual es la precedente, y la requerida voluntad rebelde de incumplidora no puede tampoco ser reconocida en tanto esa circunstancia cuantitativa no sea adecuadamente establecida. En nuestra litis se da idéntica indefinición, si bien referida al elemento temporal, de la obligación cuyo incumplimiento, con efecto resolutorio, se atribuye a la actora reconvenida, acordada de forma verbal entre las partes y en atención a la futura prórroga del contrato suscrito. Se trata de un contrato en el que las obligaciones asumidas por las partes han de ser ejecutadas a lo largo de un período de tiempo fijado por ellas y que no podrían ser impuestas con carácter retroactivo contra la expresada voluntad resolutoria de las partes, deviniendo las obligaciones contractuales de imposible cumplimiento, por eso, la Sala, haciendo uso del principio *iura novit curia* y en aplicación del artículo 1.184 del Código Civil, declara resuelto el contrato de distribución que mediaba entre las partes a partir del último día en que cesan las relaciones contractuales entre ellas.

**COMPRAVENTA EN LA MODALIDAD DE «MERCADO DE FUTUROS». LOS ARTICULOS 1.214 Y 1.256 DEL CODIGO CIVIL. (SENTENCIA DE 14 DE JULIO DE 1998.)**

El Juzgado de Primera Instancia número 4 de Lérida en Sentencia de 28 de enero de 1994 desestima la demanda. La Audiencia Provincial de Lérida (Sección 2.ª) en Sentencia de 7 de abril de 1994 estima el recurso de apelación.

No triunfa el recurso de casación.

*Hechos.*—Se condena al demandado a abonar al actor la diferencia del precio asignado a unas mercancías que tenía que haber retirado en los plazos señalados al contratar y el obtenido al ser vendidas a terceros, una vez transcurridos dichos plazos sin que el comprador las retirara, es decir, la diferencia entre el precio inicialmente acordado y el precio de mercado del producto en la fecha del vencimiento, figura contractual que denomina como de «mercado de futuros» regulada por la costumbre que, si bien está sometida a los riesgos que entraña la variación de los precios en el mercado, en el caso concreto garantizaba el suministro de harina de soja al comprador, constituyendo una figura válida, derivada de la compraventa en virtud del principio de autonomía de la voluntad.

*Doctrina de la Sentencia.*—La alusión hecha en el título que da nombre al comentario de esta nuestra sentencia, se circunscribe a que en el primero de los preceptos —el art. 1.214— al demandante le incumbe la prueba de que el contrato corresponde a la modalidad de los denominados de «mercado de futuros», y en cuanto al segundo —el art. 1.256— porque en ningún momento puede quedar el precio al arbitrio de una de las partes.

Es doctrina reiterada y constante de la Sala la de que el artículo 1.214 del Código Civil: «Incumbe la prueba de las obligaciones al que reclama su cumplimiento y la de su extinción al que la opone», *no contiene norma alguna sobre valoración de la prueba* y, por su carácter general, no puede servir de apoyo a un

recurso de casación, porque el Tribunal de instancia puede obtener su convicción por cualesquiera de las pruebas obrantes en autos, con independencia de quién la haya llevado a los mismos, salvo que se acuse al Juzgador de haber alterado indebidamente el *onus probandi*, conforme al que le corresponde al actor probar los hechos constitutivos de su pretensión y al demandado los obstructivos, impositivos o extintivos, de manera que quien no satisfaga su carga probatoria ha de pechar con las consecuencias perjudiciales que de ello se deriven. En el caso que nos ocupa, la Audiencia consideró probada la existencia del contrato y el ser de la naturaleza de «mercado de futuros», pues tiene establecido la Sala que la existencia o inexistencia de un contrato y la concurrencia o no de los requisitos, esencial del mismo, es cuestión de hecho, y como tal su constatación es facultad privativa de los Tribunales de instancia, cuya apreciación, obtenida a través de la valoración de la prueba practicada, ha de ser mantenida mientras no se desvirtúe por el cauce adecuado, hoy sólo alegando error de derecho con invocación de la norma valorativa de prueba que se considere infringida, carácter éste que no tiene el artículo 1.214. Y por lo atinente al artículo 1.256, también del Código Civil, es evidente que la validez y el cumplimiento de los contratos no pueden dejarse al arbitrio de uno de los contratantes, en torno a ello decir que cuando el cumplimiento de la condición dependa de la exclusiva voluntad del deudor, la obligación condicional será nula. Si dependiese de la suerte o de la voluntad de un tercero, la obligación surtirá todos sus efectos con arreglo a las disposiciones del Código Civil. Así, la facultad de resolver las obligaciones se entiende implícita en las recíprocas, para el caso de que uno de los obligados no cumpliera lo que le incumbe. El perjudicado podrá escoger entre exigir el cumplimiento o la resolución de la obligación, con el resarcimiento de daños y abono de intereses en ambos casos. También podrá pedir la resolución, aun después de haber optado por el cumplimiento cuando éste resultare imposible. El Tribunal decretará la resolución que se reclame, a no haber causas justificadas que le autoricen para señalar plazo. Esto se entiende sin perjuicio de los derechos de terceros adquirentes, con arreglo a los artículos 1.295 y 1.298 del Código Civil y las disposiciones de la Ley Hipotecaria, pues la rescisión obliga a la devolución de las cosas que fueron objeto del contrato con sus frutos, y del precio con sus intereses; en consecuencia, sólo podrá llevarse a efecto cuando el que la haya pretendido pueda devolver aquello a que por su parte estuviese obligado. Tampoco tendrá lugar la rescisión cuando las cosas, objeto del contrato, se hallaren legalmente en poder de terceras personas que no hubiesen procedido de mala fe. En este caso podrá reclamarse la indemnización de perjuicios al causante de la cesión, y paralelamente decir que el que hubiese adquirido de mala fe las cosas enajenadas en fraude de acreedores, deberá indemnizar a éstos de los daños y perjuicios que la enajenación les hubiese ocasionado, siempre que por cualquier causa le fuese imposible devolverlas.

**INFRACCION AL ARTICULO 1.106 DEL CODIGO CIVIL, SOLO PUEDE IMPUGNARSE LA NO INCLUSION DE SU CONCEPTO EN LA INDEMNIZACION DE DAÑOS Y PERJUICIOS, PERO NO SU CUANTIA. (SENTENCIA DE 15 DE JULIO DE 1998.)**

El Juzgado de Primera Instancia número 6 de Madrid en Sentencia de 1 de diciembre de 1989 estima parcialmente la demanda. La Audiencia Provincial

de Madrid (Sección 18.ª) en Sentencia de 1 de diciembre de 1993 estima, también parcialmente, el recurso de apelación.

El recurso de casación no prospera.

*Objeto del litigio.*—Incumplimiento de contrato de cesión de solar a cambio de edificación. Se pretende que la indemnización por *lucro cesante* abarque el 10 por 100 del importe del proyecto constructivo que los recurrentes consideran fijado de forma prudencial. Y es que la indemnización de daños y perjuicios comprende, no sólo el valor de la pérdida que hayan sufrido, sino también el de la ganancia que haya dejado de obtener el acreedor.

*Doctrina de la Sentencia.*—En realidad, con el recurso de casación nos encontramos ante un momento en el que partiendo de unos hechos que han quedado incólumes, trata de determinar si las consecuencias jurídicas o soluciones obtenidas son las procedentes conforme al ordenamiento positivo. De ahí que a la vista de lo anteriormente razonado, mantengamos que la base fáctica de la sentencia sólo puede ser combatida por error de derecho en la valoración, sin embargo, el artículo 1.106 no tiene esta naturaleza jurídica, pues establece *el alcance* que ha de darse a la indemnización de daños y perjuicios, al establecer que comprenden no sólo el valor de las pérdidas, sino también el de las ganancias que se hayan dejado de obtener, es decir, el de las ganancias frustradas o *lucro cesante* que, con cierta probabilidad, fuera de esperar en el desarrollo normal de las circunstancias del caso, buscando un punto de vista objetivo que obliga a una interpretación restrictiva, a realizar por el juzgador de instancia, dado su carácter imparcial, debiendo excluirse lo meramente dudoso, contingente o fundado en meras esperanzas. Pero la determinación de la cuantía de los daños y perjuicios, como cuestión de hecho, es de la exclusiva apreciación del Tribunal sentenciador y por ello el ejercicio de semejante facultad discrecional aplicada a fijar la extensión de aquella responsabilidad, no puede impugnarse en casación, ya que su cuantía no está sujeta a reglas y si al prudente arbitrio del Tribunal *a quo*, único competente para calificar y apreciar las pruebas, ajustando al resultado de ellas el ejercicio de la expresada facultad que le asiste.

**RESOLUCION POR INCUMPLIMIENTO DE ALIMENTO. EL ARTICULO 359 DE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL Y LOS ARTICULOS 1.802 AL 1.808 DEL CODIGO CIVIL. (SENTENCIA DE 17 DE JULIO DE 1998.)**

El Juzgado de Primera Instancia número 1 de Pamplona en Sentencia de 8 de noviembre de 1993 estima parcialmente la demanda. La Audiencia Provincial de Navarra en Sentencia de 9 de marzo de 1994 estima el recurso de apelación.

No prospera el recurso de casación.

*Base fáctica del presente supuesto.*—La sentencia recaída en Primera Instancia condenaba a los demandados a abonar a la actora *una pensión mensual en concepto de alimentos* desde la interposición de la demanda hasta su fallecimiento, cuya cuantía se determinaría en ejecución de sentencia. La Sentencia de apelación, revocatoria de la anterior, declaró resuelto el contrato y condenó a los demandados a devolver a la actora los bienes de ella recibidos

y, para el caso de no ser posible la devolución, a satisfacer su valor actualizado a determinar en ejecución de sentencia. En realidad, el contrato de alimentos o manutención plena —a prestar y recibir en régimen de convivencia entre alimentista y alimentantes—, tiene una naturaleza especial y compleja, pues como consecuencia de las fricciones posibles en las relaciones humanas pueden hacer imposible o de difícil cumplimiento lo convenido, frustrando el fin lógico y consustancial a estas convenciones, lo cual *justifica* la posibilidad de apartamiento unilateral sin más consecuencias que las de abonar la contraprestación pactada para tal eventualidad que es precisamente lo acaecido en el caso controvertido y el documento privado suscrito por las partes expresa claramente que en cualquier momento que el alimentista quiera readquirir la finca supuestamente vendida podría hacerlo sin más obligación que la de abonar unos determinados gastos causados hasta el momento de ejercitar dicha facultad.

*Doctrina de la Sentencia.*—En el presente caso NO EXISTE discordancia alguna entre lo pedido y lo concedido, sino una perfecta adecuación entre ambos y sin que se haya producido una alteración de la *causa petendi*, fundamento de la pretensión restitutoria. Así, es indudable el afirmar que el contrato vitalicio concertado tenía un carácter oneroso, constituyendo la causa del mismo para los alimentantes demandados la entrega de los bienes a que se contrae la demanda, entrega realizada no en virtud de otros contratos entre las partes cuya nulidad hubiera sido preciso demandar para obtener la recuperación por la cedente de los bienes cedidos, sino para obtener los alimentos y atención pactados, por lo que la resolución declarada al amparo del artículo 1.124 del Código Civil lleva consigo los efectos restitutorios declarados independientemente de que tal resolución sea o no procedente. Parte la ociosa jurisprudencia de la Sala de afirmar que el requisito de la *CONGRUENCIA* establecido en el artículo 359 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, exige se resuelvan las cuestiones sometidas a debate, pero no impone que los pronunciamientos del fallo se ajusten literal y de manera rigurosa a las peticiones de las partes. El principio de congruencia exige no alterar las sustanciales pretensiones de las partes, de manera que no se requiere una literal sumisión del fallo a las peticiones de litigantes y sí, únicamente, que el mismo guarde el debido acatamiento al componente jurídico de la acción, así como a las bases fácticas aportadas por los contendientes. En cuanto a la confesión tiene declarado la Sala con reiteración que la confesión es una prueba sometida a la valoración de la instancia ante todo, salvo la hipótesis de que clara, lisa y llanamente, sin necesidad de conectar las respuestas con antecedentes y otras circunstancias, sin necesidad de ninguna interpretación, de forma inequívoca y sin ninguna ambigüedad el confesante realiza una declaración contra sí. En nuestra litis, la Sala *a quo* valora correctamente la prueba de confesión sin que sus conclusiones puedan ser calificadas de ilógicas. Tomando base en una sentencia dictada por el TS de fecha 28 de mayo de 1965, se decía que «al amparo del principio de libertad contractual, las partes pueden pactar que una de ellas se obligue con respecto a la otra a prestarle alimentos con la extensión, amplitud y término que convengan mediante la contraprestación que fijen, dando lugar al denominado “Vitalicio”, que no es una modalidad de la renta vitalicia regulada en los artículos 1.802 al 1.808 del Código Civil, sino un contrato autónomo, innominado y atípico, susceptible de las variedades propias de la naturaleza y finalidad del mismo regido por las

cláusulas, pactos y condiciones que se incorporen al mismo en cuanto no sean contrarios a las leyes, a la moral o al orden público —art. 1.255— y al que son aplicables las normas generales de las obligaciones y que además las normas por las que han de regirse son fundamentalmente los pactos, las disposiciones generales de las obligaciones y la de los contratos y, en último lugar, las normas de los contratos análogos. Y respecto a la posibilidad de aplicación a esta clase de contratos del artículo 1.124, se dice que tratándose de un contrato atípico, carente en absoluto de normativa específica, debe tenerse en cuenta, para resolver las cuestiones que plantea, que su naturaleza es de contrato unilateral, pues sólo contiene obligaciones para el demandado de que comprometió a alimentar, no le es aplicable la facultad resolutoria del artículo 1.124, y el incumplimiento no puede dar lugar más que a exigir el cumplimiento, no obstante, y tal como sostienen los recurrentes, la devolución de los bienes entregados podría darse en un contrato como el que nos ocupa.

**COMPRAVENTA DE PROGRAMAS INFORMATICOS. RESOLUCION POR INCUMPLIMIENTO. (SENTENCIA DE 20 DE JULIO DE 1998.)**

El Juzgado de Primera Instancia número 5 de Reus en Sentencia de 9 de octubre de 1993 estima en parte la demanda. La Audiencia Provincial de Tarragona (Sección 2.ª) en Sentencia de 11 de marzo de 1994 desestima el recurso de apelación.

El recurso de casación prospera.

En supuestos como el presente, de venta de aplicaciones informáticas, hay que distinguir el elemento físico constituido por la configuración material de un sistema de ordenador respecto a todos sus elementos y dispositivos, técnicamente llamado Hardware, que para funcionar necesita recibir instrucciones que contienen lo que son los propios programas, que estructurados en una secuencia determinada, guían y dirigen la actividad del sistema y esto es el Software, que viene a ser el soporte lógico del ordenador y facilita que realice un proceso con las instrucciones que comunica.

La base fáctica probada del pleito *la constituye* fundamentalmente la compraventa verbal que efectúa la recurrente a la demandada «Marjinsa» de programas informáticos para su instalación en cuatro de sus oficinas, dichos programas dejan de aplicarse por resultar insuficientes y por no responder al objetivo para el que habían sido adquiridos, correspondiendo a la vendedora demostrar la aptitud, utilidad y correcto funcionamiento de los programas cedidos por precio, no sólo al inicio de su utilización sino durante su continuidad, lo que no llevó a cabo en forma satisfactoria y convincente, y además la intención contractual de la recurrente, al informatizar sus cuatro oficinas no era otra que la de obtener una mayor y segura efectividad en las prestaciones y servicios para sus clientes, lo que no logró por las deficiencias que afectaban a los programas. Pero ante tal situación de objeto no apto, los juzgadores de instancia no llevaron a cabo una interpretación correcta de la prueba de referencia, pues sientan la conclusión de que los programas eran útiles, lo que sólo deducen del tiempo en que se utilizaron, para lo que dejan de lado que las deficiencias surgieron y se mantuvieron prácticamente desde el principio, y su uso fue de mal funcionamiento, con reparaciones y subsanaciones continuas, nunca definitivas.

*Doctrina de la Sentencia.*—Al darse una constatada inutilidad eficiente de los programas informáticos adquiridos, la resolución por incumplimiento de los contratos de compraventa resulta de procedencia, por lo que es viable la denunciada infracción a los artículos 1.124 y 1.101 del Código Civil, toda vez que la inhabilidad del objeto del contrato ocasionó la insatisfacción del comprador y frustró el fin de la relación, al no responder las cosas adquiridas a su propia configuración, estructura y destino, y ello permite acudir a la protección de los citados preceptos que autorizan el poner fin al contrato con efectos desde su celebración y obtener la devolución del precio pagado e indemnización de daños y perjuicios.

**ACCION DE RESPONSABILIDAD DEL MANDATARIO POR INCUMPLIMIENTO NEGLIGENTE DEL MANDATO. NO EXISTE LITISCONSORCIO PASIVO NECESARIO POR NO HABER SIDO DEMANDADA UNA DE LAS MANDANTES, PUES EL UNICO QUE HA DE SERLO ES EL PROPIO MANDATARIO. (SENTENCIA DE 21 DE JULIO DE 1998.)**

El Juzgado de Primera Instancia número 1 de los de Madrid en Sentencia de 23 de junio de 1992 estima parcialmente la demanda. La Audiencia Provincial de Madrid (Sección 10.ª) en Sentencia de 24 de enero de 1994 estima en parte el recurso de apelación.

El recurso de casación no triunfa.

*Presupuestos fácticos.*—Las hermanas doña Milagros, doña Lourdes y doña Rosario García Biel, son copropietarias por terceras partes iguales e indivisas de una serie de acciones de la mercantil «Diazbedia, S. A.». Mediante unos poderes notariales las referidas hermanas facultaron a don Vicente Diazbedia Buñuel para que en su nombre y representación procediera a la venta de las antes aludidas acciones, de las que ellas eran copropietarias. El día 5 de noviembre de 1987, con la intervención de Agente de Cambio y Bolsa de Madrid, don Pablo de la Nuez de la Torre y el mandatario don Vicente Diazbedia Buñuel, venden las referidas acciones, y dicho señor Diazbedia Buñuel entrega el precio de la venta a las citadas hermanas, quienes se lo reparten.

*Doctrina de la Sentencia.*—Para poder decretar la nulidad de un contrato es requisito procesal ineludible la intervención en el proceso de todos los que en dicho contrato fueron partes contratantes. Por otro lado, la doctrina, según la cual cualquiera de los copropietarios puede ejercitar acciones que afecten a la comunidad siempre que lo haga en beneficio de la misma, no puede ser a nuestra litis aplicado, por entender que las tres copropietarias de las vendidas acciones estaban conformes con la validez del litigioso contrato de compraventa.

La esencia de la doctrina del litisconsorcio pasivo necesario radica en la no llamada al proceso, en calidad de demandado, de alguien a quien luego pueda afectar directamente la sentencia recaída en el mismo, y si en un proceso se ejercita una acción de responsabilidad de un mandatario por cumplimiento negligente del mandato, es evidente que el único que ha de ser demandado es el referido mandatario, ya que es el único al que puede afectar directamente la sentencia que recaiga acerca de dicha acción. La sentencia recurrida entendió que la excepción de litisconsorcio pasivo necesario la adujo el demandado

sólo con respecto a lo atinente a la declaración de nulidad del litigioso contrato de compraventa de acciones sociales, y lo entendió acertadamente, ya que en correcta técnica jurídica no resulta posible imaginar que cuando se ejercita una acción de responsabilidad de un mandatario, por negligente cumplimiento del mandato, haya de demandar a alguna otra persona, además del referido mandatario, que es lo que integraría un supuesto de litisconsorcio pasivo necesario, que aquí resulta inconcebible.

Cualquiera de los comuneros puede ejercitar acciones en defensa e interés de la comunidad sin que sea preciso que la totalidad de comuneros participe en dicho ejercicio. En el presente supuesto la declaración prestada hace que se manifieste su conformidad con la actuación del mandatario a la operación de venta de acciones efectuado, con lo que la indemnización a la que se accede no puede extenderse a la misma en modo alguno. Se acusa a la sentencia recurrida de haber incurrido en el vicio de incongruencia, que el recurrente la hace consistir en que la condena que se le impone es al pago de la indemnización de daños y perjuicios a las actoras como consecuencia del negligente cumplimiento del mandato. Y paralelamente a esto decir que, el artículo 1.225 del Código Civil, no impide otorgar la debida relevancia a un documento privado, aunque no haya sido adverbado, conjugando su contenido con los demás elementos probatorios obrantes. Por otro lado, y en íntima relación con lo acabado de exponer, ha de tenerse en cuenta que las actoras basaron sus acciones en la gran desproporción existente entre el precio en que el mandatario había vendido sus acciones y el gran valor de la finca.

**LA DOCTRINA DEL LEVANTAMIENTO DEL VELO DE LAS PERSONAS JURÍDICAS. (SENTENCIA DE 22 DE JULIO DE 1998.)**

El Juzgado de Primera Instancia número 23 de los de Barcelona en Sentencia de 12 de marzo de 1993 desestima íntegramente la demanda. La Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 1.ª) en Sentencia de 9 de marzo de 1994 estima en parte el recurso de apelación.

El recurso de casación no ha lugar.

*Doctrina de la Sentencia.*—Se estima infringido el artículo 1.214 del Código Civil en relación a la doctrina jurisprudencial recaída sobre el *onus probandi*. Así, el concepto de la doctrina de la carga de la prueba es la distribución de las consecuencias de la falta de prueba de uno o varios hechos determinados, pues «el problema de la carga de la prueba es el problema de la falta de prueba». En torno a lo cual, es reiterada doctrina de la Sala... la de que el artículo 1.214 del Código Civil no contiene norma valorativa de prueba, sino que solamente determina a quién incumbe la carga de la misma, por lo que sólo es invocable en casación cuando la Sala de instancia, desconociendo dicha norma distributiva del *onus probandi*, haya hecho recaer las consecuencias de una falta de prueba sobre la parte a la que no incumbía la carga de la misma, de manera tal que además, tal precepto se infringirá cuando a la parte que no debe probar según el mismo, se le imputan las consecuencias de la falta de prueba.

Y por lo atinente al título que da nombre al comentario que ahora nos ocupa decir que, la doctrina del llamado levantamiento del velo de la persona jurídica *tiene* como función evitar el abuso de una pura fórmula jurídica

y *desvela* las verdaderas situaciones en orden a la personalidad para evitar ficciones fraudulentas. La *idea básica* es que no cabe la alegación de la separación de patrimonios de la persona jurídica por razón de tener personalidad jurídica, cuando tal separación es, en la realidad, una ficción que pretende obtener un fin fraudulento, como incumplir un contrato, eludir la responsabilidad contractual o extracontractual, aparentar insolvencia, etc. Se proscribire la prevalencia de la personalidad jurídica que se ha creado sin que con ello se cometa un fraude de ley o se perjudican derechos de terceros. Y es que la teoría del «levantamiento del velo» es una creación con intención de averiguar lo real en una evolución de determinada persona jurídica que pueda implicar una frustración de los derechos de terceras personas, sean físicas o jurídicas, y a través de dicha teoría se pretende evitar una simulación en la constitución de una sociedad, que signifique la elusión en el cumplimiento de un contrato, así como la burla de la Ley como protectora de derechos. En esta dirección es de destacar la emblemática Sentencia de la Sala, de fecha 28 de mayo de 1984, cuando en ella se dice que «se ha decidido prudencialmente, y según casos y circunstancias, por aplicar por vía de equidad y acogimiento del principio de buena fe, la tesis y práctica de penetrar en el substratum personal de entidades o sociedades, a las que la Ley confiere personalidad jurídica propia, con el fin de evitar perjudicar intereses públicos o privados, o bien se utiliza como camino del fraude en daño ajeno o de los derechos de los demás o contra el interés de los socios, es decir, de un mal uso de su personalidad, de un ejercicio antisocial de su derecho», admitiéndose el que los jueces puedan «levantar el velo jurídico» para evitar el abuso de esa independencia en daño ajeno o de los derechos de los demás.

**NULIDAD ABSOLUTA: CUANDO LA NULIDAD NO CONTRAVIENE A UN PRECEPTO LEGAL PROTEGE EL INTERES DE UN DETERMINADO GRUPO SOCIAL, A LOS PERTENECIENTES A EL SE DEJA EL CUIDADO DE QUE ESA PROTECCION SEA EFECTIVA, PERO EN MODO ALGUNO SE LE IMPONE VELIS NOLIS. (SENTENCIA DE 22 DE JULIO DE 1998.)**

El Juzgado de Primera Instancia número 2 de Madrid en Sentencia de 8 de octubre de 1991 estima la demanda. La Audiencia Provincial de Madrid (Sección 12.ª) en Sentencia de 14 de marzo de 1994 estima en parte el recurso de apelación.

Prospera en parte el recurso de casación.

**Base fáctica.**—Las partes *fijan* el procedimiento para la continuación del contrato una vez vencido —la *tácita reconducción*— con carácter potestativo, y también la extinción del mismo por voluntad unilateral de cualquiera de las partes, estando obligada la que desiste a preavisar con tres meses de anticipación a la terminación del período contractual o de su prórroga, y también a satisfacer todo el precio pactado para cualquiera de esos períodos, es decir, la renta de los tres meses antedichos.

**Doctrina de la Sentencia.**—La Sala siempre ha admitido *la validez* de los pactos que tienen por objeto la extinción del arrendamiento una vez que el arrendatario ha ingresado en su patrimonio el derecho de prórroga, por lo que es válida y eficaz su voluntad de no continuar el arrendamiento, y los efectos de

tal voluntad son los determinados en la cláusula 14, que dispone lo siguiente: «el plazo fijado en este contrato será de dieciocho meses y podrá prorrogarse después, por tácita reconducción, en nuevos períodos de seis meses, salvo que a la terminación del período inicial o de cualquiera de las prórrogas, alguna de las partes lo dé por cancelado, avisando a la otra de forma fehaciente con tres meses de antelación. La arrendataria se obliga al pago total del precio correspondiente al plazo de arrendamiento inicial o de sus prórrogas, en todo caso». Pero, está claro que, la prórroga del contrato no es la forzosa que ordena imperativamente el artículo 57 de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1964 para el arrendador, éste es el que tiene la posibilidad de darlo por finalizado mediante requerimiento que es el previsto en el artículo 1.566 del Código Civil, que dispone lo siguiente: «Si al terminar el contrato, permanece el arrendatario disfrutando quince días de la cosa arrendada con aquiescencia del arrendador, se entiende que hay tácita reconducción por el tiempo que establecen los artículos 1.577 y 1.581, a menos que haya precedido requerimiento». De ahí que no sea dudoso que la cláusula transcrita vulnere de alguna manera directa el citado artículo 57. Se evita la aplicación imperativa de las normas que imponen al arrendador la prórroga forzosa del contrato y hacen irrenunciable por el arrendatario aquel «beneficio» en la celebración del contrato, por eso la nulidad de la cláusula puede ser declarada de oficio. Sin embargo, en atención a que la prórroga forzosa dejó de ser desde el Real Decreto-ley 2/85, de 29 de abril, una norma imperativa impuesta en los contratos de arrendamientos urbanos por desaparición de las necesidades económicas y sociales que justificaron su implantación, la declaración de la nulidad de la cláusula discutida no es proporcionada ni al espíritu y finalidad del artículo 57 de la LAU de 1964, ni a la realidad social del tiempo en que se declara. Expuesto esto, hemos de añadir que no es acorde estimar nula la cláusula en defensa de un inexistente interés legítimo en el mantenimiento del contrato, pues el arrendatario no alega el precepto legal infringido para ello ni para nada, sólo que puede desistir de él unilateralmente. Si el pleito hubiera tenido como objeto determinar si el contrato tenía que ser prorrogado obligatoriamente para el arrendador, es indudable que las normas protectoras del arrendatario habrían volatilizado hacia su plenitud jurídica, pero, sin embargo, al arrendatario no le interesa para nada esta protección, cuando ha desistido del contrato con abandono de lo arrendado y sólo se discute la indemnización que por ello ha de pagar, parece fuera de lugar declarar la nulidad de la cláusula porque no respeta la prórroga forzosa, y además, declararla por entero, siendo así que hay partes de ella no afectadas por la nulidad (como las referentes a desistimiento unilateral admitido por el artículo 56). Así, cuando la nulidad *protege* el interés de un determinado grupo social, a los pertenecientes a él se deja el cuidado de que esa protección sea efectiva, pero en modo alguno se le impone *velis nolis*.

**ACCION RESCISORIA POR DONACION EN FRAUDE DE ACREEDORES. SU CARACTER SUBSIDIARIO. (SENTENCIA DE 24 DE JULIO DE 1998.)**

El Juzgado de Primera Instancia número 8 de los de Bilbao en Sentencia de 26 de mayo de 1993 desestima íntegramente la demanda. La Audiencia Provincial de Bilbao (Sección 5.ª) en Sentencia de 18 de febrero de 1994 estima el recurso de apelación.

No triunfa el recurso de casación.

*Base fáctica.*—Ejercicio de la llamada *acción revocatoria o pauliana* en solicitud de que se declare la rescisión de la donación realizada, así como de la opción de compra otorgada por los donatarios a «Grupo VH S.LK», entiendo ésta que fue demandada, fundando dicha petición en la existencia de un crédito en favor del actor contra los demandados donantes.

*Doctrina de la Sentencia.*—El requisito *para el ejercicio de la acción* consiste en que en virtud de acto fraudulento no queden bienes para que el acreedor cobre lo que se le debe, ha sido matizado por la jurisprudencia en el sentido de que: no es preciso que se declare la insolvencia en procedimiento previo, que, aunque puedan existir otros bienes, basta que no se conozcan otros que los objeto del contrato, que tampoco es necesario obtener la declaración previa de que el perjudicado carece de todo otro recurso legal, antes de ejercitar la acción rescisoria y que todo ello es cuestión de hecho sujeto a la libre apreciación del tribunal de instancia. En una Sentencia de fecha 31 de diciembre de 1986, al resolver un motivo en el que se aducía infracción del artículo 1.111 del Código Civil por no haberse acreditado por los actores «el haber llevado hasta sus últimas consecuencias los embargos trabados sobre otros bienes, tanto de la sociedad suspensa como de la propiedad de los avalistas», los recurrentes interpretan la exigida persecución de los bienes en un sentido exagerado al pretender que el acreedor siguiese los procedimientos hasta su final procesal, aún sabiendo que nada útil conseguiría, debiéndose destacar tal interpretación formalista por no ser ese el significado del precepto, sino el de que el deudor se hubiera quedado insolvente para el pago de sus deudas, pudiendo probarse tal insolvencia con la demostración de que el mismo no tiene ya bienes con los que pagar o que los que están en su poder se encuentren gravados o estén afectos a cargas que disminuyen su valor en relación con lo debido, pero en modo alguno se puede requerir del acreedor el ejercicio previo a la acción rescisoria de otras.

Además, se acusa infracción del artículo 1.294 del Código Civil, en el sentido de que, teniendo la acción rescisoria por objeto la reparación del perjuicio causado, ha de entenderse que no procede el exceso de su entidad o cuantía, pues... «ni en los artículos 1.291 y 1.295 del Código Civil, ni en ninguno otro, se prohíbe que la rescisión de los contratos fraudulentos sea parcial o sea en cuanto baste a reparar el perjuicio causado al acreedor que entabla o recaba la rescisión, por el contrario, tratándose de actos válidos, sólo deberán dejarse sin efecto en la parte necesaria y también añade que los artículos 78 y 80 de la Ley Hipotecaria contemplan la posibilidad de cancelación parcial o total de las inscripciones o anotaciones preventivas de los asientos registrales.

**PRECONTRATO: OBLIGA A LAS PARTES A CELEBRAR UN POSTERIOR CONTRATO DEFINITIVO.** (SENTENCIA DE 24 DE JULIO DE 1998.)

El Juzgado de Primera Instancia número 20 de los de Madrid en Sentencia de 5 de febrero de 1992 no ha lugar a la demanda. La Audiencia Provincial de Madrid (Sección 11.ª) en Sentencia de 6 de abril de 1993 estima en parte el recurso de apelación.

No prospera el recurso de casación.

*Objeto de la litis.*—Con fecha 23 de mayo de 1980, las entidades mercantiles «Ivarte, S. A.» y «Servifilms, S. L.», redactan y suscriben un documento privado en el que se expone lo siguiente: «“Ivarte, S. A.”, es propietaria de un local. Don José Luis Madrid de la Viña, representante de la citada “Servifilms, S. L.”, está interesado en asociarse con “Ivarte, S. A.”, con el fin de instalar en dicho local, cuatro Salas de exhibición cinematográfica de las denominadas “minicines”, y ello con arreglo a lo que los Organismos Oficiales pertinentes dictaminen».

