

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 Albasa.
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 Cunel Lorente.

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

«El objeto en la hipoteca en el Derecho puertorriqueño», por EDUARDO VÁZQUEZ BOTE	675
«El derecho de tanteo y retracto en la Ley española de Arrendamientos Rústicos de 1980. Referencia al derecho de “prelazione” y “re-tratto” en Italia», por ANGEL SÁNCHEZ HERNÁNDEZ	791
«Realidad del tráfico y Registro Mercantil (algunas reflexiones sobre el principio de inoponibilidad)», por MERCEDES FARIAS BATLLE	903

DICTAMENES Y NOTAS

«Análisis de un supuesto de indefensión de los arrendadores de inmuebles urbanos», por AURELIA MARÍA ROMERO COLOMA	931

ACTUALIDAD JURIDICA

Información legislativa y de actividades, por LA REDACCIÓN ..	949

JURISPRUDENCIA

I. Sentencias del Tribunal Constitucional, por FRANCISCO CORRAL DUEÑAS ..	959
II. Resoluciones de la Dirección General:	
A) Resoluciones publicadas en el <i>BOE</i> , por JOSÉ ESTEBAN TORRENTE LOSCERTALES	969
B) Resoluciones comentadas, por VICENTE CARBONELL SERRANO y JESÚS GONZÁLEZ GARCÍA.....	975

III Sentencias del Tribunal Supremo

1	Derecho Civil:	
b)	Obligaciones y contratos, por JOSÉ QUESADA SEGURA, ISABEL DE LA IGLESIA MONJE e ISABEL MORATILLA GALÁN	993
c)	Arrendamientos, por CATALINO RAMÍREZ RAMÍREZ	1027
d)	Familia, por FRANCISCO CASTRO LUCINI	1033
e)	Sucesiones, por FRANCISCO CASTRO LUCINI	1036
f)	Responsabilidad civil, por JOSÉ M. ^a CORRAL GUÓN, BEGOÑA FLORES GONZÁLEZ, MARISELA GONZÁLEZ LÓPEZ, PATRICIA LÓPEZ PELÁEZ, JUANA RUIZ JIMÉNEZ, TERESA SAN SEGUNDO MA- NUEL y LOURDES TEJEDOR MUÑOZ	1051
2.	Derecho Mercantil, por RAMÓN SÁNCHEZ DE FRUTOS	1093
4.	Derecho Procesal, por ERNESTO CALMARZA CUENCAS	1103

INFORMACION BIBLIOGRAFICA

«Reales Disposiciones sobre Registradores de la Propiedad (siglos XIII-XIX), de LUIS MARÍA CABELLO DE LOS COBOS Y MANCHA, por MANUEL MEDINA DE LEMUS	1111
«Principios de Derecho civil, Tomo VII, Derecho de sucesiones», de CARLOS LASARTE ALVAREZ, por FRANCISCO CORRAL DUEÑAS	1114
«Responsabilidad civil extracontractual por daños causados por animales», de IGNACIO GALLEGO DOMÍNGUEZ, por FRANCISCO CORRAL DUEÑAS	1117
«La función social de la propiedad privada en la Constitución española de 1978», de RAFAEL COLINA GAREA, por CARLOS BALLUGERA GÓMEZ	1119
«Libre competencia y Ley de Ordenación del Comercio Minorista en España» y «Prohibición de la venta a pérdida», de AMADEO PETIT-BÓ JUAN y otros, por JOSÉ MARÍA CORRAL DUEÑAS	1125
«El razonamiento jurídico. La analogía y la equidad», de JUAN VALLET DE GOYTISOLO, por FRANCISCO CORRAL DUEÑAS	1127
«Principles of European Contract Law, Part. I: Performance, Non-Performance and Remedies», de THE COMMISSION ON EUROPEAN CONTRACT LAW, por CARLOS VATTIER FUENZALIDA	1129

REVISTA DE REVISTAS, por la Redacción. Comentarios de ISABEL DE LA IGLESIA MONJE	1133

ESTUDIOS

El objeto en la hipoteca en el Derecho puertorriqueño (*)

SUMARIO. 1. AMBITO OBJETIVO DE LA RELACION JURIDICO-HIPOTECARIA.—2. EXTENSION OBJETIVA DE LA HIPOTECA.