*Doctrina de la Sentencia.*—Nos encontramos ante un acuerdo *de núcleo obligacional complejo* al estar estructurado su contenido no con una técnica de reciprocidad simultánea sino de tracto sucesivo. A su través *se pacta* una condición de la obligación de aportación del local, de modo suspensivo, no da cuenta de su naturaleza al no existir una correspondencia entre la obligación de Ivarte y la liberación del local de inquilinos, sino que este último hecho se sitúa frente al núcleo contractual entero. Es el «convenio» el objeto directo del hecho suspensivo —o sea, el propio contrato— y no una obligación concreta. Y condicionar un contrato no equivale a condicionar una obligación individual, pues el vínculo contractual se diferencia de la mera suma de sus obligaciones, en cuanto como complejo, integra una organización prestacional. El contrato *es un título constitutivo* y por lo tanto *una estructura normativa de las obligaciones* que origina, en cuanto se sitúa como elemento apriorístico y por lo tanto diferenciable de cada uno de sus productos. Y es este carácter de fuente obligacional o título constitutivo el elemento vacío del conjunto obligacional, que impide compartir la correspondencia entre condición y obligación que efectúa el demandante. En nuestra litis *el contrato condiciona*, no nace la reclamación jurídica, en cuanto su norma constitutiva no ha entrado en vigor. Por eso, porque no hay una obligación condicionada, la descripción de los hechos constitutivos se deja imprecisa. No hay plazo de cumplimiento, ni es posible fijarlo en cuanto los inquilinos tienen un derecho de prórroga ilimitada y ello pese a que el propio tenor de ciertas obligaciones es incompatible con una duración indefinida. Nos encontramos pues, ante un pacto litigioso que tiene el carácter de un proyecto contractual en el que se distinguen tres fases: 1) una fase previa; 2) una fase precontractual, y 3) una fase posterior propiamente contractual. Es doctrina de la Sala, la de que la calificación o interpretación de los contratos es, en principio, función propia de los juzgadores de instancia, siendo el resultado exegético por ellos obtenido sometido a revisión casacional cuando el mismo sea ilógico, absurdo o irracional. Y es que las partes contratantes celebraron un contrato definitivo, por virtud del cual se asociaron y/o constituyeron entre ellos una sociedad irregular, susceptible de ser transformada posteriormente, con carácter opcional, en sociedad anónima, lo que sucede es que también pactaron una condición suspensiva, en concreto en la cláusula 7.ª que, literalmente es como sigue: «El local objeto de este contrato se aporta por “Ivarte, S. A.”, haya conseguido dejar libre de inquilinos el local que nos ocupa», mediante ella las partes supeditaron la eficacia del contrato y su validez fue innegable, y su cumplimiento no dependía de la exclusiva voluntad de la arrendadora «Ivarte, S. A.» (art. 1.115 del Código Civil), pues al hallarse el arrendamiento ya vigente en la fecha de celebración del contrato litigioso y ser, anterior al Real Decreto-ley 2/1985, de 30 de abril, sobre Medidas de Política Económica, los arren-

damientos tenían un innegable derecho a la prórroga forzosa de su respectivo arrendamiento (art. 57 de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 24 de diciembre de 1964, que era aplicable). Tal condición suspensiva es de carácter positivo, si bien hemos de caer en la cuenta de que las partes no pactaron plazo alguno para el cumplimiento de la misma, y a pesar de la laguna legal que se ciñe en este supuesto para la fijación de plazo, la más constante y uniforme doctrina de la Sala considera que debe tenerse por cumplida si transcurre el tiempo que verosímilmente se hubiese querido señalar, atendida la naturaleza de la obligación, sin que se produzca el acontecimiento futuro e incierto de que aquélla se hizo depender. En este orden de cosas, teniendo en cuenta que el contrato litigioso fue celebrado el 23 de mayo de 1980 y que seis años más tarde aún continuaba ocupado el local por los arrendatarios y que en esa situación arrendaticia, «Ivarte, S. A.», le vendió a un tercero, se ha de considerar que el plazo de seis años es muy superior al que verosímilmente hubiesen querido las partes señalar para el cumplimiento de la pactada condición suspensiva y, en consecuencia, ha de tenerse por no cumplida la repetida condición suspensiva positiva y, por ende, sin eficacia alguna el contrato litigioso, por lo que «Ivarte, S. A.» no incumplió al vender cuando todavía había ocupación por los arrendatarios.

**EFEECTO NOVATORIO DE LA TRANSACCION.** (SENTENCIA DE 29 DE JULIO DE 1998.)

El Juzgado de Primera Instancia número 7 de los de Barcelona en Sentencia de 25 de mayo de 1993 estima parcialmente la demanda. La Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 16.ª) en Sentencia de 24 de marzo de 1994 desestima el recurso de apelación.

El recurso de casación no prospera.

*Objeto de la litis.*—La entidad «MASTER DESIGN, S. A.», demanda a la Compañía «PLAFRI, S. A.», en reclamación de cantidad, la cual mantiene la era debida a causa de una anterior relación jurídica entre ambas, a lo que la litigante pasiva se opone con la alegación de la existencia de una compensación derivada de aquella vinculación.

*Doctrina de la Sentencia.*—La recurrente parte del hecho de que la transacción exige la evitación de un pleito o la terminación de uno comenzado, ya que el debate debe existir, pues si ya está zanjado, aquello carece de valor, de manera que, en este caso, por haber sentencia firme, la controversia no era transaccionable. El pacto transaccional se produce con anterioridad a la firmeza de la sentencia cuya ejecución se pretendía, pues esa singular nota de la decisión deriva precisamente del cumplimiento del convenio transaccional. La transacción borra el pasado y es fuente de una relación jurídica nueva y, desde esta óptica, la Sala tiene reiteradamente declarado que toda transacción provoca el nacimiento de nuevos vínculos u obligaciones, en sustitución de los extinguidos, o la modificación de éstos, de suerte que, sea judicial o extrajudicial, tiene carácter novatorio y produce el efecto de la sustitución de una relación jurídica puesta en litigio por otra cierta incontrovertida.

**CONTRATO DE LEASING O ARRENDAMIENTO FINANCIERO.** (SENTENCIA DE 30 DE JULIO DE 1998.)

El Juzgado de Primera Instancia número 24 de los de Barcelona en Sentencia de 3 de septiembre de 1993 estima la demanda. La Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 1.ª) en Sentencia de 10 de marzo de 1994 desestima el recurso de apelación.

No prospera el recurso de casación.

La fundamentación de la presente litis estriba en torno a la calificación del contrato litigioso que la parte recurrente entiende ha de ser de venta de bienes muebles a plazo y no la de arrendamiento financiero o leasing.

*Doctrina de la Sentencia.*—Comienza nuestro supuesto su análisis haciendo una mención especial al concepto o consideración de las operaciones de arrendamiento financiero recogido en el apartado 1 de la Disposición Adicional séptima de la Ley 26/1988, de 29 de julio, sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito, y las define como aquellos contratos que tengan por objeto exclusivo la cesión del uso de bienes muebles o inmuebles, adquiridos para dicha finalidad según las especificaciones del futuro usuario, a cambio de una contraprestación consistente en el abono periódico de las cuotas. Los bienes objeto de cesión habrán de quedar afectados por el usuario únicamente a sus explotaciones agrícolas, pesqueras, industriales, etc. Mantiene a este respecto la Sala que sin que la *ratio decidendi* de la sentencia recurrida, consistente en proclamar que al coincidir el precio de la opción de compra en su valor residual de una mensualidad de amortización sea un contrato de venta a plazos, y que ello pueda desvirtuar todo el contenido de los anteriores datos, puesto que no hay base legal ni lógica que establezca un parámetro para indicar la proporción que deba tener la opción de compra respecto al valor monetario del bien objeto del contrato de arrendamiento financiero también conocido con el nombre de leasing, no existiendo otros elementos que permitan afirmar el carácter simulado del contrato en cuestión y la existencia de una disimulada compraventa a plazos, no resulta suficiente para llegar a esa conclusión la cuantía del precio de la opción.

**RECHAZO AL PRINCIPIO IURA NOVIT CURIA.** (SENTENCIA DE 30 DE JULIO DE 1998.)

El Juzgado de Primera Instancia número 5 de los de Gijón en Sentencia de 13 de noviembre de 1992 desestima la demanda. La Audiencia Provincial de Oviedo (Sección 4.ª) en Sentencia de 9 de febrero de 1994 estima el recurso de apelación.

El recurso de casación no triunfa.

*Doctrina de la Sentencia.*—El *iura novit curia*, que es contrario al *da mihi factum daba tibi ius*, es el principio en virtud del cual se admite a los jueces aplicar normas jurídicas sustantivas no invocadas para decidir la cuestión de fondo y requiere como presupuestos inexcusables que no se altere la causa de pedir y que no produzca la aplicación del derecho no invocado indefensión a las partes. Paralelamente, se comenta la existencia de dos

corrientes doctrinales opuestas: una, permisiva de la división de locales por autorizarlo el Estatuto, y otra, de signo contrario; y es que la doctrina contenida en Resoluciones de la Dirección General de los Registros de 31 de agosto de 1981, de 26 de febrero de 1988 y sentencias del Tribunal Supremo de 4 de marzo de 1968, de 5 de mayo de 1986, de 27 de septiembre de 1991 y de 13 de octubre de 1981, entre otras, admiten que en la escritura de división horizontal se autorice a los propietarios la división o agrupación de los distintos locales y el derecho a levantar nuevas plantas, sin que las obras precisen autorización. Se recuerda el tenor del Estatuto en el que se autoriza la división y la comunicación de locales colindantes, así como construir chimeneas y tubos de ventilación, y que el contenido estatutario interpretado y teniendo en cuenta actos coetáneos y posteriores, le lleva a analizar las vicisitudes de las obras que no son creación caprichosa, arbitraria o especulativa, sino acomodadas a las necesidades de una demanda de plazas de garaje. Pero, en realidad, para la división de locales y construcción de plantas se exige, por parte de los artículos 8 y 11 de la Ley de Propiedad Horizontal, la aprobación de la Junta de Propietarios, y tal exigencia no puede ser sustituida por la de demoler las obras realizadas. Y es que para litigar sobre las obras se requiere un acuerdo unánime de la Junta exigiendo su demolición. La verdad es que quien, contra Ley y contra Estatutos, lleva a cabo alteraciones de elementos comunes, como las declaradas en nuestro caso, puede ser condenado en juicio como el presente, a instancia de la Comunidad, a restituir las cosas a su anterior estado sin que por ello sea calificable de ejercicio antisocial del derecho.

**SEGURO DE VIDA. INDEMNIZACION DEL 20 POR 100 POR DEMORA EN EL PAGO DEL CAPITAL ASEGURADO. (SENTENCIA DE 15 DE SEPTIEMBRE DE 1998.)**

El Juzgado de Primera Instancia número 2 de los de Ubeda en Sentencia de 30 de noviembre de 1993 estima la demanda. La Audiencia Provincial de Jaén en Sentencia de 18 de mayo de 1994 estima el recurso de apelación.

No prospera el recurso de casación.

*Hechos.*—El asegurado fallecido había contratado dos seguros independientes referentes al ramo de vida y que resultaron plasmados en dos pólizas individualizadas, y habiendo la entidad aseguradora «Hércules Hispano, S. A.», satisfecho el capital correspondiente a la primera, no atendió la segunda, que es la que debatió el pleito.

*Doctrina de la Sentencia.*—La tesis casacional se apoya en que el asegurado había suscrito un boletín de adhesión que entregó a la entidad bancaria que tramitaba el seguro colectivo para sus clientes, el que una vez gestionado se individualizaba en pólizas correspondientes para las personas que habían prestado su conformidad. La aseguradora recibió una segunda solicitud por fotocopia, que sostiene era duplicado, al habérsela remitido por dos veces, una el original y otra la copia, lo que determinó que, por consecuencia del proceso de mecanización de los datos, emitiera dos certificados de seguro que entregó al cliente mediante carta mailing, así como órdenes al Banco para que, en conformidad a la reglamentación de las pólizas, cargara en su cuenta

el importe de las primas a satisfacer. Así, llegamos a la conclusión de que la conducta contractual de la entidad aseguradora «Hércules Hispano, S. A.», tiene dos aspectos: uno positivo y otro negativo. El primero porque por intereses propios mantuvo los dos seguros que subsistirían en el tiempo, en tanto no se extinguieren, lo que no hubiese sucedido de no acontecer la tragedia del fallecimiento del asegurado y ello porque la aseguradora tenía pleno conocimiento de la existencia y eficacia de las dos pólizas, pues emitió recibos de cobro distintos para sus cargos bancarios y percibió las primas correspondientes, y el otro, pues desde la perspectiva de la negligencia e irresponsabilidad profesional en que incurrió, en ningún momento rehusó los referidos boletines, lo que impide la alegación por ella misma de su error, ya que, no sólo lo creó sino que lo sostuvo y consintió. En realidad, nos queda claro que a quien incumbía llevar a cabo las comprobaciones y cercioramientos necesarios que propiciaban su expedición, perfeccionamiento del contrato y aportación eficaz al tráfico jurídico era a la aseguradora y no lo hizo.

*LOS ARTICULOS 359 DE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL, 1.103 DEL CODIGO CIVIL Y 20 DE LA LEY 50/1980, DE 8 DE OCTUBRE, DEL CONTRATO DE SEGURO. INDEMNIZACION POR LESIONES CAUSADAS EN CASO DE RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL, CONCEDIDA AL MENOR PERJUDICADO CON EL RECARGO DEL 20 POR 100 DEL ARTICULO 20 DE LA CITADA LEY DEL CONTRATO DE SEGURO. (SENTENCIA DE 17 DE SEPTIEMBRE DE 1998.)*

El Juzgado de Primera Instancia número 1 de Móstoles en Sentencia de 31 de octubre de 1992 estima parcialmente la demanda. La Audiencia Provincial de Madrid (Sección 19.ª) en Sentencia de 16 de febrero de 1994 estima parcialmente también el recurso de apelación.

No triunfa el recurso de casación.

*Hechos.*—Los hijos del demandante y del demandado jugaban sin resultar vigilados, ya que sus respectivos padres se encontraban en la barra de un bar cuando ocurrió el accidente en el exterior del mismo, con motivo de manejar un juguete similar al tirador o tirachinas, denominado usualmente «tira huevos», que alcanzó con una piedra el ojo izquierdo del otro niño, causándole lesiones, para cuya cura tuvo un período total de 764 días, correspondiendo 60 a una situación de incapacidad absoluta, y los restantes 704 a una incapacidad parcial, pero quedándole como secuelas: afaquia del ojo izquierdo, estrabismo de ángulo variable, pupila fija cuyas repercusiones funcionales son una agudeza visual reducida a la mitad en el ojo lesionado, ausencia de acomodación para visión próxima y carencia de visión binocular. Es evidente que el accidente se produjo por «culpa *in vigilando*» de los padres, por lo que se debe tener en cuenta esa circunstancia, y la indemnización a establecer se debe graduar en relación a la desatención producida, por lo que el patrimonio del menor lesionado ha de ser indemnizado, haciendo recaer la sentencia sobre toda la responsabilidad en el padre de uno en beneficio del padre del otro.

*Doctrina de la Sentencia.*—El principio de la congruencia en las resoluciones judiciales que proclama el artículo 359 de la Ley de Enjuiciamiento Civil responde a la necesidad de que lo que en ellas quede resuelto, esté en concor-

dancia con lo solicitado por los litigantes, lo cual, no impone una acomodación absoluta sino una racional adecuación del fallo a los pedimentos instados por aquéllos, como así ha sido establecido de manera reiterada en la doctrina jurisprudencial de la Sala, y es indudable que una de las consecuencias del mencionado principio es la concerniente a la imposibilidad de conceder más de lo pedido, distinto a lo pedido o dejar sin decidir alguna petición, siendo en dicha manifestación en la que se apoya.

La doctrina jurisprudencial no hace sino reconocer la posibilidad de moderar la responsabilidad dimanada de actuaciones negligentes o culposas para aquellos supuestos de concurrencia de comportamientos carentes de la debida diligencia, es decir, reconocer, en definitiva, el principio compensatorio previsto en el artículo 1.103 del Código Civil, pero no cabe olvidar que, a tenor de la reiterada doctrina declarada por la Sala, que la facultad moderadora es de discrecional aplicación por los Juzgados y Tribunales y su uso depende de las circunstancias de cada caso particular, lo que supone que el empleo que se haga de la expresada facultad no es revisable en casación, decir que en la sentencia dictada se tuvo en cuenta el principio de compensación de culpas en sentido proporcional al entender que el padre del menor que portaba un juguete susceptible de crear una situación de riesgo habría de responder en mayor medida que el del menor lesionado, lo cual vino a comportar una efectiva aplicación del artículo 1.103 del Código Civil.

Paralelamente a lo antedicho, mantiene la Sala que el artículo 20 de la Ley 50/1980, de 8 de octubre, del Contrato de Seguro, establece la sanción del 20 por 100 de interés desde la fecha del siniestro, cuando no se haya indemnizado el importe del daño por causa no justificada o que le fuere imputable, manifestándose en la sentencia recurrida que infringe dicho artículo porque no se han efectuado requerimientos al perjudicado para lograr un acuerdo transaccional, siendo unánime la jurisprudencia en el sentido de no bastar el simple transcurso de los tres meses para que surja la obligación del referido pago, ya que tal «multa penitencial» sólo podría exigirse cuando el impago obedezca a causa no justificada o que le fuere imputable al asegurador. Y es que atendiendo a la propia redacción del precepto, los presupuestos que determinan su aplicación son la inexistencia de causa justificada o imputable al asegurador en orden a la reparación o indemnización del daño producido, y, en razón a su índole fáctica, la apreciación de su concurrencia entra de lleno en las facultades valorativas que corresponden a los Juzgados y Tribunales, por ello, no es posible examinar las circunstancias que pudieran desvirtuar semejante apreciación, especialmente cuando el error en la apreciación de la prueba quedó suprimido por la reforma llevada a cabo por la Ley 10/1992, de 30 de abril. En realidad, la meritada Sala no interpretó erróneamente el artículo 20 aludido, cuyo precepto, atendida su redacción es de aplicación general y el daño producido se encontraba comprendido en la cobertura del seguro concertado.

**PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN DIRECTA DEL TERCERO. EX ARTÍCULO 76 DE LA LEY DE SEGURO PRIVADO POR TRANSCURSO DE UN AÑO AL NO APLICARSE EL PLAZO DE LOS DOS AÑOS DEL ARTÍCULO 23. (SENTENCIA DE 19 DE SEPTIEMBRE DE 1998.)**

El Juzgado de Primera Instancia número 8 de Badajoz en Sentencia de 29 de septiembre de 1993 desestima la demanda. La Audiencia Provincial de

Badajoz (Sección 2.ª) en Sentencia de 18 de marzo de 1994 estima el recurso de apelación.

Prospera el recurso de casación.

*Base fáctica.*—Se promueve juicio de menor cuantía a instancia de la «Compañía Explotadora de Propiedades Inmobiliarias, S. A.» (CEPISA), contra «Truman Plast, S. A.», y «La Unión y el Fénix Español, S. A.», sobre reclamación de cantidad.

*Doctrina de la Sentencia.*—En virtud a que la reclamación que se plantea es entre el dueño de la nave y la aseguradora de la misma cuyo contrato de seguro lo hizo con el actual subarrendatario, también codemandado, está claro que no existe una relación contractual directa entre ambas partes, ya que la acción ejercitada se apoya en lo dispuesto en el artículo 76 de la Ley de Seguro Privado, esto es, la llamada acción directa, que puede todo perjudicado establecer con respecto al asegurador. Y tras admitirse esa posibilidad por la Ley del Contrato del Seguro, ninguna otra de las normas salvo expresa aplicación, pueden incluirse proyectables en la figura de ese perjudicado tercero, sobre todo, cuando las mismas están hasta *nominatum* referidas a las relaciones del asegurado y el asegurador y el plazo de prescripción del artículo 23 de la citada Ley, en caso alguno puede aplicarse a la reclamación postulada, ya que no se trata lo ejercitado de una acción del asegurado contra el asegurador, sino del perjudicado contra el seguro, y entonces como la reclamación se plantea por los cauces de la responsabilidad extracontractual, ex artículos 1.902 y siguientes, es evidente que se ha producido la prescripción. Y es que la posterior incorporación del supuesto de hecho determinante de la sanción contenida en el artículo 76 de la Ley de Seguro Privado, al conceder al perjudicado o tercero ésta denominada acción directa frente a la aseguradora, posibilita el pronto resarcimiento, en su caso, de sus perjuicios, a ello además coadyuva el deber del asegurado de informar o manifestar la de la existencia del seguro y es que por ser privilegiada la acción no venfa el tercero a asumir con todos sus efectos o alcance, la posición del asegurado en el tratamiento de esa normativa especial, sino que se repite su referencia o presencia a manera de subrogado habría de circunscribirse a los términos de aquella norma, sin por ello, ser posible cualquier otra extensión o asimilación en el régimen o prescripciones que esta legislación del seguro privado contempla o proyecta exclusivamente en la relación *inter partes* asegurado-aseguradora. Ejercitándose pues, una pretensión indemnizadora en base a lo dispuesto en los artículos 1.902 y siguientes del Código Civil, sería de aplicación el plazo preceptivo previsto en el artículo 1.968 del mismo cuerpo legal, plazo que debe operar en cuanto a su cómputo, a tenor de lo dispuesto en el artículo 1.969, desde el día en que pudo ejercitarse la acción.

**LA CESION DEL CONTRATO COMO FIGURA ATIPICA CREADA POR LA JURISPRUDENCIA Y LA DOCTRINA CIENTIFICA.** (SENTENCIA DE 19 DE SEPTIEMBRE DE 1998.)

El Juzgado de Primera Instancia número 6 de San Sebastián en Sentencia de 29 de abril de 1992 desestima la demanda. La Audiencia Provincial de San

Sebastián (Sección 2.ª) en Sentencia de 4 de octubre de 1993 estima parcialmente el recurso de apelación.

El recurso de casación triunfa.

*Hechos.*—En la presente litis surge inevitablemente la cesión de un contrato, figura permitida y regulada en el artículo 9 de la Ley del Contrato de Seguro de 8 de octubre de 1980, en la que aparece como cesionaria la parte ahora recurrida de una póliza de seguro suscrita al principio por el cedente que no tiene nada que ver con la contienda judicial que ahora se debate, con la entidad ahora recurrente y que dio su consentimiento posterior. Pues bien, al existir tal cesión, las cláusulas contractuales de tal póliza asegurativa estarían vigentes en toda su plenitud a pesar del cambio de partes contratantes habido y, consecuentemente, al haber quedado en ellas expresamente excluidas de su contenido las obras de reforma, de las que emana la pretensión de la parte actora, ahora recurrida, y en base a la teoría unitaria de la figura de la cesión del contrato, dicha exclusión seguirá vigente después de realizada la misma.

*Doctrina de la Sentencia.*—La cesión del contrato es una figura jurídica admitida plenamente en el derecho comparado de los países de nuestro entorno cultural y que no aparece regulado en nuestro derecho normativo, salvo en la Ley 513 de la Compilación de Navarra que la establece de una manera clara y concreta, y que desde luego, ha de tener un enorme valor interpretativo para la aplicación de tal figura en el derecho común. Dicha cesión del contrato, creación jurisprudencial y doctrinal, ante la ausencia de normas concretas y directas que la regulen tiene su base en el artículo 1.255 del Código Civil que proclama el principio de la libertad contractual que, a su vez, permite la modificación por la sola voluntad de las partes de la regulación normativa de todo tipo de contrato, y que no tendrá más límite que el que pueda efectuarse a través del parámetro ético con que se califique su causa.

#### **CONTRATO DE SUMINISTRO. DIFERENCIA DEL AVITUALLAMIENTO DE BUQUES. (SENTENCIA DE 21 DE SEPTIEMBRE DE 1998.)**

El Juzgado de Primera Instancia número 10 de Las Palmas de Gran Canaria en Sentencia de 19 de julio de 1993 estima la demanda. La Audiencia Provincial de Las Palmas (Sección 5.ª) en Sentencia de 16 de marzo de 1994 desestima el recurso de apelación.

No prospera el recurso de casación.

*Hechos.*—En nuestro caso el «suministro» no es facilitado para un viaje, sino que se repite varias veces (cinco, en concreto) en fechas que van desde el 27 de abril de 1990 al 11 de enero de 1991, y en distintos puertos, lo que convierte así las cargas de combustibles en operaciones de venta a crédito, sin fijar plazo de pago y susceptibles de ser calificadas de contrato de suministro con entregas sucesivas, que no cabe entenderlas comprendidas en el artículo 952 del Código de Comercio. Sentado esto, la vía adecuada es la aplicación a las operaciones de la presente litis, suministros a crédito, la ley civil y con ella dar eficacia a las interrupciones del lapso de prescripción por reclamaciones extrajudiciales —art. 1.973 del Código Civil— y el plazo general de las acciones derivadas del reconocimiento de deuda.

*Doctrina de la Sentencia.*—El único problema que se plantea es si la acción de reclamación del precio del combustible suministrado había o no prescrito cuando se ejercitó. Como ya la Sala tiene declarado en otras sentencias, el suministro de combustible para hacerse un buque a la mar está incluido en los conceptos de proporcionar pertrechos y avituallamiento de las naves, y es en principio incluíble en el artículo 952 del Código de Comercio, pero lo que no dice la Sala es que toda operación de suministro se integre dentro del citado precepto. En nuestra litis es cierto que, siendo comerciantes, ambas partes han de regir sus actos por el Código de Comercio, pero el artículo 2 de éste establece que los no especificados en el Código se regirán a falta de usos del comercio por las reglas del derecho común, criterio este que reitera el artículo 943 para las acciones que no tengan plazo determinado en el Código de Comercio.

**EL EFECTO DE LA NULIDAD ABSOLUTA PARA LOS CONTRATOS SIMULADOS CON SIMULACION ABSOLUTA. DOCTRINAS CIENTIFICA Y JURISPRUDENCIAL.** (SENTENCIA DE 21 DE SEPTIEMBRE DE 1998.)

El Juzgado de Primera Instancia número 4 de Talavera de la Reina en Sentencia de 28 de octubre de 1993 estima la demanda. La Audiencia Provincial de Toledo (Sección 2.<sup>a</sup>) en Sentencia de 13 de mayo de 1994 desestima el recurso de apelación.

No prospera el recurso de casación.

*Hechos.*—Se interesa la nulidad de unas escrituras públicas de compraventa y donación donde participaron los litigantes como vendedores y como donantes por tratarse de negocios jurídicos simulados y de exclusiva finalidad ilícita, en la que las partes pretenden crear una apariencia comercial encubridora de una situación real de verdadera simulación absoluta, puesto que se finge vender y donar para no aparecer como dueño, de manera que los negocios realizados se fundan en una causa falsa que provoca la nulidad de los contratos celebrados.

*Doctrina de la Sentencia.*—En realidad, las doctrinas científica y jurisprudencial expresan que las reglas generales relativas al contrato simulado se encuentran en el artículo 1.276 del Código Civil al tratar de la causa falsa. La ciencia jurídica afirma mayoritariamente que la figura de la simulación está basada en la presencia de una causa falsa y que la simulación absoluta se produce cuando se crea la apariencia de un contrato, pero, en verdad, no se desea que nazca y tenga vida jurídica; sostiene, también, que el contrato con simulación absoluta esté afectado de nulidad total, tanto por la tajante declaración del artículo 1.276, como por lo que disponen los artículos 1.275 y 1.261.3, relación con el 6.3, todos del Código Civil. Y la doctrina jurisprudencial ha declarado lo siguiente:

• Que es facultad peculiar del juzgador de instancia la estimación de los elementos de hecho sobre los que ha de basarse la declaración de existencia de la causa o de su falsedad o ilicitud (SSTS de 20 de octubre de 1966, 11 de mayo de 1970 y 11 de octubre de 1985, entre otras).

- Que la simulación es una cuestión de hecho sometida a la libre apreciación del juzgador de instancia (SSTS de 3 de junio de 1953, 23 de junio de 1962, 20 de enero de 1966, 3 de junio de 1968, 17 de noviembre de 1983, 14 de febrero de 1985, 5 de marzo de 1987, 16 de septiembre y 1 de julio de 1988, 12 de diciembre de 1991, 29 de julio de 1993 y 19 de junio de 1997).

- Que la simulación se revela por pruebas indiciarias que llevan al juzgador a la apreciación de su realidad (SSTS de 24 de abril de 1984 y 13 de octubre de 1987).

- Que la *simulatio nuda* es una mera apariencia engañosa (*substantia vero nullam*) carente de causa y urdida con determinada finalidad ajena al negocio que se finge (STS de 19 de julio de 1984).

- Que el contrato simulado se produce cuando no existe la causa que nominalmente se expresa, por responder a otra finalidad jurídica (STS de 1 de julio de 1988).

- Que la simulación implica un vicio en la causa negocial (STS de 18 de julio de 1989).

- Que en ningún sitio consta que no se puede declarar si no se prueba una finalidad defraudatoria (STS de 15 de marzo de 1995).

- Que el negocio con falta de causa es inexistente (STS de 23 de mayo de 1980).

- Que la falsedad de la causa equivale a su no existencia y produce también la nulidad del negocio en tanto no se pruebe la existencia de otra verdadera y lícita (STS de 21 de marzo de 1956).

- Que una de las formas utilizadas en la simulación absoluta es la disminución ficticia del patrimonio, con la sustracción de bienes a la inminente ejecución de los acreedores, pero conservando el falso enajenante el dominio (SSTS de 21 de abril y 4 de noviembre de 1964 y 2 de julio de 1982).

- Que la simulación absoluta da lugar a un negocio jurídico que carece de causa y éste es el caso de la compraventa en que no ha habido precio (SSTS de 24 de febrero y 16 de abril de 1986, 5 de marzo y 4 de mayo de 1987, 29 de septiembre de 1988, 29 de septiembre de 1989, 1 de octubre de 1990, 1 de octubre de 1991, 24 de octubre de 1992, 7 de febrero de 1994, 24 de mayo de 1995 y 26 de marzo de 1997).

- Hay inexistencia de contrato de compraventa por falta de causa al ser simulado el precio, con la finalidad de sustraer un bien patrimonial a la perseguibilidad de los acreedores de los vendedores (STS de 29 de septiembre de 1988).

#### CONSTRUCCION. RECLAMACION DEL PRECIO Y DEDUCCION POR DEFECTOS EN LA OBRA. (SENTENCIA DE 24 DE SEPTIEMBRE DE 1998.)

El Juzgado de Primera Instancia número 2 de Estepona en Sentencia de 6 de octubre de 1993 estima la demanda. La Audiencia Provincial de Málaga (Sección 5.ª) en Sentencia de 23 de mayo de 1994 estima en parte el recurso de apelación.

El recurso de casación no prospera.

*Objeto de la litis.*—Concurrencia de defectos constructivos en la obra contratada imputables en parte a una ejecución imperfecta y en parte no.

*Doctrina de la Sentencia.*—A la vista de lo expuesto y en base a la compensación a la que tiene derecho la parte recurrente, le asiste la facultad a la misma *de retener* parte de la suma reclamante por lo que procede a la rebaja del precio total que el actor del pleito solicita le sea reconocido y satisfecho el importe del 5 por 100 como retención de las certificaciones pendientes de abono y que las partes habfan convenido en tanto no fuesen reparados los defectos. Así, el precepto en el que se basa la impugnación se refiere a la situación DE MORA en las obligaciones recíprocas y aparece recogido en el párrafo último del artículo 1.100 del Código Civil. Tal disposición opera respecto del deudor cuando éste incurre en retraso contrario a derecho de la prestación que le incumbe por causas a él imputables, dejando de tener efectividad en los supuestos en lo que la contraparte no ha cumplido con las obligaciones asumidas contractualmente, y de esta manera la mora del deudor se extingue por concurrir mora en el acreedor —compensación de la mora—. Es doctrina de la Sala la que mantiene que para que proceda el estimar la morosidad de las obligaciones consistentes en pago de cantidad es necesario plantear judicialmente la determinación de su importe y tratándose de obras defectuosas el derecho del propietario se concreta en vía reparatoria a solicitar la realización de las operaciones constructivas correctoras necesarias o bien mediante la reducción del precio.

I. M. G.

## 2. DERECHO MERCANTIL

Por RAMÓN SÁNCHEZ DE FRUTOS

### I. REGISTRO MERCANTIL

**LOS ARTICULOS 20.1 DEL CODIGO DE COMERCIO Y 7 DEL REGLAMENTO DEL REGISTRO MERCANTIL UNICAMENTE AMPARAN EL HECHO ESTRICTO INSCRITO EN EL MISMO.** (SENTENCIA DE 6 DE FEBRERO DE 1998.)

En la inscripción efectuada en el Registro Mercantil consta que en la nueva Sociedad no aparecen, para nada, partidas, conceptos o estado de cuentas en los activos y pasivos de la referida sociedad que pudieran indicar, ni siquiera colateralmente, que el montante de la deuda de los demandantes se encontraba incluido en dichos conceptos, de conformidad con la doctrina jurisprudencial contenida en la Resolución de la Dirección General de los Registros del 24 de diciembre de 1948 y Sentencia de esta Sala de 6 de abril de 1984.

### II. SOCIEDADES

General

**POSIBILIDAD DE LEVANTAR EL VELO DE LA PERSONALIDAD.** (SENTENCIA DE 25 DE OCTUBRE DE 1997.)

Con arreglo a la doctrina de esta Sala, en ciertos casos y circunstancias, es permisible entrar en el *substratum* personal de las entidades o sociedades a las que la ley confiere personalidad jurídica propia, con el fin de evitar que, al socaire de esa ficción o forma legal —de respeto obligado, por supuesto—, se puedan perjudicar ya intereses privados o públicos, o bien, ser utilizada como vehículo de fraude (Sentencias de 28 de mayo de 1984, 16 de julio de 1987, 25 de enero, 24 de octubre y 24 de diciembre de 1988, 16 de octubre de 1989, 15 de abril de 1992, 12 de febrero de 1993, 9 de octubre de 1995, entre otras).

**LEVANTAMIENTO DEL VELO DE LA PERSONALIDAD.** (SENTENCIA DE 9 DE NOVIEMBRE DE 1998.)

Con arreglo a la consolidada doctrina de esta Sala acerca de la teoría del «levantamiento del velo de la personalidad», en ciertos casos y circunstancias es permisible entrar en el *substratum* personal de las entidades o sociedades a las que la ley confiere personalidad jurídica propia, con el fin de evitar que, al socaire de esa ficción o forma legal —de respeto obligado, por supuesto—, se puedan perjudicar ya intereses privados o públicos, o bien, ser utilizada como vehículo de fraude (Sentencias de 28 de mayo de 1984, 25 de enero, 24 de octubre y 24 de diciembre de 1988, 16 de octubre de 1989, 15 de abril de 1992, 12 de febrero de 1993, 9 de octubre de 1995, 31 de octubre de 1996, 25 de octubre de 1997, entre otras muchas), dentro de cuya doctrina jurisprudencial es plenamente subsumible el presente supuesto litigioso, en el que aparecen confundidas la personalidad de los esposos demandados, y la de la codemandada entidad mercantil.

**SOCIEDAD IRREGULAR Y CONTRATO DE CUENTAS EN PARTICIPACION.** (SENTENCIA DE 5 DE FEBRERO DE 1998.)

Para que se hubiera definido un contrato de cuentas en participación es preciso que el negocio continuara perteneciendo privativamente al gestor-propietario y que éste hiciera suyas las aportaciones efectuadas por el participante que no tendrá en el negocio intervención alguna (Sentencia de 24 de abril de 1975), salvo en la percepción, en su caso, de las ganancias obtenidas (Sentencia de 4 de diciembre de 1992).

Y todo lo contrario, en el negocio o contrato plasmado en documento privado se crea un fondo común de actividades y bienes, sustentados en una *afectio societatis* y con una finalidad lucrativa; lo cual constituye, por no haberse plasmado con las formalidades que exige la Ley, una verdadera sociedad irregular a la que deberán aplicarse las normas que regulan la comunidad de bienes —arts. 1.669-2 en relación con los arts. 392 y siguientes, todos ellos del Código Civil— según doctrina jurisprudencial emanada de las sentencias de esta Sala, que se inicia con la de fecha 18 de noviembre de 1927.

## A) Anónimas

**LA REVERSION DE DONACION DE ACCIONES NO SE EXTIENDE A LAS SUSCRITAS POR EL DONATARIO EN EJERCICIO DE SUSCRIPCION PREFERENTE Y CON CARGO A SU PROPIO PATRIMONIO.** (SENTENCIA DE 20 DE NOVIEMBRE DE 1997.)

La reversión impuesta al donatario no se extiende a las acciones adquiridas por aquél ejercitando el derecho de suscripción preferente derivado de las acciones que le fueron donadas, pagando el importe de esas nuevas acciones con sus bienes propios, siendo las acciones así adquiridas de la libre y plena propiedad del donatario.

**LA COMPETENCIA DE LA ACCION DE RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES CORRESPONDE AL JUZGADO DEL DOMICILIO SOCIAL DE LA SOCIEDAD ANONIMA.** (SENTENCIA DE 17 DE NOVIEMBRE DE 1997.)

**JUNTA UNIVERSAL. ACCIONES REPRESENTADAS. REQUISITOS.** (SENTENCIA DE 23 DE DICIEMBRE DE 1997.)

Además de la concurrencia de todo el capital social, de conformidad con el artículo 99 de la Ley de Sociedades Anónimas, es necesario conste la voluntad de celebrar Junta Universal.

El artículo 100 de la Ley de Sociedades Anónimas merece una interpretación integradora, distinguiendo: Si la Junta se celebra sin ninguna precedente convocatoria, sino que ésta acaece *in actu*, esa unanimidad duplicada será suficiente para su celebración, por cuanto se presupone que los accionistas conocen de antemano los asuntos a tratar; pero si ha precedido una convocatoria de Junta extraordinaria con un anticipado Orden del día y con una parte de acciones representadas, aquella doble exigencia determina la conformidad para ser Junta Universal y además los representantes demuestren que también se extiende su mandato a los asuntos a tratar (Sentencia de 8 de mayo de 1962).

NOTA: Ver la siguiente Sentencia de 14 de marzo de 1998.

**JUNTA UNIVERSAL. ASISTENCIA POR MEDIO DE REPRESENTANTE.** (SENTENCIA DE 14 DE MARZO DE 1998.)

La Sentencia de 17 de febrero de 1992 recoge la doctrina jurisprudencial acerca de la representación en Junta Universal de accionistas y así señala como se establece «en la Sentencia de 8 de mayo de 1962 que la representación no puede producirse en una reunión no precedida de convocatoria alguna ni de orden del día, a menos de resultar acreditado que quien otorga la representación tuvo conocimiento previo de la pretensión de constituir la Junta y de los asuntos a dilucidar y que con ese antecedente confirió la representación para dicho acto con la conformidad escrita, de tal manera que se cumplen los requisitos del artículo 55 (evidentemente referido a la Ley anterior), según la Dirección General de los Registros, haciendo constar bajo la fe

del secretario que está representada la totalidad del capital y que los socios han acordado por unanimidad constituirse en Junta, sin necesidad de hacer constar en acta la lista de asistentes; y en idéntico sentido se pronuncia la Sentencia de 14 de febrero de 1989, que cita las de 27 de marzo de 1957 y 6 de julio de 1973, ...desprendiéndose de la Sentencia de 30 de mayo de 1975, que es válida la representación para asistir a una Junta Universal, aunque se incumpla el artículo 53, si se tuvo noticia fidedigna del Orden del día, se pudo hacer uso del derecho de información y se tuvieron los elementos precisos para dar al apoderado las órdenes pertinentes para la emisión del voto»; doctrina que se reitera en Sentencia de 23 de diciembre de 1997 cuando, refiriéndose a la celebración de la Junta Universal, afirma que «si esa celebración se verifica sin ninguna precedente convocatoria, sino que ésta acaece según repetido artículo 100 (debe querer decir el 99), *in actu*, en cuyo caso esa suerte de unanimidad duplicada será suficiente, o sea, todos los accionistas así lo deciden, en cuanto que presentes en el acto así lo acuerdan, por lo que, entonces, se presume que, de antemano, saben los asuntos de que se va a tratar o están conformes en que así se actúe, pues, en otro caso, pueden discrepar y no aceptar por ignorar esos asuntos, y ello con independencia de cuál sea el resultado de la posterior votación; es claro que en esta hipótesis, si algún sector del capital social estuviese representado, debía el representante acreditar que está autorizado para aquella conformidad *ex novo* pues, de lo contrario, no podría en nombre del representado, consentir en esa Junta Universal».

Por mucha que sea la laxitud con que se interprete la concurrencia de los requisitos exigidos para la constitución de la Junta Universal de accionistas en las llamadas «sociedades familiares», ello no puede llevar al extremo de obviar unos mínimos requisitos en materia de representación de los socios, cuestionándose por la doctrina mayoritaria la posibilidad de eludir el requisito de la representación por escrito, al amparo del artículo 108 de la Ley, sobre todo en relación con los hermanos..., siendo así que el artículo 108 sólo permite la «representación familiar» por el cónyuge o por ascendientes o descendientes, por lo que no es admisible una interpretación de la norma que la haga extensiva a los hermanos, sin que, por otra parte, resulte acreditado que el representante ostentase un poder general con las facultades a que se refiere el artículo 108, otorgado por sus hermanos que le permitiese actuar en su representación.

**QUORUM NECESARIO EN LA MODIFICACION DE ESTATUTOS CON OCA-  
SION DE ADAPTACION A LA NUEVA LEY. (SENTENCIA DE 18 DE MARZO DE  
1998.)**

La cuestión jurídica que se plantea es: Si la Junta adaptó sus Estatutos a la nueva Ley de Sociedades Anónimas, bastaba el acuerdo favorable de la mayoría, más del 50 por 100 del capital, según la Disposición Transitoria quinta en su remisión al artículo 103 de la Ley; si la Junta, además, hizo modificaciones que no entraban en el concepto de aquella adaptación, se exigía la mayoría reforzada que establecía el artículo XVIII de sus antiguos Estatutos, de dos tercios del capital desembolsado: En el caso presente se obtuvo la primera mayoría, no la segunda. Así, si se considera que se aprovechó una obligatoria adaptación para modificar los Estatutos, el acuerdo

debe ser anulado; si se entiende que no hubo más que una adaptación, el acuerdo es válido.

En este tema debe partirse del *principio de flexibilidad* en la adaptación de los Estatutos de una sociedad anónima a la nueva Ley. Es una exigencia legal, inexorable y con sanciones por su incumplimiento y, ante la misma, las sociedades deben hacer las adaptaciones precisas para seguir actuando en el ámbito mercantil, sin especiales ni detalladas minucias en los textos concretos que se aprueben por mayoría (art. 103 de la Ley, por su remisión de la Disposición Transitoria quinta). Lo cual significa que tan sólo aquellos acuerdos que de una forma sustancial y trascendental modifiquen los Estatutos, yendo más allá de la adaptación a la nueva Ley, pueden ser considerados como tales, con la grave consecuencia, en el presente caso, de dar lugar a la anulación de los mismos.

A la vista de lo dispuesto en el artículo 115.2 de la LSA debe entenderse que no se trataría de acuerdos contrarios a la Ley, sino contrarios al artículo XVIII de los Estatutos vigentes en aquel momento y, por tanto, anulables.

**LA IMPUGNACION JUDICIAL DE ACUERDOS SOCIALES IMPIDE SU CONVALIDACION POSTERIOR. EL DIRECTOR GERENTE PREVISTO EN LOS ESTATUTOS SOCIALES ES CONSIDERADO ORGANO DE ADMINISTRACION. MODIFICACION DE OBJETO SOCIAL Y MODIFICACION DE ESTATUTOS. CAMBIO DE DOMICILIO SOCIAL DENTRO DEL TERMINO MUNICIPAL ACORDADO POR LA JUNTA GENERAL DE ACCIONISTAS. (SENTENCIA DE 20 DE OCTUBRE DE 1998.)**

El párrafo primero del apartado 3 del artículo 155 de la vigente Ley de Sociedades Anónimas, lo que preceptúa es que «no procederá la impugnación de un acuerdo social cuando haya sido dejado sin efecto o sustituido válidamente por otro», pero lo que no establece, ni expresa, ni tácitamente, es que, iniciado ya un proceso de impugnación de un determinado acuerdo social, pueda la sociedad afectada, por su propia y exclusiva iniciativa, en una Junta posterior, ratificar o tratar de convalidar el aludido acuerdo que está siendo objeto de impugnación en un proceso ya en tramitación, pues ello entrañaría una clara y unilateral violación del principio *ut lite pendente nihil innovetur*, con la consiguiente y grave conculcación de la seguridad jurídica por la que todo proceso ha de estar presidido. Iniciado ya un proceso de impugnación de un acuerdo social, la única posibilidad procesal que cabe, y así lo establece expresamente el párrafo segundo del apartado 3 del artículo 115 de la referida Ley, es la de que, a petición de parte, como es obvio, y siempre en el momento procesal oportuno (que no puede ser otro que la comparecencia que regulan los arts. 691 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil) pueda el juez suspender el trámite del proceso y otorgar un plazo razonable para que pueda ser subsanada la causa de impugnación, en el caso de que fuera posible la eliminación de la misma.

En un caso idéntico al presente, aunque sometido a la anterior Ley de Sociedades Anónimas de 1951, ya esta Sala ha tenido ocasión de pronunciarse en la Sentencia de 26 de enero de 1993, en la que sienta la doctrina de que «las vulneraciones habidas no pueden convalidarse por los acuerdos adoptados en Junta posterior que expresamente ratifica los acuerdos adoptados en otra que están impugnados... pues sabido es que en relación con el objeto del

proceso carecen de eficacia las innovaciones que después de iniciado el juicio introduzca el demandado o un tercero en el estado de los hechos o de las personas o de las cosas que hubieren dado origen a la demanda, conforme al principio *ut lite pendente nihil innovetur*.

Cuando el cargo de director-gerente se halla previsto y regulado en los Estatutos sociales de la sociedad anónima respectiva, el mismo es considerado como un órgano de administración, según ya declaró esta Sala en Sentencia de 30 de abril de 1971. Por otro lado, es también reiterada y uniforme doctrina de esta Sala, proclamada al interpretar el artículo 75 de la anterior Ley de Sociedades Anónimas de 17 de julio de 1951, cuyo precepto tiene exactamente el mismo contenido normativo que el artículo 131 de la vigente Ley, la de que la Junta puede acordar en cualquier momento el cese de los administradores, aunque ello no se hubiera incluido en el orden del día de la convocatoria. Al ser el director-gerente estatutario un órgano de administración, es evidente que al acuerdo de cese del mismo le es aplicable la antes expresada doctrina de esta Sala.

Según las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 8 de junio de 1992, 18 de agosto y 11 de noviembre de 1993, no se produce modificación o ampliación del objeto social de una sociedad anónima cuando, al adaptar sus estatutos sociales a la nueva normativa de dichas sociedades, la nueva redacción que se dé a los mismos se limita estricta y exclusivamente a concretar, con la debida y necesaria especificación, las actividades que integran el expresado objeto social.

Si el cambio de domicilio social dentro del mismo término municipal no exige siquiera acuerdo de la Junta general, sino que es facultad que (salvo disposición contraria de los estatutos) corresponde a los administradores de la sociedad, según establece expresamente el artículo 149.1 de la vigente Ley de Sociedades Anónimas, es evidente que dicho cambio de domicilio social dentro del mismo término municipal puede acordarlo la junta general, aunque dicho extremo no se hubiera incluido expresamente dentro del orden del día de la convocatoria.

**IMPUGNACION DE ACUERDOS SOCIALES. DERECHO DE INFORMACION DEL ACCIONISTA. LAS CUENTAS ANUALES HAN DE MOSTRAR FIELMENTE EL PATRIMONIO SOCIAL, LA SITUACION FINANCIERA Y LOS RESULTADOS. (SENTENCIA DE 15 DE DICIEMBRE DE 1998.)**

Son varios los preceptos de nuestro derecho positivo que consagran el básico derecho de información del accionista. La conculcación de cualquiera de ellos provocará la nulidad de los acuerdos sociales respectivos, según preconiza el artículo 115 de la Ley de Sociedades Anónimas.

Existe una consagración muy generosa de este derecho en el artículo 112 de la Ley de Sociedades Anónimas, al establecer que los accionistas podrán solicitar por escrito con anterioridad a la reunión de la junta los *informes o aclaraciones* que *estimen* precisos acerca de los asuntos comprendidos en el orden del día, estando los administradores obligados a proporcionárselos, salvo en los casos en que la publicidad de los datos solicitados perjudique a los intereses sociales.

El derecho de información se corrobora en el artículo 212 de la Ley de Sociedades Anónimas, que faculta al accionista para recabar de la sociedad

*documentos* que han de ser sometidos a la aprobación de la Junta y que se refieran a las cuentas anuales.

Muy rotundo es el artículo 173 del Código de Comercio: «Los gerentes o administradores de las compañías mercantiles no podrán negar a los socios el examen de *todos* los documentos comprobantes de los balances que se formen para manifestar el estado de la administración social».

El artículo 115 de la Ley de Sociedades Anónimas es categórico: «Serán nulos los acuerdos contrarios a la Ley»; esta norma es un trasunto moderno del artículo 6.º del Código Civil, que, también drásticamente preconiza una nulidad radical para los negocios jurídicos que vulneran las normas, cuando dice: «Los actos contrarios a las normas imperativas y a las prohibitivas son nulos de pleno derecho...»

Con referencia a las cuentas anuales (balance, cuenta de pérdidas y ganancias, y la memoria) el artículo 172 de la Ley de Sociedades Anónimas exige que muestren la imagen fiel del patrimonio, de la situación financiera y de los resultados de la sociedad.

#### **DERECHO DE INFORMACION ANTES DE LA JUNTA Y EN ESTA. (SENTENCIA DE 13 DE NOVIEMBRE DE 1998.)**

Dice la Sentencia de 15 de noviembre de 1994 que «el artículo 212.2 de la vigente Ley de Sociedades Anónimas otorga el derecho a obtener de la sociedad, de forma inmediata y gratuita, los documentos que han de ser sometidos a la aprobación de la Junta y el informe de los auditores de cuentas, y ello con la finalidad de que los socios puedan obtener un conocimiento más completo de la marcha de la sociedad y puedan emitir su voto con un más fundado conocimiento de causa», derecho de información que el artículo 112 impone en un doble sentido como previo, con la posibilidad de solicitar aclaración, a la Junta y en la misma Junta, «pues la claridad y transparencia son bases ineludibles del aval de la Junta a la gestión de los administradores de la sociedad» (Sentencia de 23 de junio de 1995).

#### **RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES FRENTE A LOS SOCIOS. (SENTENCIA DE 5 DE NOVIEMBRE DE 1997.)**

Los socios componentes de una sociedad anónima carecen de legitimación para pedir la nulidad absoluta de los negocios jurídicos llevados a cabo por su administrador único en uso de sus poderes: Tienen la condición de socios perjudicados por cuanto forman parte de la sociedad, pero no la de terceros perjudicados; tienen para reparar el perjuicio el artículo 134 de la Ley de Sociedades Anónimas.

Ver la sentencia siguiente.

#### **RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES FRENTE A LOS SOCIOS. (SENTENCIA DE 21 DE NOVIEMBRE DE 1997.)**

Los socios carecen de legitimación para pedir la nulidad de los negocios jurídicos concertados por el Administrador único, dentro del ámbito de sus

facultades, al hallarse integrados en la personalidad jurídica social, todos ellos son parte en los contratos celebrados por el representante del ente social y, por ello, no cabe reconocer a los socios la condición de terceros para instar la nulidad radical o de pleno derecho. El interés de los socios queda salvaguardado mediante las acciones de responsabilidad que pueden ejercitar frente a los administradores.

Ver la sentencia anterior.

**RESPONSABILIDAD SOLIDARIA DEL ADMINISTRADOR DE LA SOCIEDAD ANONIMA POR PERDIDAS.** (SENTENCIA DE 3 DE ABRIL DE 1998.)

Para que exista una responsabilidad solidaria de los administradores de una sociedad anónima, según los artículos 262-5.º en relación con el 260-4.º de la Ley, es preciso que se den dos requisitos: *a)* que por consecuencia de pérdidas dejen reducido el patrimonio a una cantidad inferior a la mitad del capital social, a no ser que éste se aumente o se reduzca en la medida suficiente, y *b)* que dichos administradores no cumplan con la obligación de convocar en el plazo de dos meses la Junta general.

**RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES DE SOCIEDAD ANONIMA.** (SENTENCIA DE 3 DE JULIO DE 1998.)

De conformidad con los artículos 133 y 135 de la Ley de Sociedades Anónimas, existe responsabilidad de los administradores cuando, con sus actos, benefician a sus sociedades instrumentales.

**SOCIEDAD ANONIMA DEPORTIVA. SITUACION DE LOS SOCIOS.** (SENTENCIA DE 16 DE DICIEMBRE DE 1997.)

Transformada una asociación deportiva en sociedad anónima deportiva, no se pueden convertir los antiguos socios del ente deportivo en actuales accionistas del anónimo. El asunto está sujeto a la jurisdicción civil ordinaria y no a las normas administrativas; aparte de que según la Exposición de Motivos de la Ley General de Cultura Física y Deportiva de 31 de marzo de 1980 no son aplicables las disposiciones administrativas.

**LUGAR DE CELEBRACION DE LA JUNTA GENERAL.** (SENTENCIA DE 17 DE DICIEMBRE DE 1997.)

El artículo 63 (de la Ley de 1951, 109.1 de la actual) establece que las Juntas generales de la sociedad anónima se celebrarán en la localidad donde tenga su domicilio; dicho precepto es de carácter imperativo, y por tanto, de inexcusable cumplimiento, como ha tenido ocasión de reiterar esta Sala, que sólo admite la excepción de que la Junta sea celebrada con el carácter de universal. La infracción comporta la nulidad por aplicación del artículo 6.3 del Código Civil.

**CENSORES DE CUENTAS. SU INTERVENCION ES PRECISA PARA LA VALIDEZ DE LOS ACUERDOS TOMADOS POR LA JUNTA GENERAL DE ACCIONISTAS DE LAS SOCIEDADES ANONIMAS. (SENTENCIA DE 9 DE JULIO DE 1998.)**

Existe doctrina jurisprudencial de esta Sala, principalmente recogida en las Sentencias de 4 de abril y 31 de marzo de 1984 y 4 de marzo de 1985, que determina que la actuación de los accionistas censores de cuentas está sometida a normas de derecho necesario, por cuanto se trata de un órgano imprescindible para la fiscalización y censura de la gestión social mediante el estudio y la revisión del balance y las cuentas de cada ejercicio.

La figura del accionista censor de cuentas, en la nueva normativa, denominado auditor, es imprescindible para poder determinar el estado de la contabilidad de la sociedad y en general la situación económica, financiera y social de la misma, y que esa determinación pueda ser informada a todos los accionistas, o sea, que la actuación de dichos censores es necesaria y precisa para evitar la perversidad que supone la falta de concreción de la situación de una sociedad, no sólo para los accionistas propietarios de la misma, sino, incluso, para terceros.

**POSIBILIDAD DE SOMETER A ARBITRAJE LA IMPUGNACION DE ACUERDOS SOCIALES Y NULIDAD DE JUNTA. (SENTENCIA DE 18 DE ABRIL DE 1998.)**

La validez de la sumisión a arbitraje en cláusula estatutaria es mantenida por esta Sala, pese a que en los últimos tiempos, ciertas posiciones doctrinales lo han discutido. Posición que también ha sido compartida por la Dirección General de los Registros y del Notariado en Resolución de 19 de febrero de 1998, que emplea una argumentación que se acepta plenamente por esta Sala: *si se configura como estatutario* (el convenio arbitral) *y se inscribe, vincula a los socios presentes y futuros. El convenio arbitral inscrito configura la posición de socio, el complejo de derechos y obligaciones que configuran esa posición, en cuyo caso toda novación subjetiva de la posición de socio provoca una subrogación en la del anterior, aunque limitado a las controversias derivadas de la relación societaria.*

La posibilidad de someter a arbitraje la nulidad de la Junta general y la impugnación de acuerdos sociales fue admitida por esta Sala en Sentencias de 26 de abril de 1905 y 9 de julio de 1907; la Sentencia de 15 de octubre de 1956 cambió de criterio y negó aquella posibilidad, que fue reiterado por las Sentencias de 27 de enero de 1968, 21 de mayo de 1970 y 15 de octubre de 1971; actualmente, tras las reformas legales, tanto de la legislación de arbitraje como de la societaria, esta Sala estima que, en principio, no quedan excluidas del arbitraje y, por tanto, del convenio arbitral la nulidad de la Junta de accionistas ni la impugnación de acuerdos sociales; sin perjuicio de que si algún extremo está fuera del poder de disposición de las partes, no pueden los árbitros pronunciarse sobre el mismo, so pena de ver anulado total o parcialmente su laudo. Se tienen en cuenta varios argumentos: La impugnación de acuerdos sociales está regida por normas de *ius cogens*, pero el convenio arbitral no alcanza a las mismas, sino al cauce procesal de resolverlas; el carácter imperativo de las normas que regulan la impugnación de acuerdos sociales no empece el carácter negocial y, por

tanto, dispositivo de los mismos; no son motivos para excluir el arbitraje en este tema, ni el artículo 22 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que se refiere a jurisdicción nacional frente a la extranjera, ni el artículo 118 de la Ley de Sociedades Anónimas, que se refiere a competencia territorial, ni se puede alegar, bajo ningún concepto, el orden público, como excluyente del arbitraje.

***NULIDAD DE ACUERDOS SOCIALES POR FALTA DE OPINION DE LOS AUDITORES SOBRE LA CUENTA DE PERDIDAS Y GANANCIAS.*** (SENTENCIA DE 11 DE NOVIEMBRE DE 1998.)

El informe de auditoría sólo se pronuncia, y además de manera no tajante, sobre el balance de situación, pero no sobre la cuenta de pérdidas y ganancias. Esta situación es equiparable a una falta de auditoría sobre uno de los puntos esenciales sobre los que la Junta general ha de votar. El artículo 203 de la Ley de Sociedades Anónimas dispone en su apartado 1 que «las cuentas anuales y el informe de gestión deberán ser revisados por auditores de cuentas». Entre aquéllas figura en lugar destacadísimo la de pérdidas y ganancias (arts. 189-192 de la Ley), que es documento distinto del balance (arts. 171 a 188).

***MODIFICACION DE ESTATUTOS. QUORUM ESTATUTARIO.*** (SENTENCIA DE 10 DE DICIEMBRE DE 1998.)

Reconocido que conforme a los estatutos de la entidad, cualquier modificación estatutaria se exige que se realice con el voto de los dos tercios de los socios, y que la votación de los cambios estatutarios se realizó a mano alzada por acuerdo de *la mayoría simple*, es claro que ese acuerdo de la mayoría simple, en caso alguno, puede equivaler a los exigibles votos de los dos tercios de los afiliados socios, ya que la mayoría simple de los votantes no puede equivaler a ese porcentaje de «afiliados».

B) Limitadas

***FALTA DE RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES EN CASO DE INCUMPLIMIENTO DE UN CONTRATO POR LA SOCIEDAD.*** (SENTENCIA DE 2 DE JULIO DE 1998.)

El artículo 13 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada de 17 de julio de 1953, no extiende la responsabilidad de los administradores por los actos derivados de un negocio iniciado con anterioridad por uno de ellos a título individual, ni es un acto de gestión doloso, ilegal o una negligencia grave para con un acreedor social, que acepta a su entera satisfacción los contratos en curso al constituirse la sociedad.

Que una sociedad no cumpla un contrato no significa que haya que condenar por ese simple hecho a sus administradores por negligencia en el desempeño de sus cargos.

*IMPUGNACION DE ACUERDOS SOCIALES. HA DE CONSTAR EN ACTA LA OPOSICION, SI BIEN NO ES NECESARIO LO SEA LITERALMENTE.* (SENTENCIA DE 18 DE SEPTIEMBRE DE 1998.)

La legitimación para impugnar un acuerdo social anulable se atribuye, entre otros, por el artículo 117.2 de la Ley de Sociedades Anónimas, aplicable por el artículo 15 de la Ley de 17 de julio de 1953, de Sociedades de Responsabilidad Limitada, a los *accionistas asistentes a la junta que hubiesen hecho constar en acta su oposición al acuerdo*. No es suficiente votar en contra del mismo, ni perder una votación. Ha de constar en acta la oposición al acuerdo, si bien no es preciso que conste literalmente, como si fuera una fórmula sacramental, sino que es suficiente que conste.

C) Colectivas

*SOCIEDAD IRREGULAR DE CARACTER MERCANTIL: LO ES LA DEDICACION POR LAS PARTES A NEGOCIO DE GARAJE Y REPARACION DE VEHICULOS, Y SE RIGE POR LAS NORMAS DE LA SOCIEDAD COLECTIVA.* (SENTENCIA DE 14 DE ABRIL DE 1998.)

D) Cooperativas

*EXTINCION POR FALTA DE ADAPTACION.* (SENTENCIA DE 31 DE DICIEMBRE DE 1997.)

En las Cooperativas de Consumidores y Usuarios la falta de adaptación en el plazo de los dos años que señala la Disposición Transitoria tercera de la Ley General de Cooperativas de 2 de abril de 1987, lleva consigo la disolución de pleno derecho, entrando el período de liquidación.

*EXPULSION DE UN SOCIO POR FALTA GRAVE O MUY GRAVE.* (SENTENCIA DE 5 DE FEBRERO DE 1998.)

Resulta irrelevante la distinta calificación que mereciesen las faltas para la Ley General de Cooperativas de 1974 o para la de 2 de abril de 1987, pues lo esencial es que el mismo acto o conducta estuviese contemplado como sancionable en una y otra.

*FECHA DESDE LA QUE LA BAJA VOLUNTARIA DE LOS SOCIOS PRODUCE EFECTOS. JUSTIFICACION DE LA BAJA.* (SENTENCIA DE 16 DE MARZO DE 1998.)

La cuestión es si la baja voluntaria de un socio de una Cooperativa (supuesto el total cumplimiento del plazo de su permanencia obligatoria en la misma) se produce automáticamente por el solo hecho y en la misma fecha de su manifestación de voluntad en tal sentido, dirigida a la Cooperativa, o si, por el contrario, para que tal baja voluntaria se produzca, ha de cumplirse

necesariamente antes, en todo caso, el plazo de preaviso legal y estatutariamente establecido, de tal modo que, durante la vigencia o transcurso del expresado plazo de preaviso, no obstante su petición o manifestación de baja voluntaria, continúa siendo considerado como socio activo de la Cooperativa, con todas y las mismas obligaciones sociales exigibles a cualquier otro socio. De los artículos 32 y 80 de la Ley General de Cooperativas de 2 de abril de 1987, se desprende que la baja voluntaria de un socio de la Cooperativa (supuesto, repetimos, el total cumplimiento del compromiso de permanencia obligatoria en la misma) se produce automáticamente en el momento y desde la fecha mismos en que el socio comunica a la Cooperativa su voluntad en tal sentido, con las dos únicas limitaciones siguientes: 1.ª El incumplimiento del plazo de preaviso dará lugar a la correspondiente indemnización de daños y perjuicios en favor de la Cooperativa y a cargo del socio que causa baja sin el preaviso. 2.ª La baja se entenderá producida al término del plazo del preaviso únicamente a los efectos previstos en el artículo 80 de la Ley.

La facultad de la Cooperativa (su Consejo Rector) de calificar justificada o no la baja voluntaria de un socio viene referida única y exclusivamente al supuesto de que tal baja voluntaria pretenda hacerla el socio antes de haber transcurrido el plazo por el que el mismo se comprometió a permanecer en la Cooperativa, o antes de finalizar el respectivo ejercicio económico, pero no cuando la referida baja voluntaria se produzca después de haber transcurrido ya el plazo del aludido compromiso y una vez finalizado el respectivo ejercicio económico.

### III. TITULOS VALORES

#### A) Letra de cambio

**ACCION CAMBIARIA. NO PROCEDE RECLAMACION DE CANTIDAD EJERCITANDOSE ACCION CAMBIARIA POR EL NO POSEEDOR DE LOS EFECTOS IMPAGADOS.** (SENTENCIA DE 26 DE SEPTIEMBRE DE 1998.)

**EL AVAL CAMBIARIO ES UNA OBLIGACION AUTONOMA E INDEPENDIENTE. EL AVALISTA NO PUEDE SER RELEVADO ANTICIPADAMENTE DE SU OBLIGACION, AL NO SERLE APLICABLE EL ARTICULO 1.843 DEL CODIGO CIVIL. LA OBLIGACION DEL AVALISTA CAMBIARIO ES AJENA AL NEGOCIO CAUSAL O SUBYACENTE DEL QUE NACIO LA LETRA DE CAMBIO.** (SENTENCIA DE 5 DE FEBRERO DE 1999.)

A diferencia de la fianza, que tiene carácter de garantía accesoria, pues no puede existir sin una obligación principal garantizada (art. 1.824 del Código Civil), el aval cambiario aparece legalmente configurado como una garantía objetiva del pago de la letra, pues tiene existencia autónoma e independiente de la obligación garantizada (art. 37 de la Ley Cambiaria y del Cheque de 16 de julio de 1985), sin que, por tanto, quepa posibilidad alguna de que el avalista cambiario, una vez contraída válidamente su obligación en dicho concepto, pueda desligarse o ser relevado anticipadamente de la misma, al no serle, en modo alguno, aplicable el artículo 1.843 del Código Civil. Asimismo, por el referido carácter autónomo e independiente que tiene la obligación del

avalista cambiario, la misma es totalmente ajena a la naturaleza jurídica (civil o mercantil) del negocio causal o subyacente que dio origen al nacimiento de la letra de cambio, en la que él quedó obligado como tal avalista.

## B) Cheque

### *ABONO POR ENTIDAD BANCARIA DE CHEQUES FALSIFICADOS. DILIGENCIA EXIGIBLE AL BANCO.* (SENTENCIA DE 9 DE FEBRERO DE 1998.)

Es de aplicación aquí la doctrina del riesgo profesional inherente al tráfico bancario, por lo que el librado debe sufrir el daño cuando hace efectivo un talón cuya firma es falsa, debido a que sólo está autorizado a pagar los cheques emitidos por el librador y, por aplicación del artículo 1.162 del Código Civil, el librado que paga un cheque falso incumple el contrato de cheque y tiene que repetir el pago mal hecho; como señala la Sentencia de esta Sala de 15 de julio de 1988, «la diligencia exigible al Banco no es la de un diligente padre de familia, sino la que corresponde al demandado como Banco, comerciante experto que, normalmente, ejerce funciones de depósito y comisión, por lo cual, según los artículos 255 y 307 del Código de Comercio, se le exige un cuidado especial en estas funciones, sobre todo si se tiene en cuenta que las entidades bancarias encuentran una buena parte de su justo lucro en tales cometidos».

Además esta Sala, en Sentencia de 1 de marzo de 1994, ha declarado que constituye una muy constante doctrina jurisprudencial en torno a la responsabilidad económica que puede surgir del abono de talones y de cheques falsificados, la de proyectar ésta sobre los bancos que los hubiesen satisfecho, actuando negligentemente o por error, y aún cuando hubiese sido en buena fe, responsabilidad que se mantiene incluso en los supuestos de falsificación de dichos libramientos de pago, siendo a tales efectos de señalar que, aún cuando en la actualidad tal responsabilidad aparezca claramente recogida en la vigente normativa, concretamente en el artículo 156 de la Ley Cambiaria y del Cheque, no puede olvidarse que ya con mucha antelación, y con base en el artículo 1.162 del Código Civil y en los artículos 534 y 536 del Código de Comercio, se venía manteniendo por la doctrina de esta Sala el criterio de que el librado había de guardar la debida diligencia a fin de evitar perjuicios al librador abonando talones a terceros en perjuicio del mismo, responsabilidad que se extiende al abono de cheques falsos, como puede verse en las Sentencias de 4 de diciembre de 1906, 3 de febrero de 1927, 19 de diciembre de 1928, 16 de noviembre de 1982 y 28 de febrero de 1986.