1. AMBITO OBJETIVO DE LA RELACION JURIDICO-HIPOTECARIA

Ya se ha indicado (1) que son razones simplemente históricas las que han llevado a configurar como objeto propio de la hipoteca a los bienes inmuebles, razón que hoy, verdaderamente, se manifiesta como completamente insuficiente para seguir sustentando dicha base de diferenciación. Por ello, como ha escrito ROCA SASTRE (2), convendría, ante una potencial revisión del Código Civil, admitir «francamente la hipoteca mobiliaria (3) en aquellos casos en que, requiriéndolo las necesidades de levantar crédito sobre bienes muebles en que la desposesión sería ruinoso, lo permitieren la índole de ciertas cosas muebles y su susceptibilidad de registración... Entonces se terminaría con la ficción de denominar prenda lo que es hipoteca (así como de reputar inmuebles, a estos efectos, a los buques, si son verdaderos bienes muebles); se acabaría con la extraña figura de una prenda sin desplazamiento posesorio y dejaría de incurrirse en el absurdo de regular un depósito de cosa propia, considerándose como depositario al que, en rigor y según el mismo contrato, es verdadero propietario de la cosa pignorada...»

(*) Se corresponde con el capítulo IV de la obra *Derecho de Hipotecas*, de próxima publicación.

(1) Cuadernos de Derecho, núm. 3.

(2) *Derecho hipotecario*, IV, pág. 162

(3) Respecto de la así llamada en Puerto Rico, tratándose de una simple preferencia crediticia, condicionada, además, a la permanencia del objeto en la demarcación municipal correspondiente y original, nada tiene de hipoteca. Ver VÁZQUEZ BOTE, *Tratado de Derecho Privado puertorriqueño*, VIII.

No es, ciertamente, que no exista una razón para haber referido la hipoteca a los solos inmuebles, pues, como el mismo ROCA reconoce, «...*prácticamente* o desde un punto realista, no es tan infundada la regla de no extender la hipoteca a los bienes muebles, pues éstos, por su movilidad y fácil destrucción, sustracción u ocultación, exigen la seguridad que supone su posesión, guarda o depósito en poder o a disposición del acreedor pignoraticio; el quitar la cosa de las manos del deudor poniéndola a buen recaudo, es indispensable si se quiere hacer servir el valor en cambio de los bienes muebles, de garantía del cumplimiento de una obligación. La hipoteca implica, por su naturaleza, la imposibilidad de tal desposesión, y de aquí la dificultad de adaptarla a esta clase de bienes, pues quedando la cosa gravada en poder del deudor, la garantía real es prácticamente ineficaz...

«Pero éstas son únicamente dificultades *prácticas* de la hipoteca...» (4).

Realmente, lo que critica el autorizado maestro no es tanto la concreción inmobiliaria, sino el argumento legal para llevarla a efecto, decantado en la E. de M. de la Ley Hipotecaria española de 1861 (5), desde el momento en que, técnicamente, lo que debe caracterizar a la hipoteca es la ausencia de desplazamiento de posesión del bien, cualquiera que éste sea.

No obstante, la impronta de aquella Ley, que se incorpora al Derecho puertorriqueño por la Ley Hipotecaria para la provincia de Puerto Rico en 1878 y en la subsiguiente Ley Hipotecaria para las Provincias de Ultramar, de 1893, permanece en la vigente Ley Hipotecaria y del Registro de la Propiedad que determina el objeto propio de la relación jurídico-inmobiliaria mediante el establecimiento de una regla general fijada en el artículo 157, detallada mediante una enumeración en el artículo 158, y un principio de exclusión fijado en el artículo 159.

Bajo aquella regla general, dispone el artículo 157 de la Ley Hipotecaria:

«Podrán ser hipotecados:

- 1.º Los bienes inmuebles susceptibles de inscripción.
- 2.º Los derechos reales inscribibles y enajenables, con arreglo a las leyes, impuestos sobre los mismos bienes».

Ya es sabido que la vigente Ley Hipotecaria ha seguido muy de cerca en algunos extremos la tradición de la Ley anterior, pero también de la española

(4) ROCA SASTRE, *ibidem*, págs. 161-162.

(5) Como transcribe ROCA SASTRE (*op cit*, IV, pág. 161), «La exposición de motivos de la Ley de 1861 dice que “para quitar algunas dudas y para fijar de un modo claro y terminante la diferencia entre la prenda y la hipoteca [se] establece que sólo podrán ser hipotecados los bienes inmuebles y los derechos reales impuestos sobre ellos que sean enajenables con arreglo a las leyes, quitando así la anfibología que en las leyes y en la práctica existe respecto del uso poco preciso de estas palabras”».

texto refundido de 1944-46 y las ideas de ROCA SASTRE, como principal mentor del «Derecho hipotecario» en España. No obstante, no siempre se ha atendido al legítimo reclamo de este prestigioso autor en sus críticas al texto español. Y uno de ellos, la deficiencia técnica de la expresión recogida en el apartado primero del artículo 157 tiene fundamento. En efecto, en el Registro de la Propiedad no se *inscriben* los bienes inmuebles, sino los *títulos* de trascendencia real sobre bienes inmuebles (6), por lo que el maestro prefería la expresión de poder ser hipotecado «el dominio de los bienes inmuebles y derechos reales establecidos sobre los mismos» (7).