## C) Otros títulos valores

### *LAS PARTICIPACIONES DE UN BILLETE DE LOTERIA TIENEN EL CARACTER DE TITULO-VALOR ATIPICO.* (SENTENCIA DE 29 DE MAYO DE 1998.)

## IV. CONTRATOS MERCANTILES

### *PERFECCION DEL CONTRATO POR CORRESPONDENCIA.* (SENTENCIA DE 31 DE DICIEMBRE DE 1997.)

Tratándose de un contrato mercantil entre ausentes, es de aplicación el artículo 54 del Código de Comercio para los concertados por correspondencia, aunque se hubiere aceptado por «telex».

**INTERRUPCION DE LA PRESCRIPCION MEDIANTE RECLAMACION EXTRAJUDICIAL. (SENTENCIA DE 31 DE DICIEMBRE DE 1998.)**

La sentencia de esta Sala de 4 de diciembre de 1995 dice que suele entenderse «que el artículo 944 del Código de Comercio presenta una “especialidad” mercantil frente al artículo 1.973 del Código Civil, en la medida en que, frente a las causas de interrupción de la prescripción que este último contiene (acción ante los Tribunales, reclamación extrajudicial y reconocimiento), el artículo 944 del Código de Comercio sólo menciona la interpelación judicial, el reconocimiento y la renovación del documento contractual, excluyendo, parece que deliberadamente, y en esto consistiría la “especialidad”, la reclamación extrajudicial como causa de interrupción de la prescripción. Por el contrario, existen poderosas razones para concluir que nuestro ordenamiento permite, en todo caso, en el tráfico civil o en el mercantil, la interrupción de la prescripción por efecto de la reclamación extrajudicial, con lo que se considera ajustada a derecho la posición de la Sala» y continúa afirmando, «las discrepancias doctrinales, existentes, al efecto no enturbian, desde luego, la solución favorable a un régimen jurídico unitario de la interrupción de la prescripción de las acciones en materia civil y mercantil por las siguientes razones: a) La reclamación judicial fue introducida *ex novo* por el Código Civil como medio de extender las posibilidades del acreditamiento del *animus conservandi* frente a una formalización excesiva que permitiera considerar abandonadas las acciones, cuando constaba por otras vías una voluntad contraria a tal *derelictio* de los derechos. b) Cronológicamente, la posterior fecha de promulgación y publicación del Código Civil, respecto del Código de Comercio abona la solución de integración que se propone al considerar incorporado tal medio interpretativo de la prescripción del artículo 944 del Código de Comercio. c) El principio conforme al cual debe entenderse que la Ley general no deroga a la Ley especial, no es aplicable a este supuesto, ya que no hay ninguna razón que justifique la pretendida «especialidad» frente al Derecho común de las obligaciones y contratos mercantiles, sino más bien argumentos en contra derivados del criterio antiformalista que para los contratos de comercio reconoce el artículo 50; de la importancia del principio de la buena fe en la ejecución y cumplimiento de estos contratos, que recoge el artículo 57 y del principio de favor al deudor que en cuanto a las deudas que se originase señala el artículo 59, todos del Código de Comercio. d) Las discriminaciones en la aplicación de las normas que no resultan fundadas, como sucedería en este caso, si pese a lo dicho se mantuvieran dos raseros en orden a la interrupción de la prescripción, lo que supondría infracción del principio de igualdad ante la Ley, reconocido en el artículo 14 de la vigente Constitución»; finalmente, señala esta Sentencia de 4 de diciembre de 1995, que «en todo caso, el punto de vista que se adopta en el asunto que se examina, se sustenta, además, en meros argumentos imperativos no revelados hasta ahora, ya que se toma en consideración la pauta seguida por el legislador mercantil en la Ley 19/1985, de 16 de julio, Cambiaria y del Cheque, que tras establecer los plazos de prescripción de las acciones cambiarias (art. 89) aclara que

«serán causas de interrupción de la prescripción las establecidas en el artículo 1.973 del Código Civil», lo que supone una decidida apuesta en favor de la estimación unitaria de aquélla. La extrapolación a todo el ámbito mercantil, por las razones que se vienen exponiendo, resulta imprescindible, dada la incidencia de la regulación de la letra de cambio en todo el ámbito comercial, como instrumento en muchas ocasiones del pago del precio o de los servicios prestados por consecuencia de los contratos mercantiles, situación que contribuye a afianzar la tesis unitaria de la interrupción».

**COMISION MERCANTIL. VARIEDAD DE SUPUESTOS. REHUSE DEL COMISIONISTA.** (SENTENCIA DE 31 DE DICIEMBRE DE 1997.)

El contrato de comisión mercantil, dada la amplitud con que la concibe el Código de Comercio, abarca variedad de supuestos, entre los que han de incluirse aquéllos en los que se recibe y acepta mandato para una concreta gestión, referente a acto, operación o negocio mercantil, no tratándose de un propio contrato de resultado, pues en éstos la obligación sólo se tiene por completada cuando se obtiene el mismo.

Al tratarse de un contrato bilateral y consensual, que se perfecciona por el consentimiento, es necesario que el del comisionista se haya producido, lo que sucede si no se realiza objeción alguna ni rehúse inmediato posterior, como autoriza el artículo 248 del Código de Comercio.

**COMISION DE TRANSPORTE. AL COMISIONISTA LE SON APLICABLES LAS MISMAS DISPOSICIONES DEL CONTRATO DE TRANSPORTE QUE RIGEN PARA EL PORTEADOR. PRESCRIPCION DE LAS ACCIONES CONTRA EL COMISIONISTA.** (SENTENCIA DE 13 DE FEBRERO DE 1999.)

El artículo 379 del Código de Comercio declara aplicables al comisionista de transporte las mismas disposiciones del contrato de transporte que rigen para el porteador y lo declara subrogado en el lugar de éste en cuanto a las obligaciones, responsabilidad y derechos, por lo que el comisionista responde frente al comitente como si fuera verdadero porteador, en cuya posición jurídica se subroga, respondiendo del incumplimiento del transporte. Dada esa total y absoluta equiparación jurídica, por imperativo legal, del comisionista de transporte al porteador, en lo que respecta a sus responsabilidades frente al comitente, ha de concluirse necesariamente que el plazo de prescripción de las acciones contra el referido comisionista de transporte ha de ser el mismo que el número 2.º del artículo 952 del Código de Comercio establece para la prescripción de las acciones derivadas del contrato de transporte.

**COMPRAVENTA MERCANTIL. DEFECTOS DE CALIDAD O CANTIDAD EN LA COSA.** (SENTENCIA DE 30 DE DICIEMBRE DE 1997.)

Consta no sólo que la mercancía fue recibida, sino también que las losetas fueron colocadas en la vivienda, por lo cual hay que aplicar el artículo 342 del Código de Comercio, que excluyen, por supuesto, la aplicación de los artículos 1.101 y 1.124 del Código Civil.

*COMPRAVENTA: CUANDO LOS PORTES DE LA MERCANCIA LOS PAGA EL COMPRADOR, LA COMPETENCIA CORRESPONDE AL JUZGADO DEL LUGAR DEL DOMICILIO DEL VENDEDOR.* (SENTENCIA DE 3 DE MARZO DE 1998.)

Debe estimarse que el lugar de cumplimiento de la obligación del pago reclamado es el del establecimiento de la vendedora (arts. 50 del Código de Comercio, 1.771 y 1.500 del Código Civil), no existiendo sumisión expresa o tácita, por ser el lugar en el que la mercancía debe considerarse entregada (Sentencias de 15 de enero de 1968, 4 de febrero de 1981 y 22 de abril de 1996).

*LOS DEFECTOS DE LA COSA VENDIDA HAN DE DENUNCIARSE EN LOS BREVES PLAZOS SEÑALADOS POR LOS ARTICULOS 336 Y 342 DEL CODIGO DE COMERCIO.* (SENTENCIA DE 16 DE OCTUBRE DE 1998.)

*SEGURO. PERFECCION DEL CONTRATO.* (SENTENCIA DE 28 DE FEBRERO DE 1998.)

La jurisprudencia de esta Sala tiene declarado con reiteración que la proposición de contrato de seguro perfecciona la relación, al ser aceptada por la entidad aseguradora (art. 1.226 del Código Civil y 55 del de Comercio), ya que las declaraciones de voluntades, constitutiva de un negocio jurídico, pueden ser expresas o tácitas, y esta última se produce cuando el sujeto interesado no manifiesta de un modo directo su voluntad, sino que realizar una determinada conducta, que, por presuponer tal voluntad, es valorada por el Ordenamiento Jurídico como emitida (Sentencia de 28 de febrero de 1990).

*SEGURO. EFECTOS DEL IMPAGO DE LA PRIMA.* (SENTENCIA DE 18 DE JUNIO DE 1998.)

El artículo 14 de la Ley de Contrato de Seguro establece de una manera emblemática la obligación del tomador del seguro al pago de la prima en las condiciones estipuladas en la póliza. El siguiente artículo 15 establece las consecuencias para el caso de incumplimiento, por el tomador del seguro, de la obligación del pago de la prima, y concretamente, entre otras, para la situación creada por el impago de la prima si la entidad aseguradora no reclama el pago dentro de los seis meses siguientes al vencimiento de la prima, la Ley establece que el contrato quedará extinguido.

Es inadmisibles no sólo desde el punto de la seguridad contractual, sino también, del de dejar al libre criterio de una de las partes el cumplimiento de su obligación, como así se desprende del fundamento de la sentencia recurrida, que ha aplicado con toda corrección el contenido y alcance de la obligación que establece el artículo 14 de la Ley de Contrato de Seguro.

**SEGURO. NATURALEZA DEL INCREMENTO DEL 20 POR 100 ANUAL REFERIDO EN EL ARTICULO 20 DE LA LEY 50/1980, DE 8 DE OCTUBRE, DE CONTRATO DE SEGURO. DETERMINACION DE LA FECHA PARA SU EFECTIVIDAD. (SENTENCIA DE 29 DE JULIO DE 1998.)**

Esta Sala tiene declarado, en Sentencia de 8 de febrero de 1994, que el citado artículo 20 no exige ningún requerimiento fehaciente a la compañía aseguradora, sino que únicamente obliga a comunicar el acaecimiento del siniestro de conformidad con lo prevenido en el artículo 16, y añade que estos intereses son claramente sancionatorios como disuasorios de una conducta que dificulta o retrasa el pago y constituyen, en suma, unos intereses especiales de demora que no exigen la intimación del acreedor, puesto que se trata de casos en los que la Ley establece directamente la mora sin intimación de aquél, conforme a lo prevenido en los artículos 1.100 del Código Civil y 61.1 del Código de Comercio; y, en Sentencia de 11 de mayo de 1994, que la finalidad del recargo persigue disuadir las conductas que dificulten el pago y estimular el cumplimiento de los deberes derivados de las pólizas a favor de los perjudicados y también tiene cierto carácter punitivo y compensador de la mora en el cumplimiento.

Desde la línea doctrinal expresada en las indicadas sentencias, resulta evidente que, en el caso del debate, el incremento de la indemnización en un 20 por 100 anual será aplicable desde la fecha del siniestro.

**SEGURO. PREVALENCIA DE LAS CONDICIONES PARTICULARES SOBRE LAS GENERALES SI RESULTAN MAS BENEFICIOSAS PARA EL ASEGURADO. (SENTENCIA DE 22 DE ENERO DE 1999.)**

La jurisprudencia civil ha declarado con reiteración la prevalencia de las Condiciones Particulares sobre las Generales si resultan más beneficiosas para el asegurado (Sentencias de 1 de abril de 1981 y 3 de febrero de 1989). A su vez, la Ley de Contrato de Seguro, de 8 de octubre de 1980, toma también posición decidida respecto a las cláusulas limitativas, al exigir de manera imperativa en su artículo 3 que sean redactadas en forma clara y precisa, destacándolas de modo especial, pues no pueden tener carácter lesivo para el asegurado, que ha de aceptarlas expresamente y de manera que pueda alcanzar conocer en todo momento los derechos o beneficios que pierde y que, por ello, le está vedado reclamar, como dice la Sentencia de 27 de febrero de 1990, sea cualquiera el lugar en que figuren, bien en la póliza propiamente dicha o bien en negocio conocido doctrinalmente como complementario (*per relationem*).

Cualquier duda que pueda ofrecer la coordinación y coherencia interna de las Condiciones Generales respecto a las Particulares no puede favorecer a la aseguradora, que es quien materializa su redacción, dado que se trata del seguro de un contrato de adhesión (Sentencias de 22 de febrero de 1985 y 22 de febrero de 1989), y como tal ha de ser interpretado.

**TRANSPORTE TERRESTRE. RESPONSABILIDAD DEL PORTEADOR. PRUEBA DEL SINIESTRO. (SENTENCIA DE 2 DE FEBRERO DE 1998.)**

Producida la destrucción total del objeto porteado, la Ley obliga al porteador a pagar el valor total de dichos objetos (art. 363 del Código de Comercio),

dado que no se ha probado ninguno de los supuestos contemplados en el artículo 361 del mismo Código. No se olvide que, conforme al último párrafo del expresado precepto, la prueba de estos accidentes incumbe al porteador.

## V. DERECHO MARITIMO

### *REMOLQUE DIRECTO O TRANSPORTE. REGIMEN CONVENCIONAL DE RESPONSABILIDAD. (SENTENCIA DE 15 DE NOVIEMBRE DE 1997.)*

Distinto de los supuestos contemplados en la Ley 60/1962, de 24 de diciembre, de situaciones en peligro, servicios excepcionales o remolque en el mar, el contrato de remolque es aquél por el que el armador de un buque —remolcador— se obliga, a cambio de un precio, a utilizar éste para desplazar por mar a otro buque —remolcado—. En este contrato se distinguen dos subtipos: el remolque maniobra o portuario, en el que la prestación del remolcador va dirigida a colaborar en las maniobras de atraque o desatraque del buque remolcado; y el remolque directo o transporte, en que el remolcador se obliga a desplazar por mar al remolcado hasta el lugar convenido.

Calificado el contrato de remolque directo o transporte, existe falta normativa del contrato, salvo la incompleta regulación de carácter administrativo de la Ley 60/1962, de 24 de diciembre, que regula unos aspectos muy concretos de auxilio, salvamento y remolque en la mar desde un punto de vista administrativo.

La Jurisprudencia reiterada de la antigua Sala Cuarta de este Tribunal Supremo en sentencias, entre otras, de 8 de marzo de 1971, 17 de diciembre de 1975, 31 de mayo de 1978, y la más reciente de 18 de septiembre de 1987, ha venido entendiendo que el sometimiento a la Ley 60/1962, de las acciones de auxilio y salvamento prestados por los buques de navegación marítima a otros de la misma clase, y los de navegación interior, presupone el que los buques intervinientes se hallen en mar abierto, excluyendo de los supuestos contemplados en la Ley citada aquéllos en los que los servicios de asistencia tengan lugar dentro de un puerto en el que se hallen amarrados los buques que sean objeto de la misma.

### *LA LEY DE CONTRATO DE SEGURO, DE 8 DE OCTUBRE DE 1980, NO ES APLICABLE AL SEGURO MARITIMO. EL MERO RETRASO EN LA COMUNICACION A LA ASEGURADORA DE LA DESAPARICION DE LA NAVE NO EXCLUYE EL DERECHO DEL ASEGURADO A LA INDEMNIZACION CORRESPONDIENTE. (SENTENCIA DE 18 DE DICIEMBRE DE 1998.)*

Según reiterada doctrina de esta Sala (Sentencias de 22 de junio de 1992, 16 de febrero de 1994, 26 de abril de 1995, 21 de noviembre de 1996, 16 de enero de 1997, entre otras), la Ley de Contrato de Seguro, de 8 de octubre de 1980, no es aplicable al seguro marítimo, que sigue rigiéndose por la normativa del Código de Comercio.

El simple retraso en la comunicación del siniestro a la aseguradora no puede llevar aparejada, sin más, la trascendental consecuencia de la pérdida del asegurado de la indemnización a que tiene derecho, sino solamente puede

dar origen a que la aseguradora reclame al asegurado los daños y perjuicios que se le hayan podido ocasionar con dicho retraso.

**EL CONSIGNATARIO DE BUQUES ES COMISIONISTA.** (SENTENCIA DE 8 DE FEBRERO DE 1999.)

Según el artículo 250 del Código de Comercio, el comisionista (y el consignatario de buques es comisionista) no está obligado al desempeño de comisiones que exijan provisión de fondos, aunque se haya aceptado la comisión, mientras el comitente no ponga a disposición del comisionista la suma necesaria al efecto.

VI. QUIEBRAS Y SUSPENSIONES DE PAGOS

A) Quiebras

**RETROACCION DE LA QUIEBRA. EL ARTICULO 878.2 DEL CODIGO DE COMERCIO Y EL 10 DE LA LEY DEL MERCADO HIPOTECARIO.** (SENTENCIA DE 22 DE ENERO DE 1999.)

Es doctrina reiterada de esta Sala que al disponer el artículo 878, párrafo 2.º del Código de Comercio que todos los actos de dominio y administración del quebrado posteriores a la época a que se retrotraigan los efectos de la quiebra serán nulos, establece una nulidad absoluta, tanto desde el punto de vista subjetivo como objetivo, siendo tal nulidad intrínseca, de forma que no tiene que ser declarada judicialmente, salvo que alguien se oponga a ello, cosa que no ocurre, en cambio, con los supuestos contemplados en los artículos siguientes, en que la anulación ha de ser instada, contándose los plazos del artículo 878 desde la retroacción de la quiebra en adelante y los de los artículos siguientes hacia atrás.

Aquel principio de nulidad absoluta se ha entendido corregido en ocasiones cuando los actos de transmisión o administración del quebrado se declara que no afectan o no son contrarios a los intereses de los acreedores.

A la vista del artículo 10 de la Ley 2/1981, reguladora del Mercado hipotecario, en cuanto establece que las hipotecas inscritas a favor de las entidades a que se refiere su artículo 2.º sólo podrán ser impugnadas al amparo del párrafo 2.º del artículo 878 del Código de Comercio, mediante acción de los síndicos de la quiebra, en la que se demuestre la existencia de fraude en la constitución del gravamen, es claro que se está estableciendo una excepción a aquel principio de nulidad absoluta.

B) Suspensiones de pagos

**EL CREDITO PREFERENTE, NACIDO DE SU CONSTANCIA EN ESCRITURA PUBLICA, NO ES EQUIPARABLE AL CREDITO PRIVILEGIADO.** (SENTENCIA DE 19 DE ENERO DE 1998.)

Con referencia a los créditos que sólo constan documentados en escritura pública, el reenvío que el artículo 913-3.º del Código de Comercio efectúa a

los privilegiados de derecho común, ha de relacionarse con los artículos 1.923 y 1.924 del Código Civil, y este último precepto en su número 3.º, bajo el concepto de *créditos sin privilegio especial*, incluye los que constan en escritura pública. Por tanto, resultan carentes de la consideración de singularmente privilegiados, ya que el privilegio se integra en el propio crédito —preferencia causal—, al ser inherente al mismo, y lo cualifica especialmente para dotarlo de dinámica preferencial de cobro con relación a otros créditos, adquiriendo condición de excepcionales y exclusivamente legales, por lo cual no todos los créditos preferenciales tienen que ser reputados privilegiados, ya que operan en orden a su prelación con otros de la misma estructura contractual, conforme a las reglas establecidas en el supuesto de colisión entre ellos.

El artículo 15 de la Ley de Suspensión de Pagos contiene inclusiones claras por las referencias que hace, pero también exclusiones determinantes por las que no hace, y entre ellas ha de comprenderse los créditos escriturarios que el artículo 913 del Código de Comercio contempla en su apartado 4.º, conjuntamente con los integrados en títulos o contratos mercantiles en los que hubiese intervenido agente o corredor.

Al crédito de... no le corresponde el privilegio del derecho de abstención. El artículo 1.924-3.º no atribuye a la escritura pública condición de crédito singularmente privilegiado, ya que bien claramente dice que se trata de créditos sin privilegio especial, por tanto, simplemente privilegiados por razón de la forma de su constancia, lo que no autoriza su inclusión en el referido artículo 15 de la Ley de Suspensión de Pagos.

R. S. F.



**INFORMACION  
BIBLIOGRAFICA**



YZQUIERDO TOLSADA, MARIANO: *Las tensiones entre usucapión y prescripción extintiva*. Ed. Dykinson, Madrid, 1998, 259 págs.

Nos encontramos ante una nueva monografía del profesor doctor don MARIANO YZQUIERDO TOLSADA, Catedrático de Derecho Civil en la Universidad de La Laguna.

El profesor YZQUIERDO es ya bien conocido de todos como autor de relieve, dada la amplitud de su obra, en la que destaca el predominio del estudio de la responsabilidad civil. Recordemos en tal sentido títulos como *La responsabilidad civil del profesional liberal* y *Aspectos civiles del nuevo Código Penal*, por citar sólo algunas de las monografías más recientes; monografías a las que hay que añadir numerosos artículos en revistas jurídicas y su contribución anual a las *Jornadas Nacionales de Derecho Civil* de Argentina.

Esta obra, como señala en el prólogo el también catedrático de Derecho Civil JOAQUÍN RAMS ALBESA —quien es, a la vez que prologuista, dedicatario de la misma—, constituye el trabajo presentado por el profesor YZQUIERDO TOLSADA, con vistas a la obtención de la plaza de catedrático, y el tribunal al que se sometió la misma «reconoció unánimemente la maestría del autor y aplaudió la bondad intrínseca de la obra».

Usucapión y prescripción extintiva no son más que las dos caras de la misma moneda, muestra de lo cual es que en el propio Código Civil se denomine a ambas «prescripción», siendo adquisitiva la primera (aquí el prologuista distingue entre usucapión y prescripción adquisitiva, y entiende que no habría en realidad más prescripción adquisitiva que la extraordinaria para muebles o inmuebles, ya que no se valoran ni el título ni la buena fe de la tenencia, sino tan sólo el mero transcurso del tiempo) y extintiva la segunda, y que se siga una regulación en gran medida común a ambas, presumiendo la correlación entre la acción de uno y la omisión de otro, entre la actividad y la inactividad: para que uno llegue a usucapir un derecho, correlativamente debe haber una extinción por prescripción de la titularidad de ese derecho respecto de quien anteriormente la ostentaba.

Junto al prólogo, la obra se articula en tres grandes capítulos —organización fruto de la bipartición tradicional entre acciones reales y personales y de la necesidad de un primer capítulo de introducción al tema—, una relación de sentencias consultadas y un completísimo apartado bibliográfico final.

En el primer capítulo (*Generalidades*), de carácter introductorio, el autor aborda la cuestión de si la prescripción extintiva se predica de los derechos o en realidad de las acciones, inclinándose por lo segundo, ya que «la prescripción sólo afectaría al derecho en la medida muy indirecta y mediata en la que lo modifica o reduce».

Igualmente, el profesor YZQUIERDO se pregunta por la utilidad del concepto de pretensión, de gran importancia en el Derecho alemán (*Anspruch*) —donde

es tratado con gran profusión y profundidad— pero que no ha encontrado un tratamiento tan profundo fuera de Alemania, concluyendo con una respuesta positiva.

En el segundo capítulo (denominado *Tensiones entre usucapión y prescripción extintiva en el ámbito de las acciones reales*), el profesor YZQUIERDO TOLSADA aborda el estudio de la prescripción de cada una de las denominadas acciones reales, dedicándoles sendos apartados del capítulo: la prescripción extintiva de la acción reivindicatoria, la prescripción de la acción negatoria, la prescripción de la acción confesoria, los problemas de prescripción planteados por las acciones de deslinde y declarativa de dominio, la prescripción de la acción del artículo 41 de la Ley Hipotecaria, la prescripción de la acción publiciana y la prescripción de la acción de petición de herencia.

Respecto a la cuestión de la prescripción extintiva de la acción reivindicatoria, en un profundo estudio el autor abarca el problema que se produce cuando se cumple el tiempo exigido para la usucapión con anterioridad al cumplimiento del plazo de prescripción extintiva, concluyendo que las acciones reales prescriben por el transcurso del tiempo salvo que alguien haya ganado el derecho por usucapión con anterioridad, de modo que la adquisición por usucapión priva automáticamente al antiguo propietario de su derecho e implica la prevalencia de las normas sobre usucapión sobre las relativas a la prescripción extintiva, tesis mantenida también por la jurisprudencia ya desde antiguo. A continuación, pasa a estudiar la situación inversa, es decir, qué sucede cuando se cumple el tiempo de prescripción extintiva de la acción sin que se haya llegado a consumir la usucapión, cuestión que en el Derecho comparado y en la doctrina española recibe soluciones a favor de la prevalencia tanto de una como de la otra, mientras que la jurisprudencia se pronuncia a favor de la prescriptibilidad de la acción reivindicatoria; el profesor YZQUIERDO se pronuncia, al hilo de la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de abril de 1987, en favor de la no existencia de correlación entre las prescripciones extintiva y adquisitiva, pudiendo ser opuestas ambas por el poseedor demandado de modo independiente.

Sobre la prescripción extintiva de la acción negatoria, el autor entiende —con Díez-Picazo— que la misma sólo cabe si se trata de oponerse a quien se atribuye un derecho real usucapible. Sigue siendo la romana *actio negatoria*, de modo que su finalidad no es tanto declarar el derecho a la paz o a la libertad de los fundos, como repeler molestias sobre los mismos. En particular, se estudia la problemática que surge cuando en un mismo procedimiento se confunden las pretensiones de cesación de la perturbación ilegítima y la de indemnización de los daños y perjuicios; al respecto, el artículo 2 de la Ley catalana 13/1990, de 9 de julio, de la acción negatoria, inmisiones, servidumbres y relaciones de vecindad, lleva al autor a mantener la necesidad de separar las pretensiones de cesación y resarcitoria, y respecto a las primeras a plantearse qué inmisiones son usucapibles, para solo posteriormente tomar ya partido por la postura que defiende la prescripción extintiva autónoma de la acción negatoria o por la tesis de la prescripción de la acción como reflejo de la usucapión por el inmitente.

En relación con la prescripción de la acción confesoria, precisamente la de carácter contrario a la negatoria, el profesor YZQUIERDO TOLSADA entiende que cabe prescripción autónoma de tal acción si el titular del derecho real limitado permanece inactivo durante el plazo de seis o treinta años, pero en cambio el derecho se habrá extinguido anteriormente si en el propietario se han dado las condiciones requeridas para la *usucapio libertatis*.

Seguidamente, el autor estudia los problemas de prescripción planteados por las acciones de deslinde y declarativa de dominio. Mientras esta última, por su naturaleza meramente declarativa, es imprescriptible, lo mismo sucederá en relación con la acción de deslinde en tanto en cuanto sea propia y efectivamente una acción de deslinde, de carácter declarativo, pero no cuando vaya unida a una acción reivindicatoria, en la que se reclame un derecho real sobre una franja de terreno contigua; en tal caso, el carácter netamente reivindicatorio del conjunto de acciones determina que le sea de aplicación el régimen de prescripción correspondiente a la acción reivindicatoria.

Sobre la prescripción de la acción del artículo 41 de la Ley Hipotecaria, cuestión que —como señala el profesor YZQUIERDO— no es muy tratada en los estudios que sobre el procedimiento correspondiente a dicha acción hipotecaria existen en la doctrina, el autor entiende que no está sometida a limitación de tiempo, salvo que se haya consumado la prescripción adquisitiva en favor del poseedor actual.

Finalmente, trata el profesor YZQUIERDO TOLSADA de la prescripción de la acción publiciana, que entiende sometible al régimen general de las acciones reales, y de la acción de petición de herencia, sobre la cual ha habido grandes discusiones doctrinales, y respecto a la cual el autor concluye afirmando su carácter prescriptible, la vinculación entre la prescripción extintiva de la acción del actor y la usucapión de los bienes hereditarios por el demandado, que —frente a otras posiciones doctrinales— el momento de inicio del cómputo del plazo no es el del fallecimiento del causante sino aquél en que el poseedor aparente empieza a poseer los bienes de la herencia con ánimo de dueño, y el carácter inusucapible de la herencia como globalidad (mientras que sí podría haber usucapión de cada uno de los concretos bienes que forman parte de la misma).

En el tercer y último capítulo (titulado *Tensiones entre usucapión y prescripción extintiva en el ámbito de las acciones personales de carácter impugnatorio o resolutorio*), que con 129 páginas es con mucho el de mayor extensión de la obra, el autor, tras señalar la existencia de un mucho menor ámbito de actuación para las tensiones entre estas acciones y el instituto de la usucapión que respecto a las acciones reales, ya que respecto a las acciones *inter partes* la usucapión no podría jugar (el contrato, además de anulable o rescindible, fue realizado por quien no era el verdadero dueño, o lo era sólo en parte, o siéndolo carecía de facultades dispositivas), distingue entre los regímenes correspondientes a las acciones de naturaleza impugnatoria, las acciones rescisorias y las acciones revocatorias y resolutorias.

Respecto de las acciones impugnatorias, el profesor YZQUIERDO comienza estudiando la acción de nulidad radical, y se plantea el problema de la colisión entre los principios de que lo que es nulo no puede ser convalidado por el transcurso del tiempo y de que la estabilidad de las relaciones sociales requiere un ejercicio de los derechos dentro de un tiempo prudencial, que se traduce en la cuestión de si la acción de nulidad está sometida al plazo particular de cuatro años previsto por el artículo 1.301 del Código Civil, al régimen general de las acciones personales, o bien es imprescriptible, inclinándose a favor de esta última solución.

En relación con la acción de nulidad relativa o anulabilidad, frente a quienes sostienen que la misma está sometida a un plazo de prescripción de cuatro años, ya que se busca la protección de un interés particular, el autor mantiene que la acción en sí es imprescriptible, pero el plazo (de prescrip-

ción) para imponer la restitución de las cosas prestadas es de cuatro años, por lo que de ejercitarse la acción de anulabilidad cuando ya haya transcurrido dicho plazo sólo tendría éxito de no oponerse por el demandado la excepción de prescripción de la acción, no pudiendo apreciarse de oficio. Asimismo, analiza el profesor YZQUIERDO TOLSADA el inicio del cómputo de ese plazo en los distintos supuestos de intimidación y violencia, error y dolo, menores, incapacitados e incapaces no incapacitados y, finalmente, los contratos celebrados por un cónyuge sin el consentimiento del otro cuando fuera preceptivo.

Posteriormente pasa el autor a estudiar las acciones de invalidez en materia testamentaria. Frente a autores que propugnan el traslado al ámbito testamentario del régimen de nulidades de los contratos, el profesor YZQUIERDO entiende que las acciones de impugnación de los testamentos son imprescriptibles, pero su ejercicio se verá obstaculizado en caso de que con anterioridad se hayan usucapido los bienes concretos o haya prescrito por haber transcurrido el plazo de treinta años la pretensión de restitución implícita en la *petitio hereditatis*.

Finalmente, termina el autor el apartado correspondiente a las acciones impugnatorias con el examen de las particularidades de los distintos títulos impugnables y su papel en la usucapión. En tal sentido, se examina el papel del título putativo y el simulado, con simulación absoluta o relativa del título nulo y del título anulable (estudiándose el contrato anulable celebrado por el *verus dominus*, con distinción según que la impugnación se realice antes o después del transcurso del plazo cuatrienal, y el contrato anulable celebrado por un *non dominus*).

Acto seguido pasa el profesor YZQUIERDO TOLSADA a realizar el estudio de las acciones rescisorias, analizando en este punto las cuestiones referentes a la duración y naturaleza del plazo, inicio del cómputo (en los diversos casos de menores, incapacitados y ausentes, fraude de acreedores, contratos sobre cosas litigiosas y los restantes casos de rescisión: división de comunidades de bienes, partición de herencia y disolución de sociedad civil, cuando se produzca lesión), y papel del título rescindible en la usucapión.

Como final, se ocupa el autor del estudio de las acciones revocatorias y resolutorias, examinando la duración, naturaleza e inicio de los plazos de prescripción de estas acciones y el papel de los títulos revocables y de los títulos resolubles en la usucapión.

Como dijimos, una extensa relación de sentencias del Tribunal Supremo consultadas, con expresión —además de la fecha— del número de referencia y del asunto principal de cada una, y una muy detallada indicación bibliográfica completan esta obra que, pese a enfrentarse a una cuestión compleja y que en ciertos aspectos se torna verdaderamente difícil, es resuelta por su autor muy satisfactoriamente, dando una visión completa y exhaustiva de la institución de la prescripción en sus dos vertientes, extintiva y adquisitiva, lo que hace muy recomendable la lectura de esta monografía del profesor YZQUIERDO TOLSADA para cualquier estudioso del Derecho Civil.

FRANCISCO JAVIER JIMÉNEZ MUÑOZ  
Becario Predoctoral UNED  
Profesor de Derecho Civil de la UNED

PAU PEDRÓN, ANTONIO, y otros: *El aprovechamiento por turno de bienes inmuebles en Europa*. Centro de Estudios Registrales del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 1999. Un tomo de 210 págs.

La figura que ha sido conocida hasta ahora como «multipropiedad» se va extendiendo paso a paso por todos los ámbitos y especialmente por las zonas turísticas, tanto de América como de Europa.

Por lo que atañe a nuestro Continente, ya ha sido objeto de atención en la Directiva 47 del año 1994, que la contempló como una adquisición de inmuebles en régimen de tiempo compartido y que ya ha sido recibida en quince países europeos.

Sin embargo, como hace notar PAU PEDRÓN, ninguna de las legislaciones nacionales ha consagrado como condominio su naturaleza jurídica, tal como habrían hecho los autores que primero se habfan ocupado de esta figura. Los legisladores, dice, han sido más realistas que la doctrina y por ello se ha configurado de diversos modos en cada uno de los países, respondiendo más bien a necesidades prácticas. Así, en España, la Ley 42/1998, no sólo prescindió de la idea dominical, sino que incluso se tacha la denominación «multipropiedad» y se huye de toda nota que pueda configurarla como participación a título de dueño.

El Colegio de Registradores de España, preocupado por esta figura, que ha de tener su reflejo en los libros registrales, ha organizado dos ciclos de conferencias en las que se ha tratado el tema.

En el ciclo que tuvo lugar en 1997 se recogió el Derecho comparado, que es el objeto del presente libro, donde se reproducen las exposiciones de los conferenciantes referidas a las normativas de sus respectivos países.

La primera conferencia estuvo a cargo de ANDREAS SCHOREMUS, bajo el título *Consideraciones acerca de la ley alemana sobre la venta de derechos de uso a tiempo parcial en los edificios de viviendas y de la protección al consumidor*. Esta ley está en vigor desde el 1 de enero de 1997 y es una transcripción bastante fiel de la Directiva europea, tanto por su estructura como por su contenido, siendo sus puntos principales la necesidad de entregar un folleto y un contrato, introducir un derecho de retractación por diez días que se extiende a los contratos de financiación y la prohibición de pagos a cuenta.

JOHANNES STABENTHEINER disertó sobre *El marco legal de la propiedad a tiempo parcial en Austria*, explicando las analogías y diferencias de la legislación austriaca con respecto a la Directiva, habiéndose recogido su contenido en la Ley de Uso Parcial de 27 de febrero de 1997, adaptándolos a la sistemática del Derecho civil austriaco, sobre todo a su ley de protección a los consumidores.

También se refirió a la legislación austriaca, CLAUS SPRUZINA, que habló sobre el tema *Formas jurídicas en que manifiesta y problemas que plantea la propiedad compartida a tiempo parcial en Austria*. Tras reseñar las formas jurídicas en que se manifestaba esta figura antes de la nueva ley, expone las causas de los problemas que se plantean, tales como la selección de inmuebles, la defectuosa redacción de los contratos y la errónea evaluación de la situación económica. Por ello, dice, el legislador austriaco ha desarrollado los modelos fiduciarios peculiares, fijando unas condiciones marco y la creación de un registro de uso a tiempo parcial que se puede consultar por internet.

Por España, dos conferenciantes expusieron el tema, y sus trabajos se recogen ahora:

PEDRO A. MUNAR BERNAT habló de *Reflexiones sobre algunos aspectos del derecho real de aprovechamiento por turno. La nueva opción legislativa en materia de multipropiedad*. En la primera parte muestra los perfiles socio-económicos de esta forma de inversión, señalando que fue en la época de los ochenta cuando tuvo un incremento espectacular originado por la inversión de capital extranjero; después nos refiere el iter normativo de la multipropiedad en España, y termina estudiando algunos aspectos de la nueva ley, con detención en la naturaleza jurídica de la figura.

ANTONIO PAU PEDRÓN titula su trabajo, *El derecho real de aprovechamiento por turno en la Ley 42/1998*. Ha sido autor de varios comentarios sobre los proyectos legales en los últimos tiempos y eso le hace empezar con una jubilosa frase: ¡Al fin tenemos ley! Porque a lo largo de una década se han sucedido varios borradores que enumera y detalla hasta llegar a la ley. Antes de publicarse ésta se aprobó la Directiva, aunque ésta no estableció ninguna configuración jurídica, sino que se limitó a la protección de los adquirentes. La ley sí entra en tema y considera que se trata de un derecho real nuevo de carácter limitado, es un derecho autónomo que se aleja de la comunidad dominical y que lleva consigo la previsión de una garantía específica que es la inscripción registral. La viabilidad práctica del régimen se basa en la exigencia de que haya una empresa de servicios, esencial para su funcionamiento, y de que la construcción esté totalmente terminada. Para lograr la protección del adquirente se regula el documento informativo, el idioma del contrato, la resolución *ad nutum* y, como sanción, la prohibición del pago de anticipos y la resolución de préstamos vinculados, puntos todos que se tratan con la necesaria amplitud.

MARJO LAHELMA estudia *La legislación sobre multipropiedad en Finlandia*. En este país los contratos sobre multipropiedad se organizan estableciendo sociedades mutuas anónimas de bienes inmuebles y la multipropiedad es el derecho que tiene el accionista de esas sociedades. No hay todavía ley especial, sino sólo una proposición o proyecto que trata de trasponer la Directiva europea.

Según MARIE JOSEPH BOURGEOIS en su conferencia *El proyecto de ley francés sobre uso jurídico de inmuebles*, también en Francia se encuentra la Directiva en fase de transposición. Habiendo presentado el gobierno un proyecto de ley en 1997, que no ha llegado a final de la tramitación por haberse disuelto mientras tanto la Asamblea Nacional. El conferenciante explica cuál es el concepto general del proyecto, diciendo que el espíritu de la futura normativa es transponer totalmente la Directiva europea, sin ir más allá de la misma. El texto se aplica al contrato por el que se otorga a un consumidor el uso de un bien inmueble para vivienda por períodos determinados o determinables.

GUIDO ALPA habló sobre *La multipropiedad en Italia*, comenzando por hacer la obligada referencia a la Directiva 94/97 CE con reseña de los problemas surgidos en Italia antes de su entrada en vigor, habiendo tenido la figura una gran difusión. Cita los proyectos legislativos italianos y los apuntes de Derecho comparado para tomarlos como modelos de recepción.

JOSÉ AUGUSTO MONTEIRA GUERREIRO expuso su tema sobre *Directiva sobre propiedad a tiempo parcial. Régimen en Portugal. El derecho real de habitación periódica*. Dice que en Portugal se publicó el 31 de diciembre de 1981, el Decreto-ley 355/81, por el que se regulaba el derecho real de habitación periódica en bien inmueble o conjunto inmobiliario destinado a fines turísticos y por Decreto-ley 275/93, de 5 de agosto, se ha instituido el régimen de derecho

de habitación turística que ya no tiene carácter de derecho real. Compara su regulación con la Directiva europea y resalta la idea base de la figura en Portugal que es que la administración, mantenimiento, contabilidad y demás obligaciones inherentes a la gestión del «emprendimiento» pertenecen al propietario, aunque éste puede ceder la explotación transfiriendo entonces al cesionario este conjunto de deberes.

La normativa de Inglaterra se expuso por dos conferenciantes. Por un lado, KEITH BAKER habló de *La multipropiedad en el Reino Unido*. Está regulada por una Ley de 1992 y se organiza bajo el formato de un club fideicomisario. Consta de un contrato de venta habitualmente unido a una adhesión al club al que se transmite el inmueble como fideicomisario y luego hay un contrato de gestión para obtener servicios de mantenimiento y conservación a cambio de una cantidad.

Y, por último, JOHN THORPE desarrolló el tema relativo a *Transposición de la Directiva sobre uso de inmuebles a tiempo compartido en el Reino Unido*. Reseña las principales diferencias entre esta Directiva europea y la Ley inglesa de 1992, pasando después a las posibilidades de conseguir su aproximación, proponiendo una transposición completa, pero procurando mantener, al mismo tiempo, las protecciones tradicionales de la Ley de 1992 para disminuir las cargas sobre las empresas.

Como se ha visto, este libro nos proporciona un completo resumen de la regulación comparada de esta figura en el ámbito europeo.

MARÍA DEL CARMEN CORRAL GIJÓN

TRILLO-FIGUEROA Y MARTÍNEZ-CONDE, FEDERICO, y otros: *Seguridad jurídica y codificación*. Centro de Estudios Registrales del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 1999. Un tomo de 144 págs.

En el curso pasado y organizadas por el Colegio de Registradores, se celebraron unas jornadas bajo el título que se indica, en las cuales se expusieron varias conferencias para estudiar las posibles soluciones al problema de la enorme multiplicidad de normas, tan dispersas y variadas, a veces, que resulta casi un sarcasmo el dicho de que la ignorancia de las leyes no excusa de su cumplimiento.

En España, además, el problema tiene tales características que ni los juristas más experimentados pueden estar totalmente seguros de saber cuál será la norma realmente aplicable en cada caso. En efecto, tenemos, por un lado, la normativa europea, no siempre bien conocida y de efectos variables según el tipo de disposición; en segundo lugar, un variopinto abanico de normas autonómicas, dictadas en aras de un prurito insaciable de competencias, y, por último, y así va siendo ya en la práctica, las leyes nacionales que se superponen y desbordan a los códigos. Y a todo esto, ¿qué pasa con la seguridad jurídica? ¿Cómo sabremos cuál es la verdadera norma aplicable a la que hemos de acudir?

El libro que presentamos ha sido editado por el Colegio de Registradores y recoge, según se ha dicho, las conferencias que sobre este tema se pronunciaron en su salón de actos.

El discurso de apertura de las jornadas estuvo a cargo de don FEDERICO TRILLO-FIGUEROA Y MARTÍNEZ-CONDE, Presidente del Congreso de los Diputados,

el cual empezó diciendo que la seguridad jurídica y la codificación son dos conceptos que han andado juntos muchos años y que ahora, por el contrario, se observa entre ellos una lejanía que sin duda va en perjuicio de ambos, habiéndose hablado mucho del desencanto de la codificación y de la falta de política legislativa con modelos de códigos que ordenen racionalmente la legislación motorizada y múltiple de los Parlamentos de nuestros días.

Dijo que aunque la codificación aparece como un esfuerzo de racionalización del ordenamiento jurídico, es curioso subrayar que cuando ese movimiento codificador parece que está de capa caída en la segunda mitad del siglo xx, la seguridad jurídica se coloca en la cúspide de la normativa y que esto tiene algo que ver con el cambio y la mutación en los esquemas del pensamiento y la racionalidad de finales del mismo siglo xx. Ante esta situación, entiende el conferenciante que debe detectarse el problema y buscar las posibles soluciones, una de las cuales puede ser acudir a esa segunda codificación experimentada en Francia. Precisamente en España, los iuspublicistas, que fueron los más refractarios a la idea codificadora, son los que ahora quieren poner orden y sistemática a esa legislación tradicionalmente dispersa que es el Derecho Administrativo.

Terminó felicitando al Colegio de Registradores por la idea de convocar estas jornadas, diciendo que los mayores beneficiarios de esta codificación serían los propios ciudadanos.

El profesor AURELIO MENÉNDEZ disertó sobre *La Comisión General de Codificación y la elaboración de las leyes*, tema que conoce bien, pues es presidente de su Sección de Derecho Mercantil desde hace bastantes años. Tras hacer una breve reseña histórica como introducción, propone una renovación de la Comisión para evitar una cierta decadencia que, según él, se nota, y que se ha querido corregir con los nuevos Estatutos de 1997. Sigue haciendo reflexiones sobre los defectos de la actual hipertrofia legislativa existente en España que, por muy justificada que pueda estar, amenaza al fin primordial de la seguridad que debe tener todo ordenamiento jurídico. Por ello llama la atención sobre la necesidad de potenciar los estudios de lo que llama ciencia de la legislación o técnica legislativa, para conseguir el perfeccionamiento de las leyes, y termina apuntando algunas notas que considera convenientes para la reforma de la Comisión General de Codificación.

LUIS MARÍA CAZORLA PRIETO disertó sobre *La codificación como función de los poderes públicos en el Estado contemporáneo. El caso español*. Comienza con una referencia a la ideología y a las técnicas jurídicas de la codificación, diciendo a seguido que la codificación clásica surge y se desarrolla en una realidad determinada, la propia del Estado y la situación liberal de la época decimonónica; por ello, la transformación sufrida por la sociedad hasta hoy, a lo largo de las últimas décadas, ha dejado profunda huella en el fenómeno codificador. En el Estado contemporáneo sólo es posible la codificación con un objeto y alcance distintos a los de épocas pasadas, teniendo en cuenta las nuevas directrices de la Constitución, que proclama los principios de seguridad jurídica, legalidad y de interdicción a la arbitrariedad.

Por ello termina con un juicio conciso respecto a lo que constituye hoy en España la suerte de la codificación. Según él, la codificación, como impregnadora del sistema de producción normativa, ha sido abandonada; no obstante, la defensa de los logros codificadores en el Derecho Civil y en el Penal ha sido aceptable en lo referente a un texto codificado mínimo; no cabe decir lo mismo en lo tocante al Derecho Mercantil, pues su Código subsiste como una

reliquia desbordada por multitud de leyes especiales que son fruto inevitable de los tiempos que corren.

ANTONIO PAU PEDRÓN, Decano del Colegio de Registradores, expuso el tema concreto de *La segunda codificación*, mostrando su extrañeza porque en los Estatutos de la Comisión General de Codificación de 1997 se venga a proclamar, precisamente, el final de los códigos, diciéndose que la dinamicidad de nuestra sociedad impulsa la proliferación de disposiciones normativas que son rápidamente sustituidas o modificadas, y ello hace inútil todo intento de codificar, y habla del necesario tránsito de la codificación tradicional a la actual época de las leyes especiales.

Contra esto dice PAU que la inestabilidad de las normas es un signo poco esperanzador para la evolución del Derecho y pone en peligro uno de los máximos valores de la sociedad que es la seguridad jurídica. Además, hace notar que está en contra de la tendencia que va tomando cuerpo en Europa y países del *common law* de aceptar la viabilidad de la codificación, habiéndose promulgado varios códigos en los últimos años.

Aparte otras razones, la segunda etapa codificadora se justifica por la más acuciante de carácter técnico y que es la desorbitada proliferación normativa que existe en algunos países. Pero, además, la realización del Estado de Derecho hace necesaria la clarificación normativa; la efectividad de los principios constitucionales pasa por una previa simplificación del ordenamiento. Como premisa de carácter económico, dice PAU, la segunda codificación trata de homogeneizar los costes y de limitar la necesidad de los intermediarios o «mercaderes del Derecho»; por último, se facilita a los Estados un importante medio de política económica. Delimita lo que, a su juicio, debe ser el ámbito y el perimetro de esa segunda codificación; el ámbito ha de ser más amplio por la expansión de numerosas nuevas ramas jurídicas; en cuanto al perimetro, debe resolverse con sentido común porque ha de orientarse al ciudadano que es el destinatario de las normas. Sigue diciendo que a diferencia de la primera codificación que fue obra de grandes autores, ésta debe realizarse por «pequeños juristas» que sentados frente al ordenador, trasladen bloques de textos, intercalen párrafos, borren y agrupen.

Y termina opinando que la necesidad de la segunda codificación acabará imponiéndose, porque la descodificación afecta a la seguridad jurídica y porque la recodificación es un remedio suficiente. La segunda codificación, modesta en apariencia, es una gran tarea de política legislativa porque lleva consigo una clarificación normativa. Por eso se ha dicho, con razón, que el código es el futuro de la ley.

GUY BRAIBAUT habló sobre *El modelo francés de la nueva codificación*, señalando que este movimiento se reanuda después de la segunda guerra mundial con un espíritu de reforma administrativa más que de puesta en orden jurídico, y a tal efecto lo describe evocando las cuestiones referentes a los objetivos, los principios y los agentes, para terminar con el balance y el programa, y opinar, como resumen, que la codificación es uno de los mayores retos jurídicos en este cambio de milenio.

*La codificación del Derecho comunitario europeo* es el trabajo que expone ANTONIO MARIA CAEIRO, diciendo que uno de los principios generales del ordenamiento comunitario es el de la seguridad jurídica, por lo que debe cuidarse la claridad de sus normas que está en función de su adecuada redacción. Examina las técnicas utilizadas para procurar esa claridad a medida que se le aportan modificaciones. A guisa de conclusión recuerda que son los Estados

miembros los que tienen el papel principal en el mantenimiento de la claridad en la legislación, especialmente en la incorporación a sus ordenamientos de los textos de las Directivas.

Finaliza el libro con dos estudios referidos a *Perspectivas de nuevas codificaciones españolas*. El primero se refiere a la codificación en el Derecho Administrativo, que expuso ANGEL MENÉNDEZ REXACH, señalando que las tendencias actuales son contradictorias, pues unos opinan que es viable el espíritu codificador en la parte general, mientras que hay una gran dispersión normativa en la parte especial.

En cuanto a la codificación penal, ANTONIO OBREGÓN GARCÍA opina que la perspectiva de una nueva codificación es más bien una realidad presente en cuanto ya hay un Código de 1995; más bien hay que cuestionarse cuál es el futuro de dicho Código. Concluye que es deseable que se siga alentando el impulso codificador que ha significado éste de 1995, y en tal sentido sería recomendable que se pusiera en funcionamiento la Sección de lo Penal en la Comisión General de Codificación.

JOSÉ MARÍA CORRAL GIJÓN

CERDÁ GIMENO, JOSÉ: *Derecho de Ibiza: pasado y futuro*. Edersa, Madrid, 1999. Un tomo de 581 págs.

Hace unos quince años, a poco de encargarme de la Secretaría de esta Revista, conocí a JOSÉ CERDÁ y desde entonces me honro con la amistad de este trabajador infatigable. En ocasión de ese saludo inicial me trajo para resumir y comentar el tomo XXXI de los conocidos *Comentarios*, dirigidos por el profesor ALBALADEJO, en el cual se estudian los artículos de la Compilación de Baleares referentes al Derecho que rige en Ibiza y Formentera.

Ya sabemos que Felipe V, fuese o no como represalia contra los que no le aceptaban, dictó el Decreto de Nueva Planta por el que se trataba de hacer tabla rasa del Derecho Foral, cosa que no consiguió del todo, aunque no le faltó mucho. Tras los avatares de la codificación, la situación, en cuanto a las Islas Baleares, quedó reflejada en el artículo 13 de nuestro primer Cuerpo legal en materia civil. Su redacción inicial resultaba un tanto engañosa, pues venía a decir, poco más o menos, que el Código regía plenamente y como fuente directa en las Baleares, en tanto no se opusiera a las disposiciones o costumbres forales, dando a entender que éstas eran más bien escasas y de carácter residual.

La realidad era distinta, según lo mostró la Compilación de 1961, cuyos artículos, nada menos que 86, demostraron claramente que allí había un Derecho especial vigente de cierta importancia.

El Notario JOSÉ CERDÁ, que lleva casi toda su vida profesional en Ibiza, redactó el libro que hemos dicho, sólo dedicado a las especialidades de Ibiza y Formentera, las llamadas Islas Pitiusas desde tiempos romanos, en las cuales, como reconoce la Compilación, tiene vigencia un Derecho consuetudinario, que ya es legal, transmitido de generación en generación, y que constituye un verdadero estatuto propio y diferenciado.

El autor, pues, sabe todo sobre la realidad jurídica de aquellas islas. No nace su ciencia de haber leído todos los libros existentes sobre el tema, sino que ha buceado en los protocolos notariales los documentos de varios siglos

y de ellos ha obtenido la realidad vivida de los contratos, testamentos y heredamientos otorgados en la vida práctica. Si a eso se añade su propia experiencia profesional, podemos afirmar, sin exagerar, que JOSÉ CERDÁ conoce como pocos cuál es el Derecho que rige y se vive en las repetidas Islas Pitiusas. Ha participado activamente en las tareas de la revisión de la Compilación inicial de Baleares y su trabajo ha quedado reflejado en la Ley autonómica de 1990, origen del texto refundido aprobado por Decreto legislativo del 6 de septiembre del mismo año.

En una nota previa de este libro, el autor nos explica su contenido, diciendo que el motivo de su edición es la falta de trabajos aclaratorios de cómo llegó a operarse esa reforma del ordenamiento foral balear contenido en la Ley autonómica de 1990. En este libro se reproducen algunas iniciativas personales del autor al efecto, unas ya publicadas en otros lugares y algunas otras más que permanecían inéditas y ahora se sacan a la luz.

Los trabajos están englobados en tres capítulos: En el primero se contienen los referentes a varios problemas que se analizan; en el segundo se narra la reforma de la Compilación, y en el apartado final se incluyen los trabajos del autor en los que se refiere a la subsistencia del Derecho Foral de Ibiza y Formentera, o sea, el futuro de esas normas y costumbres.

En el primer apartado, que titula *Unos problemas específicamente analizados*, incluye CERDÁ varias exposiciones doctrinales sobre puntos concretos, empezando por reproducir una conferencia que pronunció en 1979 en el Colegio de Abogados de Baleares sobre las capitulaciones matrimoniales en Ibiza y Formentera, mejor conocidas por el nombre de «espolits», materia que el autor ha estudiado a fondo y en la que es un auténtico especialista. En los archivos notariales de Ibiza, JOSÉ CERDÁ ha estudiado detenidamente el proceso seguido en los formularios notariales desde el siglo xv a nuestros días, obteniendo unas reflexiones ancladas directamente en la realidad social de las islas, engarzando esos documentos con los textos legales y las decisiones judiciales ha podido obtener un conocimiento exhaustivo de la institución que expone magistralmente.

Otro artículo recogido en el libro es el referente a las legítimas en Ibiza y Formentera, que insertó en el libro homenaje a JUAN VALLET DE GOYTISOLO. Es un trabajo completo y documentado en el que afirma que estas cuotas legitimarias, introducidas en 1960, son una legítima *pars valoris bonorum*, y tiene como valor preferente el de mantener la conservación de la tradición recibida en cuanto se adecua a la realidad social actual.

La legítima de las Islas Pitiusas, según el artículo 79 de la Compilación es, para los descendientes, la tercera parte del haber, si son cuatro o menos los sucesores y la mitad si exceden de este número, siendo de libre disposición la parte restante. La legítima de los ascendientes se rige por los artículos 809 y 810 del Código Civil.

A unas jornadas sobre Derecho catalán celebradas en Andorra, JOSÉ CERDÁ presentó una comunicación que trata sobre la sucesión intestada en Baleares, también con la profundidad y extensión acostumbradas en él, o sea, un estudio muy completo que en el libro puede verse. El mismo lo resume diciendo que en Baleares el sucesor intestado adquiere la posición jurídica del heredero, como tal ostenta la titularidad de un derecho hereditario en abstracto y cuando este derecho se concreta puede disponer de los bienes hereditarios y, por último, entiende que los puntos relativos a la comunidad hereditaria y a la partición de la herencia deben regirse por las normas del Código Civil.

Esta primera parte del libro contiene, a continuación, una respuesta a consulta formulada sobre una proposición legislativa para modificar la Compilación en materia de testamento mancomunado entre cónyuges en Baleares. Entiende CERDÁ que parece prudente una consulta general a los Notarios ejercientes sobre los distintos testamentos que se otorgan y considera que en las Islas Pitiusas la posible introducción de este testamento no cuenta con ninguna tradición secular, ni con apoyo en documento alguno, ni tampoco con demandas fundamentales de los juristas ni de los pobladores insulares.

Algunos otros trabajos, más breves y concretos, que emanan de posiciones o propuestas de diversos grupos políticos que parece como si quisieran descubrir el Mediterráneo a pesar de tenerlo allí mismito, en materias de supuestas especialidades jurídicas, en esa ansia de resaltar particularismos, a las que responde CERDÁ con su ciencia y su sensatez, que ya está todo más que descubierto. Al efecto, se recogen las consultas evacuadas sobre legítimas y el célebre testamento mancomunado.

En el segundo gran apartado del libro se abarca la reforma o revisión que se efectuó de la Compilación de 1961, distinguiendo las materias aplicables a todo el archipiélago de los puntos tan sólo referidos a Ibiza y Formentera. Se recoge, en primer lugar, su conferencia en el Colegio Notarial de Baleares en 1981, donde traza las líneas directrices que deberán seguirse por la comisión de juristas de Ibiza. En 1973 elevó el autor un informe sobre la revisión del Derecho especial de Ibiza y Formentera, leído en el Juzgado de Ibiza y después publicado en el Anuario de Derecho Civil; se transcribe en este libro y contiene una detallada exposición de las especialidades vigentes y vividas en estas islas.

En 1982 se remite a esa comisión otro informe sobre la situación actual del Derecho Civil en Baleares, con referencia especial a las Pitiusas, recalándose la necesidad de un estudio previo de las peculiaridades de estas últimas, con inserción de un anteproyecto normativo para el libro III de la Compilación, que se sometió a información pública.

Infatigable en la tarea, CERDÁ recoge aquí otros dos informes acerca de la situación actual en Baleares y su proceso de revisión, con fechas 1985 y 1989; este último se publicó en una conocida revista. También se transcribe en el libro la Memoria de la Comisión de juristas, donde se justifica la revisión que se propone.

Las dos primeras partes del libro contienen tanto el pasado como el presente del Derecho de Ibiza. Ahora llega la tercera parte que se refiere a la subsistencia del Derecho Foral en las Islas Pitiusas, o sea, su futuro. Aquí CERDÁ nos presenta algunos de sus trabajos dispersos pero que tienen una cierta unidad interna en cuanto postulan una mayor atención a la incidencia inevitable de los cambios sociales que deben tenerse en cuenta en el futuro para la pervivencia del viejo Derecho de estas islas.

Contempla, en primer lugar, el cambio operado por el hecho de la incorporación de la mujer al mundo del trabajo, de modo que ya no es aquella mujer que estaba atada a la tierra agrícola. Sobre el tema nos reproduce artículos y conferencias en donde se pone de manifiesto ese cambio social y sus consecuencias jurídicas.

Sobre el Derecho privado de Ibiza siguen una conferencia y un artículo inserto en un libro de la Comunidad Autónoma. Además, sobre la conservación de este Derecho especial se recoge otro artículo que se publicó en *La Notaría* de Barcelona.

El libro termina con un anexo donde se recogen diversas actas notariales de gran relevancia para lo que VALLET ha llamado la determinación notarial del Derecho y otros documentos relativos a estos temas.

Una vez más, JOSÉ CERDÁ GIMENO, Notario de Ibiza, valioso colaborador antiguo y frecuentísimo de esta Revista, aparece en nuestras páginas. Una vez más tenemos que alabar su obra; la anterior, la contenida en este interesantísimo libro y la que esperamos nos siga brindando en el futuro. Gracias por todo.

FRANCISCO CORRAL DUEÑAS

RIVAS MARTÍNEZ, JUAN JOSÉ, Notario de Madrid y Registrador de la Propiedad: *Derecho de sucesiones, común y foral*. Tomo I, 2.<sup>a</sup> edición, Dykinson, Madrid, 1997, 878 págs.

Agotada la primera edición de este Derecho de Sucesiones, el autor afronta esta segunda, enriquecida notablemente con las últimas modificaciones legislativas, de verdadera trascendencia, con lo que el libro aparece totalmente actualizado... por ahora, pues, dada la alegría y hasta frivolidad legiferante que nos zarandea, es realmente difícil conseguir una obra absolutamente puesta al día.

Aparte estas consideraciones, es de señalar que los libros sobre cualquier materia tienen diversas categorías con diferente alcance, muchas veces de acuerdo con su extensión y de conformidad con su contenido. Así, desde los *compendios*, breve y sumaria exposición de lo más sustancial de una materia, a los *tratados*, pasando por las *instituciones*, *estudios*,  *cursos*, *lecciones*, etc. En España, además, florece un especial modo de literatura jurídica que se acoge al expresivo título de *contestaciones*, consecuencia del peculiar sistema selectivo de las oposiciones. Estas contestaciones, bajo su característico título, albergan muchas veces verdaderos tratados, si bien ceñido su sistema a los cauces del cuestionario, y bien pueden citarse como paradigmáticas las excelentes obras de CASTÁN, en cuanto al Derecho Civil, y ROCA SASTRE respecto al Derecho Hipotecario, a las que con toda justicia hay que añadir actualmente ésta de RIVAS, objeto de las presentes líneas, que aunque no adopta dicha expresiva denominación, se adapta al programa de las oposiciones al título de Notario.

Este primer tomo estudia la sucesión *mortis causa* en general, con referencia a su reconocimiento constitucional, así como los conceptos de heredero y legatario, con detenimiento en el legado de parte alícuota, en la institución *ex re certa* y en la herencia yacente. Trata, seguidamente, de la sucesión testada con estudio de las diversas clases de testamento, tanto en Derecho común como foral, y examina la interpretación de las disposiciones testamentarias así como su nulidad, revocación y caducidad. Pasa, a continuación, al estudio de la institución de heredero, concepto, requisitos y forma de designación (condicional suspensiva y resolutoria, a plazo y bajo modo), y sigue con las instituciones a favor del alma, de los parientes y de los pobres. Analiza, a seguido, los presupuestos de la vocación y concluye con las causas de indignidad y de prohibición. La obra, este primer tomo, incorpora una bibliografía verdaderamente exhaustiva que abarca no sólo obras generales, sino libros especializados en materias concretas y trabajos y artículos de revistas. Es de resaltar esta concienzuda y minuciosa recopilación de la que da idea su extensión, ya que comprende las páginas 767 a 836, y que constituye una guía

utilísima para quien desee profundizar o tratar cualesquiera de las materias que se comprenden en este primer volumen.

La obra constituye una aportación dignísima y de primera línea al estudio del Derecho sucesorio español. No sólo se detiene en los precedentes históricos, con especial referencia al Derecho romano y a las opiniones de nuestros clásicos, sino que recoge y acertadamente extracta las aportaciones de nuestros juristas actuales sin olvidar las más relevantes de la doctrina extranjera emitiendo, además, su propia opinión. No olvida, naturalmente, ni las más significativas sentencias del Tribunal Supremo ni las decisivas resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado. Pero, a mi juicio, lo más interesante de la obra es que se nota que está escrita por un Notario para los Notarios y que revela que procede de un jurista práctico, que, sin desdeñar las elucubraciones doctrinales, llega a conclusiones firmemente asentadas en la realidad y debidas, me parece, a su experiencia profesional. Así se explica el ingente cúmulo de supuestos, problemas y preguntas que plantea y que resuelve con altura científica y con conclusiones siempre con proyección a la absorbente realidad. El autor, en definitiva, no sólo expone opiniones doctrinales, sino que se encara con las cuestiones, en otras palabras, *se moja*, esto es, expone el problema y da la solución que racionalmente estima más adecuada, a veces en una loable interpretación integradora de las normas, teniendo en cuenta que la misión del jurista y quizá específicamente del Notario, no sólo es percibir las dificultades, sino, sobre todo, resolverlas. El libro tiene así, entre otros, el mérito crítico de asentarse en principios realistas frente a los posibles extravíos especulativos de los métodos puramente dogmáticos y de sentar una base firme de interpretación frente al relativismo aformal de los posibles adeptos a las escuelas del Derecho popular.

Es una obra de estudio, de profundo y detenido estudio, que está al día en cuanto a la complicada problemática que lleva consigo esta rama del Derecho Civil, que, en definitiva, abarca en el supremo trance de la vida —*ad vitae supremum exitum*— todo el contenido del Derecho privado.

La obra, como se dice, contesta al programa de las oposiciones al título de Notario, por lo que, naturalmente, está dirigida a los opositores, pero, acertadamente y como debe ser, rebasa ampliamente esta concreta finalidad. No contesta al programa, sino que suministra material abundante y selecto para contestar, puesto que sus 764 páginas se ajustan a ocho temas del cuestionario (101 a 108, ambos inclusive). Ante la profusión de temas entregados a los opositores por las diferentes academias preparatorias, que contienen respuestas ajustadas a tiempo (18 ó 20 minutos), es absolutamente necesario advertir su notorio riesgo, ya que proporcionan *discos* que obligan al sufrido opositor a aprendérselos casi literalmente de memoria, que muchas veces son insuficientes para el conocimiento de la materia y que solamente dan una peligrosa apariencia porque el tercer ejercicio requiere unos conocimientos que las *contestaciones*, constreñidas por el reloj, no pueden contener, aparte la posibilidad que supone olvidarse de algo en el examen oral que luego no puede suplirse con otros conocimientos que no se tienen. El opositor precisa inexcusablemente un libro de cabecera, que explique y amplíe la materia y al cual acudir ante las vacilaciones siempre existentes en cualquier ciencia y, evidentemente, éste me parece que, por su proyección práctica, por su altura científica y por su *subconsciente* notarial, es el libro adecuado para elucidar dudas y para adquirir una base científica con la que suplir las inevitables deficiencias de las *contestaciones* propiamente dichas. Pero el libro, insisto, desborda

ampliamente este aspecto de las meras contestaciones, adquiere la profundidad y la extensión de un tratado que, por su efectivo y real contenido, es un material utilísimo, no sólo para los opositores al título de Notario (que bien puede extenderse y abarcar a los demás que precisen conocimientos amplios y precisos del Derecho de sucesiones), sino también, y sin duda alguna, para los estudiosos y profesionales del Derecho en todas sus manifestaciones.

Por lo demás, el libro está escrito en prosa tersa, fluida y correcta. Tipográficamente está impreso en caracteres, perfecta y cómodamente legibles, y se presenta pulcramente encuadernado.

No sólo es preciso felicitar al autor, como con toda sinceridad lo hago, sino que es menester comprometerlo, a la terminación de estas *contestaciones*, al temario de Derecho Civil en su totalidad, esto es, continuando con la sistemática savignyana, a escribir sobre Parte general, Derechos reales, Obligaciones y Derecho de familia. Ya me consta que es harto difícil abordar tan monumental obra con la altura y la proyección práctica alcanzadas hasta ahora. Pero todo cabe esperar de JUAN JOSÉ RIVAS que, si quiere, puede hacerlo, porque conocimientos científicos, experiencia, sentido crítico y voluntad ha demostrado que no le faltan.

ANTONIO DE LA ESPERANZA MARTÍNEZ-RADÓ

PAU PEDRÓN, ANTONIO: *Don León Galindo, entre leyes y palabras*. Seminario Jerónimo González. Centro de Estudios Registrales del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 1999. Un tomo de 242 págs.

Tras una pausa, aparece un nuevo tomo de la serie dedicada a presentar biografías de los personajes más salientes de hipotecaristas insignes que destacaron en la formulación y desarrollo de la legislación y la ciencia registral.

Esta vez sale a la luz la figura de don LEÓN GALINDO DE VERA, presentada por el Decano del Colegio de Registradores, nuestro compañero ANTONIO PAU PEDRÓN, que ya nos ha mostrado en otras ocasiones su maestría narrativa en estos menesteres. Al principio de esta serie nos habló de don BIENVENIDO OLIVER, y ahora, una vez más, nos expone la vida y la obra de otro hipotecarista, de modo tan completo y a la vez tan ameno que el libro se lee de un tirón.

En el caso que nos ocupa es posible que más de uno, acostumbrado a ver en los libros las citas de GALINDO Y ESCOSURA o GALINDO Y ESCRICHE, descubra ahora que este GALINDO es o fue don LEÓN GALINDO DE VERA, él sólo y distinto de los otros, que únicamente fueron colaboradores en los *Comentarios a la legislación hipotecaria de España y Ultramar* y en el *Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia*, respectivamente. Las citas a pie de página, siempre un tanto comprimidas, tienen ese efecto, tal ha podido ocurrir más recientemente con el tandem CHICO-BONILLA en sus apuntes, como nos comentó después con su gracejo habitual el recordado JOSÉ MARÍA CHICO. Por el contrario, no ha faltado quien creyera que MORELL Y TERRY eran dos personas cuando en realidad era uno sólo.

Dejemos anécdotas y vayamos al libro. ANTONIO PAU nos pinta a don LEÓN GALINDO DE VERA como un «guerrillero independiente», tal como se definiera el propio biografiado con ocasión de defender su ortodoxia católica frente a los dicerios de los krausistas de la época. Estos se burlaban de los que llamaban

«neo católicos», cuando, como decía el propio GALINDO, sabían ellos muy bien que en realidad eran verdaderos católicos viejos, católicos por los cuatro costados, católicos que no pueden creer ni querer más de lo que cree y quiere la Iglesia católica. En el libro se recogen expresivos pasajes en los que GALINDO manifestaba su fe inquebrantable, de la que hizo gala toda su vida.

En lo profesional, don LEÓN GALINDO inició su andadura por la carrera judicial, que desempeñó durante varios años, en los que hubo de mantener el principio de la autoridad y la justicia, a veces con riesgo de su vida, tal como aconteció en Lucena del Cid con ocasión de los hechos revolucionarios de 1848, que le ocasionaron, a posteriori, roces con el Capitán General de Valencia y hasta un expediente disciplinario en que fue absuelto.

La tensión del incidente, nos dice PAU, le produjo varios trastornos psíquicos y físicos, y los médicos le prescribieron baños sulfurosos, una terapia muy habitual entonces, y GALINDO pasó unas semanas en el pueblo ciudarrealdeño de Puertollano, donde es de suponer que se curó. Es un detalle que me cae cercano y hasta simpático, pues da la casualidad de que Puertollano es el pueblo de quien esto escribe, y puedo atestiguar que, efectivamente, allí tenemos unas estupendas aguas medicinales de una eficacia curativa comprobada. Así lo afirmó, nada menos que en el año 1697, el doctor don ALFONSO LIMÓN MONTERO, Catedrático de Hidrología Médica de la Universidad de Alcalá de Henares, en su libro *Espejo cristalino de las aguas de España*, donde hace una amplia descripción de sus cualidades y un cumplido elogio de dichas aguas. Además de nuestro personaje, otras muchas personas han pasado por Puertollano para tomar lo que popularmente se conoce como «el agua agria»; podemos citar al General NARVÁEZ, que fuera Presidente del Consejo de Ministros con Isabel II, conocido como el «Espadón de Loja», que allí mandó construir una artística «Casa de Baños», que se conserva, y es uno de los edificios característicos de Puertollano. Perdonen esta expansión de efervescencia localista, pero me ha llamado la atención la cita del libro y no he podido dejarla pasar sin esta pequeña disgresión aclaratoria.

Pero volvamos al cauce normal del comentario, que es el iter profesional del biografiado. En 1860, GALINDO se traslada a Madrid, abriendo bufete de abogado, pero al año siguiente, al publicarse la Ley Hipotecaria, se crean plazas de letrados de la nueva Dirección General del Registro de la Propiedad y él obtiene, por oposición, una de ellas, y en los años sucesivos allí desempeña varios relevantes servicios, con el paréntesis de los años de exilio posteriores a la revolución de 1868. Después, su vida parlamentaria, sus investigaciones históricas y lingüísticas y su actividad académica no fueron obstáculo para que LEÓN GALINDO fuera uno de los primeros hipotecaristas, teóricos y prácticos, de su época. Los *Comentarios a la legislación hipotecaria*, que escribió en colaboración con RAFAEL DE LA ESCOSURA, es una de las obras más rigurosas sobre la materia, según prueba el hecho de que se alcanzaran cuatro ediciones.

En este libro se reseñan después las obras jurídicas del biografiado y su actuación en el Congreso de los Diputados. A la vuelta de su exilio es elegido Académico de la Lengua, y ya los últimos años de su vida los dedicó LEÓN GALINDO a los estudios jurídicos. Aparte de los *Comentarios* antes citados, acabo el *Diccionario* que había iniciado JOAQUÍN ESCRICHE.

ANTONIO PAU hace un resumen de las ideas registrales contenidas en los *Comentarios a la legislación hipotecaria de España y Ultramar*, donde GALINDO hace con gran precisión la exégesis de cada uno, de los incisos de la Ley Hipotecaria referentes al valor de la inscripción, la inoponibilidad del título

no inscrito, la inadmisión de estos títulos por los tribunales, el ámbito de la calificación y su posible revisión judicial, la liquidación del impuesto como requisito para la inscripción y el interés de quien quiere conocer el contenido del Registro.

En la segunda parte del libro, como es ya habitual en las monografías de esta serie, se recoge una antología de textos de don LEÓN GALINDO, concretados, en este caso, en voces del diccionario que inició ESCRICHE, y que se incluyen en la edición de 1874.

Entre dichas voces se señalan las siguientes:

— Asientos de presentación. Son los que se extienden en el libro diario, formalizando un breve extracto de los títulos que se presentan en el Registro.

— Anotaciones preventivas, como asientos provisionales del dominio, derecho real o responsabilidad que afecta a una finca, hasta que se inscriba definitivamente. A continuación hace un estudio más amplio que llega a las cincuenta páginas de este libro.

— Cancelaciones. Asientos en los libros por los que se extinguen las inscripciones o anotaciones de dominio o derechos reales.

— Inscripciones en el Registro, que analiza también ampliamente. Errores del Registro, para corregirlos se relacionan las medidas oportunas.

— Registrador, funcionario encargado de los Registros de la Propiedad y por ello de anotar, inscribir, cancelar y certificar. Hace una breve historia de la creación y desenvolvimiento del Cuerpo.

— Como final, hace una relación parecida del Registro como institución y oficina.

En resumen, reiteramos que dentro de la interesante serie patrocinada por el Seminario Jerónimo González del Colegio de Registradores, este libro sigue la línea conducente a mostrarnos la vida y obra de nuestros más destacados hipotecaristas. En este caso el autor, ANTONIO PAU, lo hace con un gran acierto y la amenidad suficiente como para leerlo con verdadero agrado.

FRANCISCO CORRAL DUEÑAS

ARNÁIZ EGUREN, RAFAEL: *La inscripción registral de actos urbanísticos*. Edición del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España y Marcial Pons, Madrid, 1999. Un tomo de 706 págs.

Desde la promulgación de las primeras normas reguladoras del suelo se sintió la necesidad de conjugar sus actuaciones con la publicidad registral, imprescindible para dotar al urbanismo de medios conducentes a su mejor realización, conservación y disciplina.

En la Ley de 1956 ya se decía, aunque un tanto de pasada y sin mucha convicción, que los actos administrativos que se produzcan en el ejercicio de las funciones reguladas en la ley podrían ser anotadas e inscritas en el Registro de la Propiedad. En la Ley de 1975 ya se hablaba más claramente de la adaptación de la legislación hipotecaria a las normas urbanísticas. Y en la Ley de reforma de 1990 se incluyó una importantísima Disposición Adicional reguladora del aspecto registral del urbanismo, que se trasladó a los artícu-

los 307 a 310 del texto de 1992, que subsisten al ser respetados por la célebre sentencia del Tribunal Constitucional.

En tal Disposición de 1990 se declaraba que el Gobierno aprobaría las correspondientes normas reglamentarias para su desarrollo.

Ya en diciembre de 1988, los Registradores de la Propiedad, en su Asamblea General celebrada en Barcelona, declararon que consideraban indispensable la adaptación del Reglamento Hipotecario a la legislación urbanística, y para ello se postulaban varias medidas. Entre ellas, se declaraba urgente el desarrollo de normas reglamentarias sobre la inscripción de expedientes de expropiación forzosa en materia urbanística, de proyectos de compensación y reparcelación, de cesiones de suelo para equipamientos o en concepto de aprovechamiento medio, fuera del esquema de un sistema de actuación determinado, de negocios jurídicos que tengan por objeto el aprovechamiento urbanístico, de publicidad registral de medidas cautelares administrativas o jurisdiccionales en materia de disciplina urbanística, y sobre el reflejo registral de licencias de parcelación y de edificación. Se pedía que en dicha reglamentación se resolviese con claridad el tipo de asientos que habrían de practicarse, su eficacia y, en su caso, su régimen de caducidad.

A pesar de estas urgencias mostradas por el Cuerpo de Registradores y del plazo perentorio de seis meses que se había fijado en la Ley de 1990, hasta bastantes años después no se publica, por Real Decreto 1093/1997, el texto «por el que se aprueban las normas complementarias al Reglamento para la ejecución de la Ley Hipotecaria sobre inscripción en el Registro de la Propiedad de los actos de naturaleza urbanística». El título de la disposición, hay que reconocerlo, es tan largo que apenas se puede enunciar de corrido sin respirar y resulta de difícil cita. Por ello unos le llaman simplemente «Normas», otros «Reglamento de Urbanismo» y no faltan los chuscos que abrevian y refunden a la vez y le llaman «Reglamento Hipo-suelo». De todo hay, qué le vamos a hacer.

Pero empecemos ya a comentar el libro que nos ocupa. Es, ni más ni menos, que una amplia explicación e interpretación de este Reglamento, hecha magistralmente por uno de nuestros más acreditados urbanistas que es RAFAEL ARNÁIZ, actual Registrador de la Propiedad de Alcorcón, autor, como sabemos, de varios libros y muchos importantes trabajos sobre esta materia.

La interpretación que nos hace, bien podemos calificarla como de cuasi auténtica, puesto que el autor intervino de modo patente e importante en algunas de las comisiones que se formaron para su estudio y redacción y, por tanto, sabe de qué va y nos puede informar de primera mano.

El libro, pues, tiene un contenido muy valioso en cuanto que a la calidad doctrinal del autor hay que añadirle su sentido práctico al enfocar las diversas cuestiones que se afrontan en los comentarios a los preceptos reglamentarios.

El autor sigue en la obra el sistema de contemplar los artículos de las «Normas» en el mismo orden numérico de la disposición, coordinando su contenido registral con las correspondientes normas urbanísticas aplicables. La tarea es, evidentemente, compleja, pues no puede olvidarse que rigen, formando una verdadera jungla, un montón de variadas disposiciones nacionales y autonómicas en una mezcla increíble, más oscurecida aún desde que el Tribunal Constitucional vino a dejarnos la duda de si los derogados artículos de la Ley de 1992 han de suplirse con los de la Ley de 1976. RAFAEL ARNÁIZ, técnico indudable en la materia, sale airoso del trance y consigue una muy apreciable coordinación entre las normas hipotecarias y urbanísticas.

Ciertamente el libro tiene una clara y conseguida finalidad práctica, aunque también, aunque el autor diga otra cosa, no se han rehuido las cuestiones doctrinales, sino que se abordan, como veremos, a la hora de clarificar y clasificar las normas urbanísticas aplicables a los distintos supuestos de situaciones que han de ingresar en los folios registrales.

Tras una introducción aclaratoria, donde se recogen los antecedentes y propósitos, el autor aborda el estudio de este Reglamento siguiendo su propia estructura a lo largo de doce capítulos que comprenden sus noventa y un artículos, desde las disposiciones generales hasta el régimen de venta forzosa.

Se hace un comentario de cada uno de los artículos, globalmente o desglosando sus párrafos por separado cuando es preciso, con estudio de su texto en sí o poniéndolo en relación con otras disposiciones concomitantes o aclaratorias, con lo que se facilita su comprensión y las directrices para su aplicación en la práctica. En estos casos suelen ser las normas autonómicas las más frecuentes y precisas, por su variabilidad característica, las que interesan al profesional en cada caso.

Especial comentario merece el capítulo X, relativo a los actos de parcelación. Aquí el autor ha elaborado un esforzado estudio en el que trata de defender el criterio permisivo adoptado por estos artículos de las Normas, pero hemos de confesar que sus argumentos siguen sin convencernos. No es cosa de repetir ahora lo que ya hemos expuesto en otras ocasiones, pero insistimos en que la Ley del Suelo no es tan elástica como se pretende, ya que el artículo 259-3 del texto de 1992, a salvo de la escabechina de la sentencia antes dicha, exige licencia para escriturar e inscribir estos actos en todo caso. Y especialmente hemos de decir que el artículo 80 de estas Normas está en rotunda oposición con la regla superior, por ser de rango legal, del artículo 24 de la Ley de Modernización de las Explotaciones Agrarias, cuyo texto es bien rotundo: Serán nulos y no producirán efecto entre las partes ni con relación a terceros, los actos o negocios jurídicos, sean o no de origen voluntario, por cuya virtud se produzca la división de estas fincas cuando den lugar a parcelas de extensión inferior a la unidad mínima de cultivo.

Dada la clara finalidad de dicha Ley de proteger las unidades de cultivo y la firmeza de la prohibición de dividir ilegalmente, no caben, en modo alguno, las convalidaciones que se pretenden. El Registrador no sólo puede calificar, sino que ha de negar estas pretendidas inscripciones porque el artículo 18 de la Ley Hipotecaria así lo ordena, ante la clara ilegalidad de estos actos. La ley es la ley, aunque no nos guste, tal como lo expresaba el apotegma romano: *Dura lex sed lex*; no vale acudir a aquello que dicen que dijo el Conde de Romanones de que no le importaba una ley de la oposición con tal que le dejaran hacer a él el Reglamento para poner las cosas a su gusto. Entre ambos aforismos, ¿qué quieren que les diga?, me quedo con el Romano y rechazo el Romanones.

El libro se completa con dos índices, uno el sistemático, que sigue el propio orden de los artículos del Reglamento, y otro analítico por conceptos, que facilita la consulta rápida y es de gran utilidad.

Al enjuiciar el contenido del libro decimos una vez más que es un estudio completísimo y consigue la finalidad práctica de ofrecer a los profesionales un estupendo instrumento de trabajo. RAFAEL ARNÁIZ conoce perfectamente la materia y así nos lo demuestra una vez más. La obra servirá para aclarar toda duda en este sector del urbanismo que es cada vez más frecuente en nuestros despachos.

MANZANO SOLANO, ANTONIO: *La demanda de inscripción en el Registro de la Propiedad*. Editorial Atelier-Civil, Barcelona, 1999. Un tomo de 179 págs.

Aparte otros muchos trabajos sobre diversos temas jurídicos, ya son varios los referentes al asiento de presentación los que ha escrito en esta Revista el autor del libro que presentamos. También ha tratado esta cuestión en el tomo II de su libro *Derecho Registral Inmobiliario para uso de universitarios*, que se editó por el Centro de Estudios Registrales del Colegio de Registradores.

Por ello los lectores conocen bien la ejemplar trayectoria personal y profesional de nuestro compañero ANTONIO MANZANO SOLANO, Registrador de la Propiedad de Córdoba y profesor de su Universidad, con cuya amistad nos honramos.

Gran trabajador y acreditado teórico hipotecarista, no para de ofrecernos muestras de su tarea incesante. Ahora hemos recibido este libro, que vamos a comentar que, aunque por su reducido volumen parezca otra cosa, tiene un contenido doctrinal y denso lo suficiente para calificarlo de obra importante.

En efecto, en pocos años a esta parte se han producido las suficientes innovaciones legales y reglamentarias en esta materia como para que se haya hecho preciso recogerlas y reflejarlas. Y esto es lo que hace ANTONIO MANZANO, refundiendo lo que ya dijo con lo que es preciso añadir, y así lo lleva a cabo a través de siete capítulos en los que trata del principio de rogación que implica la necesidad de pedir la inscripción de los títulos, petición que se refleja en el asiento de presentación.

En el capítulo primero el autor estudia el procedimiento registral, que tiene por finalidad conducir a la práctica del asiento u operación solicitados para que, una vez constituidos los derechos en «estado registral», sea posible la publicidad y la producción de sus efectos esenciales. La actividad procedimental gira en torno a la calificación del Registrador y por ello es importante fijar la naturaleza de la función registral, punto controvertido en la doctrina; para unos es un proceso jurisdiccional, según otros es administrativo, otros de jurisdicción voluntaria. LACRUZ BERDEJO, en su conocido dictamen, considera a la función registral como independiente y peculiar, y la doctrina de la Dirección General ha declarado que no es una actividad administrativa sino que más bien está próxima a la jurisdicción voluntaria, pero sin confundirse con ella. El autor analiza estas posiciones, estudia las clases de procedimiento y los órganos del registral, desde el Registrador que califica a la Dirección General que resuelve en alzada con el Auto presidencial intermedio.

En el capítulo segundo trata de encuadrar el principio de rogación en el contexto de la doctrina general de los principios hipotecarios, para lo cual examina cómo son entendidos éstos desde el iniciador don JERÓNIMO GONZÁLEZ a la actualidad. Ahora se tiende a concebirlos desde un punto de vista estrictamente registral, para orientarlos en el sentido de su presentación como reglas del procedimiento y síntesis de los efectos del sistema.

Ya en el capítulo tercero se estudia la demanda de inscripción que llevan a cabo los interesados mediante la rogación o instancia al efecto. Recoge MANZANO la definición de GARCÍA GARCÍA, según el cual el principio de rogación supone que el Registrador no puede proceder de oficio respecto a la práctica de los asientos registrales, sino que tiene que actuar a instancia o solicitud de parte. Hay un verdadero derecho a pedir la inscripción que se manifiesta en los supuestos contemplados por el artículo 6 de la Ley Hipotecaria y que

puede verificarse de modo expreso, tácito o presunto, lo que se analiza ampliamente.

El autor titula de «demanda» la petición de inscripción con una terminología un tanto procesal. En la misma línea, en el capítulo cuarto llama «contestación a la demanda» a la práctica del asiento de presentación, cuyo concepto y esencia todos conocemos. El acto se refleja en el Libro Diario, que es el que realmente produce efectos jurídicos, a diferencia del otro libro registro de entrada que nos introdujeron por una disposición administrativa en 1983 y que todavía no he conseguido averiguar para qué sirve. Pero vamos a lo que realmente interesa y es el asiento de presentación, campo fuerte de ANTONIO MANZANO, que nos hace un estudio completísimo de sus elementos y formas. Aquí han llovido las novedades y en el libro se detallan las normas vigentes sobre las presentaciones por telefax, con sus múltiples requisitos, plazos y triquiñuelas de las que pueden depender la efectividad o el lamentable fallo del ansiado *Prior tempore*. De aquí la gran importancia de esta materia, que no dudamos en resaltar.

En el capítulo quinto se sigue estudiando el asiento de presentación, sobre todo en su visión estructural, mostrando las varias funciones que puede desempeñar y las consecuencias registrales que del mismo se derivan para conseguir la óptima eficacia del procedimiento registral. Hay que tener en cuenta que dicho procedimiento se incoa mediante la presentación, dando lugar a todos los efectos posteriores de la calificación, con la inscripción si es positiva o la suspensión o denegación, en su caso, que a su vez abre la puerta para interponer los recursos. Todo ello lo desmenuza MANZANO con una exposición amplia y total.

Siguen los efectos del asiento de presentación en el capítulo sexto, donde se estudia el aspecto de la prioridad registral. El artículo 24 de la Ley es básico en cuanto que, sea cualquiera la fecha del asiento de inscripción, sus efectos se retrotraen a la del asiento de presentación. De ahí la importancia de la atención que ha de prestarse a la duración de este asiento, procurando su prórroga antes de que se agote por caducidad. Todos sabemos los disgustos que pueden originarse cuando pierde su vigencia la presentación, sobre todo cuando hay otros títulos agazapados en espera y dispuestos a saltar sobre la presa. El autor nos hace una relación exhaustiva de los posibles medios de prórroga utilizables, lo que es de gran valor en la práctica.

En esta misma línea, el capítulo séptimo, último del libro, nos muestra la posibilidad de utilizar la anotación preventiva de suspensión por defectos como un medio de prorrogar el asiento de presentación. En la práctica así se hace con frecuencia y son varios los preceptos de la Ley o del Reglamento que lo permiten, por lo que no hay duda al respecto, y en tal sentido nos expone el autor tanto los argumentos como las normas en que se apoya esta opinión.

Termina este capítulo con el tema de la posibilidad de desistimiento a la demanda o petición de inscripción, claramente admitida a partir de la reforma reglamentaria de 1982. No se trata, nos aclara MANZANO, de una simple retirada del título, sino de una declaración de voluntad expresa que, cuando afecta a la totalidad del documento presentado, puede dar lugar a la cancelación anticipada del asiento de presentación antes del transcurso de su plazo legal de duración. Las opiniones doctrinales que estimaban que una vez presentado el título había de seguir automáticamente el proceso de registración, ya tienen difícil defensa desde que el artículo 433 del Reglamento Hipotecario

permite claramente el desistimiento hecho por el presentante o los interesados, aunque con las reservas naturales que en el mismo precepto se contienen.

Libro muy útil, ciertamente, donde se aclaran las múltiples dudas que se han suscitado por el aluvión de nuevas normas, circulares e instrucciones que se han prodigado en esta materia de informes y presentaciones. ANTONIO MANZANO, gran hipotecarista y hombre práctico, acierta, una vez más, en este tema del asiento de presentación, en el que indudablemente es especialista.

FRANCISCO CORRAL DUEÑAS

# REVISTA DE REVISTAS



## REVISTA GENERAL DE DERECHO

### Número 660 (Septiembre 1999)

«La perseguibilidad del delito fiscal», por IGNACIO GORDILLO ALVAREZ-VALDÉS, pág. 10603 (sin sumario).

«La clasificación del suelo urbano en la normativa estatal y la LRAU», por ENRIQUE MARTÍ SELVA, pág. 10615.

**SUMARIO:** INTRODUCCION.—1. LA CLASIFICACION DEL SUELO URBANO EN LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 61/1997, DE 20 DE MARZO, Y EN LA LEY 6/1998 DEL REGIMEN DEL SUELO Y VALORACIONES: A) LA CLASIFICACION DEL SUELO EN LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 61/1997, DE 20 DE MARZO. B) LA CLASIFICACION DE SUELO URBANO EN LA LEY 6/1998: a) *Normas generales de clasificación del suelo*; b) *La clasificación del suelo urbano*; c) *Interpretación de este precepto a la luz de la sentencia del Tribunal Constitucional*.—2. LA CLASIFICACION DEL SUELO URBANO EN LA LRAU Y SU REGLAMENTO DE PLANEAMIENTO TRAS LA LEY 6/1998: A) LA CLASIFICACION DE SUELO URBANO EN LA LRAU: a) *La clasificación del suelo la constituye y confiere el Plan*; b) *La clasificación del suelo se establece en función de su gestión*. B) LA COMPATIBILIDAD DE AMBOS REGÍMENES DE CLASIFICACION DEL SUELO URBANO.—3. CONCLUSION.—NOTA BIBLIOGRAFICA.

«Derecho al dividendo y participaciones privilegiadas en la Sociedad de Responsabilidad Limitada. Particular referencia a la sociedad familiar», por ISABEL RODRÍGUEZ DÍAZ, pág. 10625.

**SUMARIO:** PLANTEAMIENTO.—1. DERECHO A LAS GANANCIAS Y DERECHO AL DIVIDENDO EN LA SOCIEDAD DE RESPONSABILIDAD LIMITADA.—2. CRITERIO LEGAL PARA LA DISTRIBUCION DE DIVIDENDOS EN LA SOCIEDAD DE RESPONSABILIDAD LIMITADA. PARTICIPACIONES CON DERECHO A UN DIVIDENDO PREFERENTE DE REPARTO ANUAL OBLIGATORIO.—3. EL DERECHO AL DIVIDENDO Y LAS PARTICIPACIONES PRIVILEGIADAS EN LAS SOCIEDADES FAMILIARES.—BIBLIOGRAFIA.

«El derecho fundamental del artículo 23.2 de la CE al acceso en condiciones de igualdad a las funciones públicas», por JOAQUÍN MESEGUER YEBRA, pág. 10699.

**SUMARIO:** 1. INTRODUCCION. EXPOSICION DEL TRABAJO.—2. NORMATIVA: 2.1. NORMATIVA INTERNACIONAL. 2.2. NORMATIVA NACIONAL.—3. JURISPRUDENCIA NACIONAL: 3.1. EL DERECHO FUNDAMENTAL DEL ARTÍCULO 23.2 DE LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA COMO DERECHO DE CONFIGURACIÓN LEGAL. MÉRITO Y CAPACIDAD EN EL ACCESO. 3.2. LA TITULACIÓN COMO FACTOR GARANTIZADOR DE IGUALDAD, MÉRITO Y CAPACIDAD. 3.3. LA APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 23.2 DE LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA EN LOS PROCEDIMIENTOS DE PROVISIÓN DE PUESTOS DE TRABAJO DENTRO DE LA FUNCIÓN PÚBLICA. 3.4. LA DISCRECIONALIDAD TÉCNICA. 3.5. EL CONOCIMIENTO DE UNA LENGUA COMO REQUISITO DE ACCESO. 3.6. LOS SISTEMAS EXCEPCIONALES DE SELECCIÓN Y LAS LLAMADAS «PRUEBAS RESTRINGIDAS». 3.7. OTROS REQUISITOS EN EL ACCESO EN CONDICIONES DE IGUALDAD A LAS FUNCIONES PÚBLICAS.

## REVISTA DE DERECHO URBANISTICO

Número 171 (Julio-Agosto 1999)

«Una reflexión sobre los últimos cuarenta años en el Urbanismo español», por JOSÉ LUIS GONZÁLEZ-BERENGUER URRUTIA, pág. 11 (sin sumario).

«La Ley del Suelo de Galicia y la legislación urbanística del Estado», por JOSÉ LUIS MEILÁN GIL y ALMUDENA FERNÁNDEZ CARBALLAL, pág. 21.

**SUMARIO:** I. PLANTEAMIENTO.—II. COMPETENCIAS ESTATALES Y AUTONOMICAS EN MATERIA DE URBANISMO.—III. CONTENIDO DE LA LSG: 1. LA CLASIFICACIÓN DEL SUELO. 2. RÉGIMEN JURÍDICO DEL SUELO URBANO. 3. RÉGIMEN JURÍDICO DEL SUELO URBANIZABLE. 4. RÉGIMEN JURÍDICO DEL SUELO RÚSTICO. 5. CONCLUSIÓN REFLEXIVA.

«Los convenios interadministrativos en materia urbanística y de ordenación territorial», por JOAQUÍN M.<sup>a</sup> PEÑARRUBIA IZA, pág. 73.

**SUMARIO:** I. CONCEPTO Y FUNDAMENTO.—II. REGIMEN JURIDICO APLICABLE.—III. CLASIFICACIONES DE ESTE TIPO DE CONVENIOS.—IV. LOS CONVENIOS SEGUN LOS SUJETOS INTERVINIENTES: ESTRICTAMENTE INTERADMINISTRATIVOS Y MIXTOS.—V. LOS CONVENIOS INTERADMINISTRATIVOS SEGUN SU ORIGEN: VOLUNTARIOS O LEGALES.—VI. LOS CONVENIOS SEGUN LA FORMA DE EMISION DE VOLUNTAD: EXPRESOS O TACITOS.—VII. LOS CONVENIOS SEGUN SU CONTENIDO: DE COORDINACION, EXPROPIATORIOS O EN LOS QUE UNA DE LAS ADMINISTRACIONES ACTUA COMO UN PARTICULAR: A) LOS CONVENIOS DE COORDINACIÓN: DE GESTIÓN O EJECUCIÓN, DE PLANEAMIENTO O DE PLANIFICACIÓN SECTORIAL. B) CONVENIOS EXPROPIATORIOS. C) CONVENIOS EN LOS QUE UNA DE LAS ADMINISTRACIONES ACTÚA COMO UN PARTICULAR: a) *Con respecto a los bienes patrimoniales*; b) *Respecto al dominio público*.—VIII. LOS CONVENIOS CREADORES DE UNA NUEVA PERSONA JURIDICA: MANCOMUNIDADES, CONSORCIOS Y SOCIEDADES URBANISTICAS.

«Una visión global sobre las políticas del suelo», por FÁTIMA CASTILLO GÓMEZ, pág. 99.

**SUMARIO:** I. INTRODUCCION.—II. LOS DOS MODELOS POSIBLES DE POLITICA DEL SUELO: 1. POLÍTICA DEL SUELO LIBERAL: A) *Observaciones y críticas*. 2. POLÍTICA DEL SUELO COLECTIVISTA: A) *Observaciones y críticas*.—III. INSTRUMENTACION LEGAL TRADICIONAL DE LA POLITICA DEL SUELO EN ESPAÑA: 1. LA LEY DE RÉGIMEN DEL SUELO Y ORDENACIÓN URBANA DE 12 DE MAYO DE 1956. 2. EL TEXTO REFUNDIDO DE LA LEY DEL SUELO, DE 9 DE ABRIL DE 1976. 3. EL TEXTO REFUNDIDO DE LA LEY DEL SUELO, DE 26 DE JUNIO DE 1992: A) *La Sentencia del Tribunal Constitucional, de 20 de marzo de 1997*. 4. LAS LEYES URBANÍSTICAS AUTONÓMICAS.—IV. LA POLITICA DEL SUELO ACTUAL: LA NUEVA LEY DEL SUELO DE 13 DE ABRIL DE 1998.—V. CONSIDERACIONES FINALES.

«Sujeción a previa licencia municipal de las obras aeroportuarias», por FRANCISCO JAVIER FERNÁNDEZ PARRILLA, pág. 129.

**SUMARIO:** I. INTRODUCCION.—II. NO SUJECION DE LAS OBRAS AEROPORTUARIAS A CONTROL MUNICIPAL PREVIO: A) CONTENIDO DEL SUPUESTO DE NO SUJECIÓN. B) ALCANCE Y NATURALEZA DE LA EXENCIÓN DE CONTROL PREVIO.—III. AMBITO DE APLICACION DEL PRECEPTO.

«Defensa civil del medio ambiente», por MARÍA CÁRCABA FERNÁNDEZ, pág. 141.

**SUMARIO:** I. REFERENCIA HISTORICA.—II. DEL CONCEPTO DE MEDIO AMBIENTE AL DE BIO-AMBIENTE: 1. EL MEDIO AMBIENTE. 2. EL BIO-AMBIENTE.—III. EL DERECHO CIVIL COMO PARTE DEL DERECHO AMBIENTAL. CARACTER INDIRECTO DE LA DEFENSA CIVIL.—IV. POLEMICA ACERCA DE LA EXISTENCIA DE UN DERECHO SUBJETIVO A UN MEDIO AMBIENTE ADECUADO. CONSECUENCIAS PROCESALES.—V. NORMAS E INSTITUCIONES CIVILES EN LAS QUE LA JURISPRUDENCIA DE LA SALA 1.ª DEL TRIBUNAL SUPREMO BASA SUS SENTENCIAS EN CUESTIONES MEDIOAMBIENTALES.—VI. LAS LIMITACIONES DEL DERECHO DE PROPIEDAD: 1. PERSPECTIVA GENERAL. 2. EL ABUSO DEL DERECHO Y EL EJERCICIO ANTISOCIAL DEL MISMO. 3. LAS RELACIONES DE VECINDAD: A) *El artículo 590 del Código Civil*. B) *La acción negatoria*. C) *El artículo 1.908, números 2 y 4 del Código Civil*. D) *Las leyes de Arrendamientos Urbanos y Propiedad Horizontal*.—VII. LA PROTECCION INTERDICTAL.—VIII. LA RESPONSABILIDAD CIVIL: 1. NORMATIVA VIGENTE. 2. EL BORRADOR DE ANTEPROYECTO DE LEY DE RESPONSABILIDAD CIVIL DERIVADA DE ACTIVIDADES DE INCIDENCIA AMBIENTAL. 3. REQUISITOS PARA QUE PUEDA APRECIARSE RESPONSABILIDAD CIVIL: A) *Conducta dañosa*. B) *Daño*. C) *Nexo causal. Información del dañado. Prueba de la relación de causalidad*. D) *Antijuricidad de la conducta del dañante. Valor de la Licencia Administrativa. Prueba de la culpa del dañante*. 4. LA RESPONSABILIDAD: A) *Causas de exoneración y atenuación de la responsabilidad*. B) *Concurrencia de causantes*. C) *La reparación del daño y el cese de la actividad contaminante*.—IX. ALGUNOS ASPECTOS PROCESALES DE LA ACCION DE RESPONSABILIDAD: 1. COMPETENCIA DE LOS TRIBUNALES CIVILES. 2. PROBLEMAS DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO. 3. LEGITIMACIÓN ACTIVA. 4. LEGITIMACIÓN PASIVA. 5. PLAZO DE EJERCICIO DE LA ACCIÓN.—COLOFON.

## REVISTA DE DERECHO MERCANTIL

### Número 232 (Abril-Junio 1999)

«Por un Derecho de los grupos de sociedades para Europa», por FORUM EUROPAEUM DERECHO DE GRUPOS, pág. 445.

**SUMARIO:** I. INTRODUCCION: 1. REALIDAD DE LOS GRUPOS. 2. EL DERECHO DE GRUPOS EN LOS ESTADOS DE LA UNIÓN EUROPEA. 3. FINES DEL DERECHO DE GRUPOS. 4. ARMONIZACIÓN DEL DERECHO DE GRUPOS. 5. SENTIDO Y NECESIDAD DE LA INVESTIGACIÓN SOBRE EL DERECHO DE GRUPOS EN EUROPA. 6. SUBSIDIARIDAD, APROXIMACIÓN NORMATIVA, ARMONIZACIÓN NUCLEAR. 7. AUSENCIA DE REGLAS ESPECIALES PARA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA. 8. AMBITO DE LAS PROPUESTAS Y RECOMENDACIONES.—II. CONCEPTO DEL GRUPO: 1. APROXIMACIÓN LINGÜÍSTICA Y CONCEPTOS. 2. LOS CONCEPTOS CONTROL Y DOMINIO (PODER). 3. EL CONCEPTO DE GRUPO DETERMINANTE PARA LAS PROPUESTAS DEL «FORUM EUROPAEUM». 4. RECOMENDACIÓN. 5. FUNDAMENTO.—III. PUBLICIDAD DEL GRUPO: 1. PROBLEMA Y EXPERIENCIAS INTERNACIONALES. 2. PROPUESTAS DE REGULACIÓN. 3. SOBRE LA NECESIDAD DE ACTUACIÓN A NIVEL EUROPEO.—IV. LA CORRECTA DIRECCIÓN DEL GRUPO: 1. PROBLEMA Y EXPERIENCIAS INTERNACIONALES. 2. PROPUESTA DE DIRECTIVAS DEL «FORUM EUROPAEUM». 3. FUNDAMENTO.—V. EL CONTROL ESPECIAL: 1. PROBLEMA Y EXPERIENCIAS INTERNACIONALES. 2. PROPUESTA DE DIRECTIVAS DEL «FORUM EUROPAEUM». 3. FUNDAMENTO.—VI. OFERTAS OBLIGATORIAS: 1. PROBLEMA Y EXPERIENCIAS INTERNACIONALES. 2. PROPUESTA DE DIRECTIVAS DEL «FORUM EUROPAEUM». 3. FUNDAMENTO.—VII. EXCLUSIÓN; DERECHO DE SEPARACIÓN: 1. PROBLEMA Y EXPERIENCIAS INTERNACIONALES. 2. PROPUESTA DE DIRECTIVAS DEL «FORUM EUROPAEUM». 3. FUNDAMENTO.—VIII. DECLARACIÓN UNILATERAL DE GRUPO: 1. PROBLEMA Y EXPERIENCIAS INTERNACIONALES. 2. RECOMENDACIÓN DEL «FORUM EUROPAEUM». 3. FUNDAMENTO.—IX. OBLIGACIONES DE LOS DIRECTIVOS RESPECTO DE LA SITUACIÓN DE CRISIS (WRONGFUL TRADING): 1. PROGRAMAS DE SOLUCIÓN DE CRISIS EN LOS ESTADOS MIEMBROS. 2. PROPUESTA DE DIRECTIVAS DEL «FORUM EUROPAEUM». 3. FUNDAMENTO.—X. TESIS Y PROPUESTAS EN TORNO AL DERECHO DE LOS GRUPOS DE SOCIEDADES PARA EUROPA.

«La prohibición de asistencia financiera para la adquisición de las propias acciones como obstáculo a ciertas compras apalancadas de empresas, o Leveraged buy-outs», por MARÍA CRISTINA FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, pág. 577.

**SUMARIO:** I. INTRODUCCION.—II. ALGO DE DERECHO COMPARADO: EL DERECHO INGLÉS, EL PROBLEMA EN GRAN BRETAÑA. EL DERECHO ITALIANO, EL PROBLEMA EN ITALIA. EL PROBLEMA EN LOS ESTADOS UNIDOS. LA DOCTRINA FRANCESA.—III. ARGUMENTOS A FAVOR DE LOS LBO: ¿PARA QUÉ SE EMPLEA UN LBO, CUÁL ES SU FUNCIÓN O UTILIDAD? LOS ASPECTOS POSITIVOS: FINALIDAD DEL LBO, OBJETIVOS A CONSEGUIR POR LOS DIRECTIVOS, POR LOS ACCIONISTAS, POR LOS INVERSORES: A) *Argumentos a favor de la licitud desde un punto de vista técnico-jurídico*. B) *Argumentos favorables a la eficiencia de tipo económico y desde el punto de vista de la gestión empresarial*.—IV. ARGUMENTOS EN CONTRA DE LA ADMISIBILIDAD DEL LBO. SUS ASPECTOS NEGATIVOS: A) ARGUMENTOS EN CONTRA DE LA LICITUD DESDE UN PUNTO DE VISTA TÉCNICO-JURÍDICO.

B) ARGUMENTOS CONTRARIOS A LA BONDAD DE TIPO ECONÓMICO Y DESDE EL PUNTO DE VISTA DE LA GESTIÓN EMPRESARIAL.—V. PROPUESTAS.—VI. CONCLUSIONES.—VII. BIBLIOGRAFIA.

«La Sitztheorie es incompatible con el Tratado CE (algunas cuestiones del Derecho internacional de sociedades iluminadas por la Sentencia TJCE, de 9 de marzo de 1999», por FRANCISCO J. GARCIMARTÍN ALFEREZ, pág. 645.

**SUMARIO:** I. INTRODUCCION: 1. EL DERECHO INTERNACIONAL DE SOCIEDADES: MODELOS DE REGULACIÓN: 1.1. *Introducción*. 1.2. *Modelos de regulación: constitución/incorporación vs. sede real*. 1.3. *Reconocimiento de sociedades extranjeras*. 1.4. *El criterio de la nacionalidad*. 1.5. *Derecho comparado*. 2. LA «SITZTHEORIE» Y EL TRATADO CE: 2.1. *Introducción*. 2.2. *Los artículos 52 (43) y 58 (48) del Tratado CE*. 2.3. *La tesis de la compatibilidad*. 2.4. *La decisión del TJCE de 9 de marzo de 1999*. 3. CONSECUENCIAS. 4. RECAPITULACIÓN FINAL Y CONCLUSIONES.

«La normativa comunitaria sobre viajes combinados y su adaptación al ordenamiento español», por GUILLERMO ALCOVER GARAU, pág. 687.

**SUMARIO:** I. LAS CAUSAS DE LA INDEFENSIÓN CONTRACTUAL DEL CONSUMIDOR TURÍSTICO.—II. LA DIRECTIVA 90/314, DE 13 DE JUNIO, RELATIVA A LOS VIAJES COMBINADOS, LAS VACACIONES COMBINADAS Y LOS CIRCUITOS COMBINADOS.—III. LA LEY 21/1985, DE 6 DE JULIO, PARA LA REGULACIÓN DE LOS VIAJES COMBINADOS.—IV. CONCEPTO DEL CONTRATO DE VIAJE COMBINADO.—V. ELEMENTOS PERSONALES DEL CONTRATO. ESPECIAL REFERENCIA A LA AGENCIA DE VIAJES DETALLISTA.—VI. EL RÉGIMEN JURÍDICO DEL PROGRAMA Y DE LA FORMACIÓN DEL CONTRATO.—VII. MODIFICACIÓN Y CANCELACIÓN DEL VIAJE COMBINADO.—VIII. EJECUCIÓN DEL CONTRATO.—IX. INSOLVENCIA DE LA AGENCIA DE VIAJES.—X. PRESCRIPCIÓN.

«El seguro marítimo. Aspectos generales», por FERNANDO L. DE LA VEGA GARCÍA, pág. 705.

**SUMARIO:** I. PRELIMINAR.—II. SISTEMA DE FUENTES DEL SEGURO MARÍTIMO: 1. FUENTES. 2. JERARQUÍA.—III. ELEMENTOS ESENCIALES DEL CONTRATO DE SEGURO MARÍTIMO: 1. PRELIMINAR. 2. ELEMENTOS ESENCIALES DEL CONTRATO. LA PÓLIZA. 3. ELEMENTOS FUNDAMENTALES DEL SEGURO MARÍTIMO: 3.1. *Preliminar*. 3.2. *Interés. Clases de seguros marítimos*. 3.3. *Riesgo de daños: A) Preliminar. B) Riesgo. Exclusión: a) Caracteres generales del riesgo en el seguro marítimo; b) Exclusión de riesgos. C) Daño. Liquidación. Franquicias: a) Preliminar; b) Liquidación del daño; c) Franquicias*.—IV. CONCLUSIONES.

«Algunas reflexiones a propósito y sobre la Ley de Cooperativas de Aragón», por ANGEL LUIS MONGE GIL, pág. 723.

**SUMARIO:** I. INTRODUCCION.—II. LA COMPETENCIA LEGISLATIVA SOBRE LAS SOCIEDADES COOPERATIVAS. LA LEGISLACION COOPERATIVA DE LAS COMUNIDADES AUTONOMAS: ¿SE PONE EN PELIGRO EL «PERIMETRO» DE LA ASIGNATURA DE DERECHO MERCANTIL? UNA TESIS POR RACIONALIZAR EL DEBATE: 1. LOS TÉRMINOS DEL DEBATE. 2. PRESUPUESTOS PARA LA TOMA DE POSTURA: 2.1. *Presupuestos para una toma de postura*. 2.2. *El derecho positivo vigente en materia cooperativa*. 3. LA SOCIEDAD COOPERATIVA COMO SOCIEDAD MERCANTIL. 4. LA COOPERATIVA NO ES UNA SOCIEDAD. 5. LA TESIS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. 6. NUESTRA TESIS SOBRE LA SOCIEDAD COOPERATIVA.—III. LA LEY DE COOPERATIVAS DE ARAGON: 1. DISPOSICIONES GENERALES DE LA LCA: A) *Ambito de aplicación*. B) *Concepto y caracteres*. C) *Denominación*. D) *Operaciones con terceros*. 2. CONSTITUCIÓN DE LA COOPERATIVA. 3. REGISTRO DE COOPERATIVAS. 4. SOCIOS DE LA COOPERATIVA. 5. ORGANOS SOCIALES: A) *La Asamblea General*. B) *El Consejo Rector*. C) *Los Interventores*. D) *Comité de Recursos*. E) *El Consejo Social*. 6. RÉGIMEN ECONÓMICO: A) *Responsabilidad del socio*. B) *Capital social*. C) *Régimen de las aportaciones*. D) *Formas de financiación no incluidas en el capital social*. E) *Determinación y aplicación del resultado del ejercicio*. 7. MODIFICACIÓN DE ESTATUTOS Y MODIFICACIONES ESTRUCTURALES: A) *Modificación de estatutos*. B) *Fusión*. C) *Escisión*. D) *Transformación*. 8. DISOLUCIÓN: A) *Disolución*. B) *Liquidación*.

## REVISTA DE ESTUDIOS JURIDICOS

Número 104 (Abril-Junio 1999)

«Modelos de relaciones entre poderes», por EDUARDO LÓPEZ-ARANGUREN, pág. 9.

**SUMARIO:** INTRODUCCION.—MODELO DUAL.—MODELO COOPERATIVO.—MODELO COMPETITIVO.—MODELO ASIMETRICO.—OBSERVACION FINAL.—REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS.

«La construcción del derecho a la autodeterminación informativa», por PABLO LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, pág. 35.

**SUMARIO:** 1. INTRODUCCION.—2. LOS DATOS PERSONALES Y SU VALOR.—3. LA PROTECCION DE LOS DATOS PERSONALES.—4. EL DERECHO ESPAÑOL DE LA PROTECCION DE DATOS PERSONALES.—5. LA PRIMERA JURISPRUDENCIA.—6. LA VIRTUALIDAD DE LAS REGLAS OBJETIVAS.—7. LA EXPERIENCIA ESPAÑOLA DEL DERECHO DE LA PROTECCION DE LOS DATOS PERSONALES.—8. LA TRANSPOSICION DE LA DIRECTIVA 95/46/CE DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO, DE 24 DE OCTUBRE DE 1995.

«Habermas y Foucault: ¿Pensadores de la sociedad civil?», por BENT FLYVBERG, pág. 61 (sin sumario).

«Política, educación y filosofía en F. Nietzsche», por ARSENIO GINZO FERNÁNDEZ, pág. 87.

**SUMARIO:** INTRODUCCION.—I. EL HORIZONTE DEL PENSAMIENTO NIETZSCHEANO: I.1. NIETZSCHE COMO FILÓSOFO. I.2. NIETZSCHE COMO PENSADOR POLÍTICO. I.3. NIETZSCHE Y LA EDUCACIÓN.—II. POLITICA, EDUCACION Y FILOSOFIA EN EL JOVEN NIETZSCHE: II.1. CRÍTICA DE LA MASIFICACIÓN Y DEL DEBILITAMIENTO DE LA CULTURA. II.2. POLÍTICA Y EDUCACIÓN. II.3. LA EDUCACIÓN HISTÓRICA. SUS IMPLICACIONES POLÍTICAS. II.4. LA FILOSOFÍA EN EL HORIZONTE POLÍTICO-EDUCATIVO. II.5. EL ESTADO GRIEGO Y LA CULTURA. II.6. GRECIA, ALEMANIA, LA REFORMA EDUCATIVA.—III. FILOSOFIA, GRAN POLITICA, EDUCACION: III.1. NIETZSCHE COMO LIBREPENSADOR E ILUSTRADO. III.2. CRÍTICA DEL IGUALITARISMO Y EL PLEBEYISMO MODERNOS. III.3. EL FILÓSOFO LEGISLADOR Y LA GRAN POLÍTICA.

«La creación histórico-política en la obra de Luis Díez del Cortal», por PEDRO FRANCISCO GAGO GUERRERO, pág. 137.

**SUMARIO:** 1. INTRODUCCION.—2. UN HISTORIADOR SABIO.—3. LA IDEA DE LA HISTORIA.—4. EL REENCUENTRO DEL PASADO CON EL PRESENTE.—5. LA APREHENSION HISTORICA.—6. LA HISTORIA COMO ARTE Y EN EL ARTE.—7. EL MUNDO CLASICO Y EL SIGLO XIX COMO BASE Y PROTECCION DE LA HISTORIA CONTEMPORANEA. LA REFERENCIA AL MITO.—8. DOS TEMAS PRIORITARIOS: ESPAÑA Y EUROPA.—9. LA DIMENSION FILOSOFICA DE LA HISTORIA.—10. LA CONCEPCION HISTORICA DE LAS IDEAS POLITICAS.

## ACTUALIDAD CIVIL

### Número 21 (1999)

«Socios trabajadores y administradores sociales en las sociedades mercantiles capitalistas y sociedades laborales: puntos críticos», por REMEDIOS ROQUETA BUJ, pág. 527.

**SUMARIO:** I. SOCIOS TRABAJADORES Y ADMINISTRADORES SOCIALES DE SOCIEDADES MERCANTILES CAPITALISTAS ORDINARIAS: 1. RÉGIMEN GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL: A) *Los trabajadores por cuenta ajena que ostentan la condición de administradores pasivos o consejeros no ejecutivos.* B) *Los socios trabajadores que no poseen el control efectivo de la sociedad.* C) *Los administradores activos o consejeros ejecutivos, retribuidos por ello o por su condición de trabajadores por cuenta de la sociedad.* 2. RÉGIMEN ESPECIAL DE TRABAJADORES POR CUENTA PROPIA O AUTÓNOMOS: SOCIOS TRABAJADORES Y ADMINISTRADORES ACTIVOS O CONSEJEROS EJECUTIVOS QUE POSEEN EL «CONTROL EFECTIVO» DE LA SOCIEDAD: A) *Presunción iuris et de iure de que se posee el «control efectivo» de la sociedad.* B) *Presunción iuris tantum de que se posee el «control efectivo» de la sociedad.* C) *Demostración por la Administración de que se posee el «control efectivo» de la sociedad.* 3. EXCLUSIÓN DEL SISTEMA DE LA SEGURIDAD SOCIAL: A) *Los administradores pasivos o consejeros no ejecutivos.* B) *Los socios, sean o no administradores, de sociedades mercantiles capitalistas cuyo objeto social esté constituido por la mera administración del patrimonio de los socios.*—II. SOCIOS TRABAJADORES Y ADMINISTRADORES SOCIALES DE SOCIEDADES LABORALES.

## Número 22 (1999)

«Una aproximación a la Ley 10/1998, de 15 de julio, de Uniones estables de pareja de Cataluña», por CARMEN HERNÁNDEZ IBÁÑEZ, pág. 583.

**SUMARIO:** I. INTRODUCCION.—II. LA UNION ESTABLE HETEROSEXUAL: 1. EFECTOS PATRIMONIALES. 2. EFECTOS PERSONALES. 3. EFECTOS QUE SE ORIGINAN CUANDO SE PRODUCE LA EXTINCIÓN: A) *Si viven ambos miembros de la pareja.* B) *Si uno de los miembros de la pareja ha fallecido.*—III. LA UNION ESTABLE HOMOSEXUAL: 1. EFECTOS PATRIMONIALES. 2. EFECTOS PERSONALES. 3. EFECTOS QUE SE ORIGINAN CUANDO SE PRODUCE LA EXTINCIÓN: A) *Si viven ambos miembros de la pareja.* B) *Si uno de los miembros de la pareja ha fallecido.*—IV. CONCLUSIONES.

## Número 23 (1999)

«La Nueva Ley de Propiedad Horizontal», por JOSÉ MANUEL MARTÍN BERNAL, pág. 623.

**SUMARIO:** I. BREVE GENESIS DE LA REFORMA DE LA LEY.—II. LA LUCHA CONTRA LA MOROSIDAD COMO OBJETIVO DE LA LEY: 1. LAS REPERCUSIONES NEGATIVAS DE LA MOROSIDAD. 2. ALGUNAS MEDIDAS INNOVADORAS CONTRA LA MOROSIDAD.—III. COMENTARIOS AL TEXTO DE LA REFORMA, Y EN ESPECIAL SOBRE LOS ASPECTOS MAS DESTACADOS. EL ARTICULO 7: ACCION DE CEBACION DE ACTIVIDADES PROHIBIDAS. EL ARTICULO 9: NUEVO SISTEMA DE NOTIFICACIONES Y CONSTITUCION DE UN FONDO DE RESERVA. EL ARTICULO 11: NUEVAS INSTALACIONES, SERVICIOS Y MEJORAS EN LA COMUNIDAD. EL ARTICULO 13: MODERNIZACION DE LA REGULACION DE LOS ORGANOS DE GOBIERNO. EL ARTICULO 15: MOROSIDAD Y PRIVACION DE VOTO. EL ARTICULO 17: REVISION PROFUNDA DE LAS MAYORIAS. EL ARTICULO 18: ACUERDOS IMPUGNABLES. EL ARTICULO 19: LIBRO DE ACTAS. EL ARTICULO 21: PROCESO MONITORIO. EL ARTICULO 22: CREDITOS DE ACREEDORES CONTRA LA COMUNIDAD. EL ARTICULO 24: CONJUNTOS INMOBILIARIOS. DOS DISPOSICIONES ADICIONALES, UNA TRANSITORIA Y OTRA FINAL.

## Número 24 (1999)

«Una visión de la pérdida de vigor de las normas», por JOSÉ-LEANDRO MARTÍNEZ-CARDOS RUIZ, pág. 653.

**SUMARIO:** 1. FORMAS DE PERDIDA DE VIGENCIA DE LAS NORMAS.—2. SIGNIFICADO DE LA PERDIDA DE VIGENCIA.—3. NULIDAD DE LAS NORMAS.—4. SUSPENSION DE LAS NORMAS.—5. DESPLAZAMIENTO DE LAS NORMAS.—6. SUICIDIO DE LA LEY.—7. DEROGACION DE LAS NORMAS.—8. NATURALEZA Y FUNDAMENTO DE LA DEROGACION.—

9. OPERATIVIDAD DE LA DEROGACION: DEROGACION POR CARAMBOLA; VACIAMIENTO DE LA LEY Y ENSAÑAMIENTO DE LA DEROGACION.—10. EFECTOS DE LA DEROGACION: LA PERVIVENCIA DE LA NORMA Y SUS FORMAS.—11. REVIVISCENCIA NORMATIVA.—12. INDEROGABILIDAD DE LAS NORMAS.—13. DESUETUDO: OBSOLESCENCIA, *LEX REPETITA*, INAPLICACION DELIBERADA DE LA LEY Y TOLERANCIA.

## Número 25 (1999)

«Reglas de capacidad personal en la aceptación, repudiación y partición de la herencia», por JERÓNIMO LÓPEZ PÉREZ, pág. 667.

*SUMARIO*: I. INTRODUCCION. IMPOSIBILIDAD DE TRATAR POR SU AMPLITUD, LA «CAPACIDAD PERSONAL EN LA SUCESION»: DISPOSICIONES COMUNES A LA SUCESION TESTADA E INTESTADA. ELEMENTOS PERSONALES DE LA SUCESION: CAPACIDAD PARA SUCEDER POR TESTAMENTO O SIN EL. DISPOSICIONES GENERALES. INCAPACIDADES ABSOLUTAS. INCAPACIDADES RELATIVAS. INDIGNIDAD PARA SUCEDER. SI LA VIUDA QUEDA ENCINTA. CAPACIDAD E INCAPACIDADES PARA TESTAR. IDONEIDAD DE TESTIGOS EN LOS TESTAMENTOS. PRETERICION. DESHEREDACION. CAPACIDAD DE ALBACEA.—II. LA ACEPTACION DE LA HERENCIA. CONCEPTO. CARACTERES. CLASES. TIEMPO PARA LA ACEPTACION. REGLAS DE CAPACIDAD EN LA ACEPTACION DE LA HERENCIA.—III. LA REPUDIACION DE LA HERENCIA. CONCEPTO. CARACTERES. FORMA DE REPUDIACION. TIEMPO PARA REPUDIAR LA HERENCIA. REGLAS DE CAPACIDAD EN LA REPUDIACION DE LA HERENCIA.—IV. PARTICION DE HERENCIA. CONCEPTO. NATURALEZA. CARACTER. PERSONAS QUE PUEDEN PEDIR LA PARTICION: EL HEREDERO; EL CONYUGE SUPERSTITE SI HAY BIENES GANANCIALES; LOS LEGATARIOS DE PARTE ALICUOTA; LOS CESIONARIOS DE LOS HEREDEROS O LEGATARIOS DE PARTE ALICUOTA; LOS ACREEDORES PARTICULARES DEL HEREDERO Y LOS ACREEDORES DE LA HERENCIA; INTERVENCION DE LOS ACREEDORES DE LA HERENCIA Y DE LOS HEREDEROS. CLASES DE PARTICION. CAPACIDAD PARA REALIZAR LA PARTICION CONVENCIONAL.—V. CONCLUSION.

## Número 26 (1999)

«La partición de herederos en el Derecho Civil gallego», por JAVIER LETE ACHIRICA, pág. 713.

*SUMARIO*: I. LA PARTICION UNANIME: 1. REQUISITOS PARA QUE LOS HEREDEROS PUEDAN REALIZAR CONVENCIONALMENTE LA PARTICION. 2. PERSONAS QUE DEBEN CONCURRIR A LA PARTICION. 3. ALCANCE DE LA PARTICION REALIZADA POR LOS HEREDEROS.—II. LA PARTICION DE LA MAYORIA: 1. INTRODUCCION. 2. REQUISITOS

PARA QUE LA MAYORÍA PUEDA REALIZAR LA PARTICIÓN. 3. COMPOSICIÓN DE LA MAYORÍA. 4. OPOSICIÓN DE LA MINORÍA. 5. FORMALIDADES: A) *Consideraciones generales*. B) *Requisitos*. C) *La perfección de la partición de la mayoría*. D) *Consecuencias del incumplimiento de las formalidades*. 6. LA ADMINISTRACIÓN DEL CUPO DEL AUSENTE: A) *Consideraciones generales*. B) *Organización de la administración*. C) *Contenido de la administración*. 7. CUESTIONES DE DERECHO TRANSITORIO.—III. LA PARTICIÓN CON MENORES O INCAPACITADOS.—IV. LA CESIÓN DE LA HERENCIA POR UNO DE LOS COHEREDEROS.

## Número 27 (1999)

«Resumen de la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado sobre estado civil durante el año 1998», por JESÚS DÍEZ DEL CORRAL RIVAS, pág. 741.

**SUMARIO:** 1. NOTA EXPLICATIVA.—2. ORGANIZACIÓN DEL REGISTRO CIVIL.—3. CUESTIONES PREJUDICIALES.—4. ANOTACIONES.—5. NOTAS MARGINALES.—6. PUBLICIDAD FORMAL.—7. LIBRO DE FAMILIA.—8. REGLAS GENERALES DE COMPETENCIA TERRITORIAL.—9. LA CALIFICACIÓN REGISTRAL Y SUS RECURSOS.—10. EL NOMBRE PROPIO.—11. ATRIBUCIÓN DE APELLIDOS.—12. EL LEGAJO DE ABORTOS.—13. LA INSCRIPCIÓN DE LA FILIACIÓN DENTRO DE PLAZO.—14. LA INSCRIPCIÓN DE LA FILIACIÓN FUERA DE PLAZO.—15. INSCRIPCIONES MARGINALES A LA DE NACIMIENTO.—16. ADQUISICIÓN ORIGINARIA DE LA NACIONALIDAD ESPAÑOLA.—17. CONSOLIDACIÓN DE LA NACIONALIDAD ESPAÑOLA.—18. ADQUISICIÓN DE LA NACIONALIDAD ESPAÑOLA POR OPCIÓN.—19. ACCESO AL REGISTRO CIVIL DE LAS DECLARACIONES VOLUNTARIAS SOBRE NACIONALIDAD.—20. ADQUISICIÓN DE LA NACIONALIDAD ESPAÑOLA POR RESIDENCIA.—21. PERDIDA DE LA NACIONALIDAD ESPAÑOLA.—22. RECUPERACIÓN DE LA NACIONALIDAD.—23. PRUEBA DE LA NACIONALIDAD.—24. LA INSCRIPCIÓN FUERA DE PLAZO DE NACIMIENTO.—25. CAMBIO DE NOMBRES Y APELLIDOS.—26. LA INSCRIPCIÓN DEL MATRIMONIO CANÓNICO.—27. LA INSCRIPCIÓN DEL MATRIMONIO ISLAMICO.—28. EL EXPEDIENTE PREVIO PARA LA CELEBRACIÓN DEL MATRIMONIO CIVIL.—29. MATRIMONIO DE ESPAÑOLES EN EL EXTRANJERO.—30. OTROS MATRIMONIOS ESPECIALES.—31. INSCRIPCIÓN DE SENTENCIAS Y RESOLUCIONES SOBRE MATRIMONIO.—32. LA INSCRIPCIÓN DE DEFUNCIÓN.—33. LA INSCRIPCIÓN DE DEFUNCIÓN CUANDO EL CADAVER HA DESAPARECIDO O HA SIDO INHUMADO.—34. EXPEDIENTES EN GENERAL.—35. RECURSOS EN MATERIA DE EXPEDIENTES.—36. LA RECTIFICACIÓN DEL REGISTRO.

## Número 28 (1999)

«La noción de lugar acasariado en la Ley de Derecho Civil de Galicia. Especial referencia al arrendamiento de lugar acasariado», por BELÉN TRIGO GARCÍA, pág. 797.

**SUMARIO:** I. INTRODUCCION.—II. EL LUGAR ACAPARADO Y LA CASA EN EL DERECHO CIVIL DE GALICIA.—III. PRINCIPIOS FUNDAMENTALES: LA UNIDAD E INTEGRIDAD DEL LUGAR ACAPARADO.—IV. EL LUGAR ACAPARADO COMO MODALIDAD ARRENDATICA.—V. EL ARTICULO 56 DE LA LEY DE DERECHO CIVIL DE GALICIA: «EL ARRENDAMIENTO DE UNA EXPLOTACION GANADERA YA PREEXISTENTE O DE UN APROVECHAMIENTO FORESTAL».—VI. CONSECUENCIAS DE LA EQUIPARACION, A EFECTOS NORMATIVOS, DE LUGAR ACAPARADO Y DE EXPLOTACION AGRICOLA.

## Número 29 (1999)

«La formación del derecho real de hipoteca y de la Ley Hipotecaria», por EVA SAAVEDRA MONTERO, pág. 831.

**SUMARIO:** I. ANTECEDENTES DE LA HIPOTECA EN EL DERECHO ROMANO: 1. ORIGENES Y EVOLUCIÓN DE LA HIPOTECA. 2. PROTECCIÓN PROCESAL (ACCIÓN DEL DERECHO REAL). 3. PLURALIDAD DE HIPOTECAS. 4. CRÉDITOS PRIVILEGIADOS.—II. LA HIPOTECA EN EL DERECHO GERMANICO: 1. NOTAS SOBRE LA ESTRUCTURA DEL DERECHO DE OBLIGACIONES. 2. ORIGEN Y DESARROLLO DE LA PRENDA (HIPOTECA). 3. EL SISTEMA DE PUBLICIDAD Y DE REGISTRO EN EL DERECHO GERMÁNICO.—III. LOS DERECHOS REALES DE GARANTIA EN EL DERECHO HISTORICO ESPAÑOL: 1. APROXIMACIÓN HISTÓRICA. 2. INFLUENCIA DEL DERECHO GERMÁNICO EN EL DERECHO MEDIEVAL. 3. TRATAMIENTO DE LA HIPOTECA EN EL DERECHO MEDIEVAL. 4. LA LEGISLACIÓN DE PARTIDAS.—IV. LA PUBLICIDAD COMO MEDIO DE PROTECCION DE LOS DERECHOS REALES: 1. PUBLICIDAD Y FORMAS SOLEMNES DE CONSTITUCIÓN DE LOS DERECHOS REALES. 2. ORIGEN Y DESARROLLO DE LA PUBLICIDAD. 3. PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS REALES.—V. INICIOS DEL REGISTRO DE LA PROPIEDAD: 1. LOS OFICIOS DE HIPOTECA. 2. LA REAL PRAGMÁTICA DE 1768. 3. DISPOSICIONES POSTERIORES.—VI. FORMACION DE LA LEY HIPOTECARIA Y DEL CODIGO CIVIL: 1. SITUACIÓN SOCIOECONÓMICA DURANTE LA FORMACIÓN DE LA LEY HIPOTECARIA. 2. TRABAJOS PREPARATORIOS DE LA LEY HIPOTECARIA Y DEL CÓDIGO CIVIL HASTA 1861. 3. CONTENIDO DE LA LEY HIPOTECARIA DE 1861 Y DE LAS REFORMAS POSTERIORES. 4. REFORMAS POSTERIORES HASTA 1909. 5. RELACIÓN DEL CÓDIGO CIVIL Y DE LA LEY HIPOTECARIA. 6. REFORMA DE 21 DE ABRIL Y DE 16 DE DICIEMBRE DE 1909. 7. REFORMAS POSTERIORES HASTA 1944. 8. LA LEY HIPOTECARIA. 9. REGLAMENTO HIPOTECARIO.

## Número 30 (1999)

«Consideraciones en torno a la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación», por ANA MARÍA SANZ VIOLA, pág. 883.

**SUMARIO:** I. INTRODUCCION.—II. AMBITO DE APLICACION: A) AMBITO OBJETIVO. CONCEPTO DE CONDICIONES GENERALES DE LA CONTRATACION. B) AMBITO SUBJETIVO. C) AMBITO TERRITORIAL. D) CONTRATOS EXCLUIDOS.—III. REQUISITOS DE INCORPORACION AL CONTRATO.—IV. REGLAS DE INTERPRETACION.—V. REQUISITOS DE CONTENIDO: LIMITES A LA AUTONOMIA

DE LA VOLUNTAD. ESPECIAL REFERENCIA A LA PROHIBICION DE CLAUSULAS ABUSIVAS EN EL AMBITO DE LOS CONTRATOS CELEBRADOS CON CONSUMIDORES: A) CONCEPTO GENERAL DE CLÁUSULA ABUSIVA. B) LISTA ABIERTA DE CLÁUSULAS ABUSIVAS.—VI. LA SANCION DE NO INCORPORACION Y DE NULIDAD.—VII. EL CONTROL JUDICIAL. ACCIONES COLECTIVAS: A) CONCEPTO Y CLASES DE ACCIONES COLECTIVAS. B) RÉGIMEN DE LAS ACCIONES COLECTIVAS: 1. *Legitimación activa*. 2. *Legitimación pasiva*. 3. *Procedimiento*. 4. *Efectos de las sentencias*. 5. *Relación entre acciones colectivas e individuales*.—VIII. EL REGISTRO DE CONDICIONES GENERALES DE LA CONTRATACION.—IX. COLABORACION DE DIVERSOS PROFESIONALES EN LA APLICACION DE LA LEY.

### Número 31 (1999)

«Revisión de algunas incapacidades sucesorias relativas (arts. 752 a 755 del Código Civil)», por JESÚS IGNACIO FERNÁNDEZ DOMINGO, pág. 931.

**SUMARIO:** INTRODUCCION. CONSIDERACION PRELIMINAR DE LAS INCAPACIDADES RELATIVAS: SU OPORTUNIDAD.—1. EL ARTICULO 752 DEL CODIGO CIVIL EN EL CONTEXTO ACTUAL.—2. LA DESCONFIANZA LOGICA DEL ARTICULO 753.—3. LA FIGURA DEL NOTARIO EN ENTREDICHO: EL PRECEPTO RECOGIDO EN EL ARTICULO 754 RESULTA SER DE UNA INDUDABLE TORPEZA.—4. LA CUESTION IMPOSIBLE DE LA EXCEPCION DEL ARTICULO 682.—5. LA CARGA PROBATORIA DE UNA NULIDAD: EL ARTICULO 755 DEL CODIGO CIVIL. CONCLUSIONES.

### REVISTA GENERAL DE LEGISLACION Y JURISPRUDENCIA

#### Número 3 (Mayo-Junio 1999)

«Un intento de unificación del Derecho privado. El Proyecto de Código civil de la República Argentina de 1998, unificado con el Código de Comercio», por JOSÉ LUIS DE LOS MOZOS, pág. 263.

**SUMARIO:** 1. INTRODUCCION. LA SISTEMATICA DEL PROYECTO DE CODIGO CIVIL.—2. RELACION ENTRE LA SISTEMATICA EXTERNA Y LA INTERNA Y LAS CUESTIONES QUE DE ELLA SE DERIVAN.—3. ALGUNAS NOVEDADES EN MATERIA DE PERSONAS Y FAMILIA.—4. OTRAS NOVEDADES Y ALGUNAS REFLEXIONES EN MATERIA DE DERECHO PATRIMONIAL.—NOTAS.

«Nuevo régimen del contrato de trabajo a tiempo parcial: aspectos laborales y de Seguridad Social», por AURELIO DESDENTADO BONETE y JESÚS R. MERCADER UGUINA, pág. 283.

**SUMARIO:** 1. ALGUNOS DATOS DEL TRABAJO A TIEMPO PARCIAL.—2. RÉGIMEN JURÍDICO DEL CONTRATO A TIEMPO PARCIAL EN EL REAL DECRETO-LEY 15/1998: 2.1. CONCEPTO DE TRABAJO A TIEMPO PARCIAL. 2.2. FORMA Y CONTENIDO DEL CONTRATO DE TRABAJO A TIEMPO PARCIAL. 2.3. PROHIBICIÓN DEL TIEMPO EXTRAORDINARIO Y LA CONTROVERTIDA FIGURA DE LAS HORAS COMPLEMENTARIAS: 2.3.1. *Prohibición del tiempo extraordinario y concepto de las horas complementarias.* 2.3.2. *Distribución y forma de realización de las horas complementarias.* 2.3.3. *Consolidación de las horas complementarias.*—3. EL NUEVO RÉGIMEN JURÍDICO DE LA SEGURIDAD SOCIAL EN EL CONTRATO A TIEMPO PARCIAL: 3.1. FINALIDAD Y ALCANCE DE LA NUEVA REGULACIÓN. 3.2. LAS PREVISIONES DEL REAL DECRETO-LEY 15/1998 Y DEL REAL DECRETO 144/1999 EN MATERIA DE SEGURIDAD SOCIAL: 3.2.1. *La flexibilización del cómputo de los períodos de cotización.* 3.2.2. *La subsistencia de la regla sobre la elasticidad del período de cómputo en las carencias cualificadas.* 3.3.3. *Las reglas para la determinación de la cuantía de las prestaciones.*—NOTAS.

«El derecho de autor en el entorno digital», por JOSÉ A. GÓMEZ SEGADÉ, pág. 309.

**SUMARIO:** 1. EL DERECHO DE AUTOR Y LA SOCIEDAD DE LA INFORMACIÓN EN LA UNIÓN EUROPEA.—2. LA PROPUESTA DE DIRECTIVA RELATIVA A LA ARMONIZACIÓN DE DETERMINADOS ASPECTOS DE LOS DERECHOS DE AUTOR Y DERECHOS AFINES EN LA SOCIEDAD DE LA INFORMACIÓN (PD-DASI): 2.1. INTRODUCCIÓN. 2.2. JUSTIFICACIÓN DE LA PD-DASI. 2.3. CONTENIDO Y CARACTERÍSTICAS GENERALES DE LA PD-DASI. 2.4. BREVE ANÁLISIS DE ALGUNOS ASPECTOS CONCRETOS DE LA PD-DASI: 2.4.1. *El derecho de reproducción.* 2.4.2. *El derecho de comunicación al público incluido el derecho a poner a disposición del público obras u otros trabajos afines.* 2.4.3. *El derecho de distribución.* 2.4.4. *Limitaciones de los derechos del titular del derecho de autor o derechos afines.*—3. LA PROPUESTA DE DIRECTIVA RELATIVA A DETERMINADOS ASPECTOS DEL COMERCIO ELECTRÓNICO EN EL MERCADO INTERIOR (PD-CEMI): 3.1. INTRODUCCIÓN. 3.2. HIPÓTESIS DE LIMITACIÓN DE RESPONSABILIDAD DE LOS INTERMEDIARIOS EN LA RED.—4. CONCLUSIONES FINALES.

«La responsabilidad de los poderes públicos en la jurisprudencia», por JUAN JOSÉ GONZÁLEZ RIVAS, pág. 331.

**SUMARIO:** 1. LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO LEGISLADOR: 1.1. ANÁLISIS DEL RÉGIMEN JURÍDICO DEL PERSONAL SUJETO A UN SISTEMA ESTATUTARIO. 1.2. EXAMEN JURISPRUDENCIAL.—2. LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN: 2.1. NOTAS BÁSICAS DE LA INSTITUCIÓN. 2.2. LA FUERZA MAYOR Y EL NEXO CAUSAL: EXAMEN DE LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO. 2.3. LA LESIÓN. 2.4. LA PRESCRIPCIÓN. 2.5. EL LUCRO CESANTE.—3. LA RESPONSABILIDAD DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA: 3.1. EL ARTÍCULO 121 DE LA CONSTITUCIÓN. 3.2. LA DILACIÓN INDEBIDA. 3.3. DAÑO INDEMNIZABLE. 3.4. EL SUPUESTO DE LA PRISIÓN PREVENTIVA.

REVISTA JURIDICA DE NAVARRA  
Número 26 (Julio-Diciembre 1998)

«El fuero nuevo, un interrogante intelectual», por JOSÉ JAVIER LÓPEZ JACOISTE, pág. 9.

**SUMARIO:** I. LA PERSPECTIVA.—II. LA OCASION Y LA INSTANCIA HISTORICA.—III. COINCIDENCIAS CRONOLOGICAS Y PULSACIONES DE NUEVOS METODOS.—IV. LA FILOSOFIA DEL DERECHO NAVARRO, TRASFONDO.—V. EL INTERROGANTE INTELLECTUAL.—VI. UN SISTEMA ABIERTO, DE PRINCIPIOS Y DE IMPRONTA HISTORICA.—VII. ESTRUCTURA CONSTITUCIONALMENTE ABIERTA.—VIII. IMPRONTA HISTORICA.—IX. LOS PRINCIPIOS, CONTEXTO.—X. LOS GUSTOSOS TRABAJOS.—XI. SOBRE JUS Y LEX.—XII. LA COSTUMBRE COMO POSESION Y COMO «PARAMIENTO».—XIII. EL FUERO NUEVO, REALIZACION CULTURAL.

«El IVA y las entidades locales de Navarra: especial referencia al Ayuntamiento de Pamplona», por FERNANDO DE LA HUICHA CELADOR, pág. 29.

**SUMARIO:** I. INTRODUCCION.—II. LOS AYUNTAMIENTOS NAVARROS COMO SUJETOS PASIVOS DEL IVA: a) RÉGIMEN GENERAL DE LAS OPERACIONES REALIZADAS POR LAS ENTIDADES; b) EXAMEN PORMENORIZADO DE LAS OPERACIONES Y ACTIVIDADES PRINCIPALES DEL AYUNTAMIENTO DE PAMPLONA: RÉGIMEN JURÍDICO EN EL IVA.—III. LOS MUNICIPIOS NAVARROS COMO DESTINATARIOS DE ENTREGAS DE BIENES Y PRESTACIONES DE SERVICIOS.—IV. LOS DEBERES FORMALS DE LOS MUNICIPIOS NAVARROS COMO SUJETOS PASIVOS DEL IVA.—V. LOS REGIMENES DE DEDUCCION EN EL IVA Y SU APLICACION POR LAS ENTIDADES LOCALES NAVARRAS.—VI. LA COTIZACION DEL IVA POR LAS ENTIDADES LOCALES NAVARRAS.—VIII. NAVARRA COMO INSTITUCION.

«La normativa agraria de la Comunidad Foral de Navarra», por LUIS POMED SÁNCHEZ, pág. 75.

**SUMARIO:** I. INTRODUCCION: 1. EL PESO DEL SECTOR AGRARIO EN LA ECONOMIA REGIONAL NAVARRA. 2. ENUNCIACION DE LAS PRINCIPALES COMPETENCIAS DE LA COMUNIDAD FORAL DE NAVARRA EN MATERIA AGRARIA. 3. BREVE REFERENCIA A LA ADMINISTRACION FORAL AGRARIA. EN PARTICULAR, LOS ORGANISMOS Y SOCIEDADES PUBLICAS DE AGRICULTURA.—II. LA TRANSFORMACION DE LAS ESTRUCTURAS AGRARIAS. LA LEY FORAL DE REFORMA DE LAS INFRAESTRUCTURAS AGRARIAS: 1. SIGNIFICADO DE LA LEY FORAL DE REFORMA DE LAS INFRAESTRUCTURAS AGRARIAS. 2. ASPECTOS ORGANIZATIVOS Y SISTEMA DE RECURSOS EN LA LEY. LA INCIDENCIA DE LAS PECULIARIDADES ORGANIZATIVAS DEL DERECHO FORAL NAVARRO. 3. LA CONCENTRACION PARCELARIA COMO PROCEDIMIENTO ORDINARIO DE REFORMA. 4. EL RÉGIMEN DE LAS FINCAS REGABLES POR TRANSFORMACION. BREVE REFERENCIA A LOS PROCEDIMIENTOS ESPECIALES. 5. LAS OBRAS PUBLICAS AGRARIAS EN LA LEY FORAL DE REFORMA DE LAS INFRAESTRUCTURAS AGRARIAS.—III. LA PRO-

TECCION DE LA RIQUEZA AGRARIA DE NAVARRA: 1. LA DEFENSA DEL SUELO AGRARIO EN LA LEGISLACIÓN FORAL DE ORDENACIÓN TERRITORIAL Y URBANÍSTICA. LA PRESERVACIÓN DE LA FUNCIÓN ECOLÓGICA DE LOS BOSQUES EN LA LEY FORAL DE PROTECCIÓN Y DESARROLLO DEL PATRIMONIO FORESTAL DE NAVARRA. 2. LA ESPECÍFICA REGULACIÓN DE LOS BIENES COMUNALES. 3. EL MANTENIMIENTO DE LA SUPERFICIE DE LAS EXPLOTACIONES AGRARIAS. UNIDADES MÍNIMAS DE CULTIVO Y SUPERFICIES BÁSICAS DE EXPLOTACIÓN.—IV. EL FOMENTO. BREVE REFERENCIA A LA LEY DE FINANCIACION AGRARIA.

«El recurso de casación contra sentencias en la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 13 de julio de 1998», por SANTIAGO GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, pág. 123.

**SUMARIO:** PRIMERA PARTE. NATURALEZA DEL RECURSO DE CASACION:

A) CARACTERÍSTICAS DEL RECURSO DE CASACIÓN. B) LA SENTENCIA, OBJETO DEL RECURSO DE CASACIÓN.—I. SENTENCIAS RECURRIBLES (ART. 86 DE LA LJCA): A) UNA VISIÓN GENERAL DEL ARTÍCULO 86.1 DE LA LJCA. B) LOS SUPUESTOS DEL ARTÍCULO 86.2.C Y D.—II. LAS SENTENCIAS OBJETO DEL RECURSO DE CASACION: EL PROBLEMA DE LOS ASUNTOS DE PERSONAL (ART. 86.2.A DE LA LJCA): A) NACIMIENTO Y EXTINCIÓN DE LA RELACIÓN DE SERVICIO DE LOS FUNCIONARIOS. B) LOS LÍMITES DEL CRITERIO Y OTROS PROBLEMAS.—III. LAS SENTENCIAS OBJETO DEL RECURSO DE CASACION: EL PROBLEMA DE LA CUANTIA (ART. 86.2.B DE LA LJCA): A) CRITERIOS GENERALES. B) EXCEPCIONES A LA INADMISIBILIDAD DEL RECURSO DE CASACIÓN POR RAZÓN DE LA CUANTÍA. C) LA REGLA DE LAS CUANTÍAS NOTORIAMENTE INFERIORES A LAS EXIGIDAS. D) CUANTÍA Y FASE DE ADMISIÓN DEL RECURSO. E) MOTIVOS DE LA NUEVA REGULACIÓN.—IV. SENTENCIAS QUE DECLAREN NULA O CONFORME A DERECHO UNA DISPOSICION DE CARACTER GENERAL (ART. 86.3 DE LA LJCA): A) SUPUESTOS. B) LA RELEVANCIA DE PRECISAR EL CONCEPTO DE «DISPOSICIÓN DE CARÁCTER GENERAL».—V. SENTENCIAS DE LOS TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA, SI EL RECURSO DE CASACION SE FUNDA EN INFRACCION DE NORMAS DE DERECHO ESTATAL O COMUNITARIO EUROPEO (ART. 86.4 DE LA LJCA): A) LA SIGNIFICACIÓN DEL SUPUESTO. B) EL CRITERIO DE LA LJCA DE 1998 Y LOS PROBLEMAS QUE VIENEN PLANTEÁNDOSE.—VI. RESOLUCIONES DEL TRIBUNAL DE CUENTAS EN MATERIA DE RESPONSABILIDAD CONTABLE (ART. 86.5 DE LA LJCA): A) LA SIGNIFICACIÓN DEL SUPUESTO. SEGUNDA PARTE. LOS «MOTIVOS» DEL RECURSO DE CASACION: I. EL TIPICO FORMALISMO DEL RECURSO DE CASACION (ART. 88 DE LA LJCA).—II. ABUSO, EXCESO O DEFECTO EN EL EJERCICIO DE LA JURISDICCION (ART. 88.1.A DE LA LJCA).—III. INCOMPETENCIA O INADECUACION DEL PROCEDIMIENTO (ART. 88.1.B DE LA LJCA).—IV. QUEBRANTAMIENTO DE LAS FORMAS ESENCIALES DEL JUICIO POR INFRACCION DE LAS NORMAS REGULADORAS DE LA SENTENCIA O DE LAS QUE RIGEN LOS ACTOS Y GARANTIAS PROCESALES (ART. 88.1.D DE LA LJCA): A) PLANTEAMIENTO. B) SUPUESTOS QUE AMPARA EL PRESENTE MOTIVO.—V. INFRACCION DE LAS NORMAS DEL ORDENAMIENTO JURIDICO O DE LA JURISPRUDENCIA QUE FUERAN APLICABLES PARA RESOLVER LAS CUESTIONES OBJETO DE DEBATE (ART. 88.1.D DE LA LJCA).—VI. LA INFRACCION DE LAS NORMAS RELATIVAS A LOS ACTOS Y GARANTIAS PROCESALES QUE PRODUCEN

CA INDEFENSIÓN SOLO PODRÁ ALEGARSE CUANDO SE HAYA PEDIDO LA SUBSANACIÓN DE LA FALTA O TRANSGRESIÓN EN LA INSTANCIA, DE EXISTIR MOMENTO PROCESAL OPORTUNO PARA ELLO (ART. 88.2 DE LA LJCA).—VII. DE NUEVO SOBRE LA PRUEBA Y EL RECURSO DE CASACIÓN (ART. 88.3 DE LA LJCA). TERCERA PARTE. TRAMITACIÓN DEL RECURSO DE CASACIÓN: I. COMPETENCIA, PREPARACIÓN Y LEGITIMACIÓN (ART. 89 DE LA LJCA): A) COMPETENCIA Y PREPARACIÓN (ART. 89.1). B) REGLA ESPECIAL EN CASO DE RECURSO CONTRA SENTENCIAS DE LOS TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA (ART. 89.2). C) LEGITIMACIÓN PARA INTERPONER EL RECURSO DE CASACIÓN (ART. 89.3).—II. COMPARECENCIA ANTE EL TRIBUNAL SUPREMO (ART. 90 DE LA LJCA).—III. EJECUCIÓN PROVISIONAL (ART. 91 DE LA LJCA).—IV. ESCRITO DE INTERPOSICIÓN DEL RECURSO DE CASACIÓN ANTE EL TRIBUNAL SUPREMO Y LA ADMISIÓN DEL RECURSO (ART. 93 DE LA LJCA).—V. EL RÉGIMEN PROCESAL DE LA ADMISIÓN O INADMISIÓN (ART. 93 DE LA LJCA): A) DOCTRINA JURISPRUDENCIAL GENERAL SOBRE LAS CAUSAS DE INADMISIÓN (ART. 93.1). B) LAS CAUSAS DE INADMISIÓN (ART. 93.2).—VI. RÉGIMEN PROCESAL Y PROBLEMAS JURÍDICOS DE LA ADMISIÓN: INADMISIÓN, AUDIENCIA E INADMISIÓN PARCIAL (ART. 93.3 A 93.6 DE LA LJCA): A) AUDIENCIA (ART. 93.3). B) INADMISIÓN (ART. 93.4). C) INADMISIÓN PARCIAL (ART. 93.4). D) COSTAS Y RECURSOS (ART. 93.5 Y 93.6).—VII. TRAMITACIÓN (ART. 94 DE LA LJCA).—VIII. EFECTOS DE LA ESTIMACIÓN DEL RECURSO DE CASACIÓN (ART. 95 DE LA LJCA).—IX. DISPOSICIÓN TRANSITORIA TERCERA.—BIBLIOGRAFÍA.

«Algunas consideraciones sobre la responsabilidad patrimonial ex artículo 1.911 del Código Civil y su actuación en el Derecho administrativo», por RAFAEL MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDÁZ, pág. 159.

**SUMARIO:** I. INTRODUCCIÓN.—II. LA INALIENABILIDAD DEL DOMINIO PÚBLICO: 1. EL CONCEPTO DE INALIENABILIDAD. 2. LOS BIENES DE DOMINIO PÚBLICO. 3. LA INALIENABILIDAD COMO UN ELEMENTO PROPIO DEL DOMINIO PÚBLICO. 4. LA DINÁMICA DE LA INALIENABILIDAD DEL DOMINIO PÚBLICO.—III. EL INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL EN LOS CONTRATOS CON LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA: 1. ADMINISTRACIÓN PÚBLICA Y CONTRATO. 2. EL INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO CON LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA. 3. LA EJECUCIÓN FORZOSA POR PARTE DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA. 4. EL INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA.—IV. LA CONCESIÓN ADMINISTRATIVA DE DOMINIO PÚBLICO: 1. LOS DERECHOS REALES ADMINISTRATIVOS. 2. EL ARTÍCULO 1.911 DEL CÓDIGO CIVIL Y EL CONCESIONARIO DE UN DERECHO REAL ADMINISTRATIVO.

## REVISTA DEL NOTARIADO DE LA REPÚBLICA ARGENTINA

Número 856 (Abril-Mayo-Junio 1999)

«Una diferente exégesis de los artículos 1.188 y 1.193 del Código Civil», por JOSÉ CARLOS CARMINIO CASTAGNO, pág. 17.

- «Autorizaciones judiciales para instrumentaciones de contenido notarial. Su improcedencia en determinados actos. Cuestiones afines», por JORGE HUGO LASCALA, pág. 23.
- «Integración, regionalización: idea y realidad», por ANA I. PIAGGI-VANOSI, pág. 33.
- «Jurisdicción no contenciosa o voluntaria», por PEDRO HORACIO SOFÍA AGUIRRE, pág. 49.
- «Barrio cerrado y clubes de campo. Experiencia de su regulación y convivencia», por FRANCISCO J. DEL CASTILLO, pág. 55.
- «Ley Nacional Registral Inmobiliaria: una mirada a treinta años de su vigencia», por LILIA NOEMÍ DÍEZ, pág. 133.

## REVISTA NOTARIAL DEL COLEGIO DE ESCRIBANOS DE BUENOS AIRES

Número 930 (Mayo-Agosto 1998)

- «Eficacia internacional del poder de representación», por LILIANA ETEL RAPALLINI, pág. 365.
- «La deontología notarial frente a los clientes, al colega y al Estado», por JOSÉ A. MÁRQUEZ GONZÁLEZ y BERNARDO PÉREZ FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, pág. 379.
- «Derechos humanos y cometido del Notario», por HANNES-JAKOB PÜTZER, pág. 407.
- «Notas sobre las letras hipotecarias escriturales (Ley 24.441, art. 39 *in fine*)», por EDUARDO P. AYERRA, pág. 459.
- «El poseedor por más de veinte años y la regularización dominial. Un supuesto de causa lícita», por GASTÓN R. DI CASTEINUOVO, pág. 465.
- «Venta en remate judicial y respuesta» (transcripción del artículo publicado en *La Revista Notarial*, correspondiente a mayo de 1908), pág. 471.
- «Embargo», por ANA MARÍA LOIBISO, pág. 477.
- «La duplicidad de inscripción en el sistema registral peruano, medios de solución y responsabilidad del Registro», por JOHNNY CÁCERES VALENCIA, pág. 493.
- «Sociedad *off shore* uruguaya con sede o principal objeto en la Argentina. Consecuencias», por EDUARDO M. FAVIER DUBOIS (h), pág. 509.
- «Sociedades financieras de inversión. Ley 11.073, M. 24-6-48 de la República Oriental del Uruguay. Su actuación en la República Argentina», por OTILIA DEL CARMEN ZITO FONTÁN, pág. 513.
- «Remate y subasta pública, judicial y extrajudicial. Venta directa y adjudicación por licitación», por ANA RAQUEL NUTA y otros, pág. 521.
- «El poder otorgado en favor del acreedor hipotecario para vender el inmueble hipotecado. Validez normativa. Aspectos constitucionales», por PABLO ENRIQUE BRESSAN, pág. 521.
- «Barrios cerrados. Otra manifestación de la propiedad inmobiliaria», por JORGE RAÚL CAUSSE, pág. 567.

## Número 931 (Septiembre-Diciembre 1998)

- «Revocación de las donaciones», por RUBÉN H. COMPAGNUCCI DE CASO, pág. 705.
- «Poderes irrevocables. Redacción incorrecta y absurda», por CARLOS NICOLÁS GATTARI, pág. 733.
- «Civil comparado. Nacimiento de más de una persona» (transcripción del artículo publicado en el núm. 168 de *La Revista Notarial*, correspondiente al mes de septiembre del año 1908), pág. 747.
- «El certificado registral y el principio de prioridad», por OSCAR EDUARDO SARUBO, pág. 751.
- «No me dedico a Sociedades II. Asesoramiento en la constitución de una S.A.», por CARMEN SILVIA ELENA MAGRI, pág. 765.
- «Juicio de escrituración: la problemática particular del artículo 1.185 bis. Consentimiento conyugal», por ANA RAQUEL NUTA y otros, pág. 791.
- «Incapaces e inhabilitados como sujetos negociales y sus representantes legales como sujetos instrumentales», por CRISTINA N. ARMELLA, pág. 807.

## REVISTA DE DERECHO DE LA UNIVERSIDAD DE CONCEPCION

### Número 201 (Enero-Junio 1997)

- «Hilvanes sobre la Administración de Justicia», por HÉCTOR OBERG YÁÑEZ, pág. 7.
- «Responsabilidad civil de hospitales y clínicas (modernas tendencias jurisprudenciales)», por PEDRO ZELAYA ETCHEGARAY, pág. 11.
- «Nuevas formas de contratación y sistema de derecho privado», por HERNÁN CORRAL TALCIANI, pág. 59.
- «Del domicilio político de los extranjeros en Chile», por FRANCISCO SEGURA RIVEIRO, pág. 73.
- «Criterios básicos para la ordenación de un proceso penal», por MANUEL ORTELLS RAMOS, pág. 83.
- «Juez y Ministerio Público en la instrucción previa del proceso penal», por MANUEL ORTELLS RAMOS, pág. 93.
- «Cheque título de crédito. Caducidad del cheque. Derechos del portador de un cheque caducado, cheque postdatado o a fecha», por LUIS UBILLA GRANDI, pág. 103.
- «Análisis de cifras de elecciones presidenciales en Chile desde 1920 al año 1993», por EDUARDO GÓMEZ DÍAZ, pág. 121.
- «Nuevo auto acordado de la Corte Suprema sobre el recurso de protección», por WALDO OTAROLA A., pág. 137.
- «La Ley de Protección de los Derechos del Consumidor», por RICARDO SANDOVAL LÓPEZ, pág. 145.
- «Plena capacidad de la mujer casada en sociedad conyugal. Una reforma legal por hacer», por LUIS BUSTAMENTE SALAZAR, pág. 159.

## ANUARIO DE DERECHO DE LA UNIVERSIDAD DE PANAMA

Número 27 (1998)

- «Sociedad civil y democracia. La emergencia de los movimientos sociales», por RUBÉN DARÍO RODRÍGUEZ PATIÑO, pág. 1.
- «Regulación legal y técnica de los desechos hospitalarios en Panamá», por VIRGILIO LUQUE, pág. 16.
- «El error en el diagnóstico como fuente de responsabilidad civil para el profesional de la medicina», por ABDIEL A. ABREGO, pág. 58.
- «El contrato de préstamo y el derecho de los consumidores», por ARIEL CORBETTI, pág. 72.
- «El contrato de factoring», por ADRIÁN CUEVAS, pág. 92.
- «Los títulos valores del sector privado negociables en la Bolsa de Valores de Panamá», por BELQUIS C. SÁEZ DE FUENTES, pág. 118.
- «La acción de *Hábeas Corpus*», por RIGOBERTO GONZÁLEZ MONTENEGRO, pág. 133.
- «Los delitos de violación y estupro en la reforma penal de 1995», por VIRGINIA ARANGO, pág. 156.
- «Las medidas cautelares en el proceso penal (La detención preventiva y otras alternativas)», por AURA E. GUERRA DE VILLALAZ, pág. 173.
- «Las circunstancias modificadoras de la responsabilidad penal», por RICARDO A. HIM, pág. 210.
- «Pruebas de comparación genética (DNA) y averiguación criminal», por JUAN TEJADA, pág. 231.
- «La ley aplicable a los contratos de comercio internacional en la Convención de México de 1994», por GILBERTO BOUTIN, pág. 247.
- «El arbitraje en los conflictos colectivos laborales», por CECILIO A. CEDALISE, pág. 271.
- «La suspensión de ciertos efectos del contrato de trabajo», por VELARDE OSCAR VARGAS, pág. 289.
- «La defensa de la propiedad en Roma», por GRACIANO E. PEREIRA, pág. 319.

## REVUE DE DROIT UNIFORME

Número 2 (1999)

- «The proposed UNIDROIT Convention on Mobile Equipment: economic consequences and issues», por HEYWOOD W. FLEISIG, pág. 253.
- «The preliminary draft UNIDROIT Convention on International Interests in Mobile Equipment: the next stage», por ROY GOODE, pág. 265.
- «Considerations in the design of an International Registry for interests in mobile equipment», por RONALD C. C. CUMING, pág. 275.
- «The case for a commercial orientation to the proposed UNIDROIT Convention as applied to aircraft equipment», por JEFFREY WOOL, pág. 289.
- «The prospective UNIDROIT Convention on international interests in mobile equipment as applied to space property», por DARA A. PANAHY y RAMAN MITTAL, pág. 303.
- «Creating an international security structure for railway rolling stock: an idea ahead of its time?», por HOWARD ROSEN, pág. 313.

- «The legal relationship between the proposed UNIDROIT Convention and its equipment-specific Protocols», por CHRISTINE CHINKIN y CATHERINE KESSELIAN, pág. 323.
- «Relationship between the prospective UNIDROIT International Registry, Revised Uniform Commercial Code Article 9 and national civil aviation registries», por CHARLES W. MOONEY JR., pág. 335.
- «Reforming the legal framework for security interests in mobile property», por NURIA DE LA PEÑA, pág. 347.
- «L'avant-projet de Convention d'UNIDROIT: réflexions sur son insertion dans le système juridique français», por JEAN STOUFFLET, pág. 361.
- «Towards a transnational commercial law for secured transactions: the preliminary draft UNIDROIT Convention and Italian law», por GIUSEPPE TUCCI, pág. 371.
- «Effects in insolvency of the international interest in mobile equipment: a German perspective», por EVA-MARÍA KIENINGER, pág. 397.
- «La réserve de propriété dans l'avant-projet de Convention d'UNIDROIT: un point de vue suisse», por BENEDICT FOËX, pág. 409.
- «The legal environment for asset-based financing: international endeavours and the Russian Civil Code», por VLADISLAV A. KOVSHINOV, pág. 425.
- «The regulation of secured transactions under the future UNIDROIT Convention: a Hungarian point of view», por ATTILA HARMATHY, pág. 433.
- «The proposed UNIDROIT Convention: international law for asset finance (aircraft)», por STEPHEN J. MCGAIRL, pág. 439.
- «The development of a new Convention relating to international interests in mobile equipment, in particular aircraft equipment: a joint ICAO-UNIDROIT project», por LUDWIG WEBER y SILVERIO ESPINOLA, pág. 463.
- «Le régime international pour les garanties proposé par UNIDROIT: l'intérêt du secteur ferroviaire et de l'OTIF en particulier», por GERFRIED MUTZ, pág. 469.

## ADVOCATUS (Revista de los alumnos de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Lima)

### Número 1 (1998)

- «Aspectos concretos del proceso urgente y de la tutela anticipatoria. Las recientes innovaciones brasileñas y la recepción por la Corte Suprema de la nación», por JORGE WALTER PEYRANO, pág. 11.
- «La exoneración de responsabilidad en la compraventa internacional», por PEDRO F. SILVA RUIZ, pág. 19.
- «El internamiento en el Código Civil español y peruano: Breve estudio comparado», por M.<sup>a</sup> PALOMA FISAC DE RON, pág. 37.
- «Protección preventiva, unitaria e integral de la persona. A propósito del artículo 17 del Código Civil», por CARLOS FERNÁNDEZ SESSAREGO, pág. 47.
- «La jurisdicción constitucional y el modelo dual o paralelo», por DOMINGO GARCÍA BELAUNDE, pág. 65.
- «El arbitraje como solución de los conflictos colectivos económicos», por JAIME ZAVALA COSTA, pág. 73.

- «Viendo más allá del expediente: Los efectos económicos y sociales de los fallos judiciales», por ALFREDO BULLARD GONZÁLEZ y DOMINGO RIVAROLA REISZ, pág. 85.
- «De comerciantes, protectores y justicieros: Algunos comentarios al contrato de suministro en el Código Civil peruano», por EDUARDO BENAVIDES TORRES, pág. 95.
- «Aspectos procesales de la responsabilidad civil de los jueces», por ANA MARÍA ARRARTE ARISNABARRETA, pág. 109.
- «Los Registros Públicos y la Reforma del Código Civil», por CARLOS CÁRDENAS QUIRÓS, pág. 119.
- «El Consejo de la Magistratura en América Latina (anotaciones para un estudio comparativo)», por PEDRO PLANAS SILVA, pág. 123.
- «La privatización del mar», por ENRIQUE GHERSI SILVA, pág. 141.
- «Modificación del Estatuto social, aumento y reducción del capital social», por OSWALDO HUNDSKOPF EXEBIO, pág. 159.
- «Mecanismos societarios de financiamiento de las Sociedades Anónimas», por FERNANDO PICKMANN DIANDERAS, pág. 167.
- «Algunas consideraciones sobre el Impuesto General a las Ventas y los Servicios Internacionales», por KATHARINE CHRISTOPHERSON PUH, pág. 183.
- «El nefasto artículo 949 del Código Civil», por RAMÓN HUAPAYA TAPIA, pág. 191.
- «¿El Estado soy yo? (a propósito de la pugna normativa entre las Leyes del Congreso y las Ordenanzas Municipales)», por ANGEL HORNA CHICCHON, pág. 207.
- «El poder y la conciencia, ¿un dilema moral o una opción ética?», por ALBIX VIDAL-QUADRAS, pág. 213.
- «¿Los abogados tenemos remedio?», por JUAN MONROY GALVEZ, pág. 221.

## NOTICIAS DE LA UNIÓN EUROPEA

Número 174 (Julio 1999)

- «La filosofía de la política del "nuevo enfoque" en la Unión Europea: La remisión a normas técnicas voluntarias y sus excepciones», por VICENTE ALVAREZ GARCÍA, pág. 9.
- «Perspectivas de la colaboración institucional entre España y América Latina en los procesos de integración: El valor de los derechos fundamentales en Europa», por JAIME RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, pág. 31.
- «Publicidad comparativa: entrada en vigor de la Directiva 84/450/CEE (modificada)», por LUIS GONZÁLEZ VAQUE, pág. 39.
- «Fusión y derecho de la competencia: aplicación del principio de mantenimiento de la empresa en crisis», por JOSÉ ANTONIO NARANJO SELFA, pág. 49.
- «La armonización fiscal y el Impuesto de Sociedades en la Unión Europea», por ANTONIO APARICIO PÉREZ, pág. 67.
- «La reciente evolución del Derecho comunitario y del Derecho español sobre fomento del mercado audiovisual», por FERNANDO GONZÁLEZ BOTIJA, pág. 95.
- «La Unión Europea y la Ley Helms-Burton: Apuntes sobre un conflicto de nuestro tiempo», por ENRIQUE MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, pág. 119.