La exigencia o reclamo de que dichos bienes sean susceptibles de inscripción responde, naturalmente, a la imperativa imposición consignada en el artículo 1.774 del Código Civil, que proclama el nacimiento solamente registral del derecho real de hipoteca, esto es, el *carácter constitutivo de la inscripción*, sin la cual sólo habrá un contrato de hipoteca con un contenido simplemente obligacional. Y por consecuencia de lo dicho, no es susceptible

(6) Como ya he dicho en otro lugar (*Tratado*, XV), «el Título V de la Ley Hipotecaria hace referencia a los “títulos sujetos a inscripción”, pareciendo, así, que mantiene la tradición jurídica anterior, que hace objeto de la inscripción a los títulos de trascendencia real, en general y en principio...» Sin embargo, la cuidada expresión técnica —de que la Ley y el Reglamento adolecen constantemente— puede crear problemas de interpretación. En efecto, y por ejemplo, el artículo 38 comienza: «En el Registro de la Propiedad se inscribirán los títulos, actos y contratos siguientes...». Literalmente entendido el precepto significaría que el Registro de la Propiedad puertorriqueño se configura como un sistema mixto, de inscripción y de transcripción, única forma de que se inscriban los contratos, cuando resulta que de éstos solamente tienen acceso al Registro los contenidos de trascendencia real y no la meramente obligacional (art. 41 de la Ley). Nada se diga de la expresión del artículo 54, que introduce la reserva de prioridad al modo argentino indicando que «podrá reservarse prioridad a un contrato en gestación...», lo cual significa que puede ser objeto de inscripción lo que tan siquiera es un título.

«Ello, unido a la diversidad de expresiones que se usan para aludir a la toma de razón registral (“se inscribirán”, arts. 38, 45, 46, 48, etc., de la Ley: “El Registro de la Propiedad tiene por objeto la registración...”, arts. 7, 52, 57, etc. de la Ley) o la noción de qué es inscripción, que lleva a inscribir los planos (art. 94 de la Ley), todo ello pone de relieve una gran inconsistencia...»

Dice ROCA SASTRE (*op. cit.*, IV, págs. 163 y sigs.), que «...todos los romanistas afirman que el dominio o derecho de propiedad, por cuanto absorbe enteramente la cosa, se identifica generalmente con la cosa misma. En cambio en los *iura in re aliena* es necesario especificar la clase de derecho que sobre la cosa se tiene. El derecho de propiedad, por ser el más completo (*plena in re potestas*), se materializa con la cosa, y así se dice “mi propiedad” como queriendo aludir a la cosa objeto de la misma, se indica la cosa directa y únicamente, sobrentendiéndose la naturaleza del derecho. En los otros derechos hay que expresar la clase del mismo, y así se dirá “la finca sobre la cual tengo el usufructo”. El dominio está, pues, representado por la cosa misma.

Por tanto, no hay en este punto ningún defecto de expresión en el artículo 106, sino un tecnicismo especial. Con todo, quizá hubiera sido preferible que los arregladores de 1946 hubieran empleado la forma varias veces usada en la Ley, o sea, hablar “del dominio de bienes inmuebles o de derechos reales impuestos sobre los mismos”».

(7) ROCA SASTRE, *ibidem*, pág. 164.

de constituirse hipoteca respecto de los bienes que no tengan acceso al Registro de la Propiedad. Al respecto, el artículo 108 de la anterior Ley Hipotecaria, en su carácter detallista, enumeraba los bienes que no tenían acceso al Registro (8), en fórmula que, con mayor y conveniente generalidad, recoge la Ley vigente, como se verá de inmediato.

La exigencia adicional, que se trate de bienes susceptibles de enajenación o de derechos igualmente transmisibles, responde, obviamente, al potencial enervante de la garantía inmobiliaria si, para caso de incumplimiento, fuese menester poner en venta pública el inmueble o derecho real objeto de la garantía, a efectos de realizarse la expectativa de satisfacción del acreedor, por frustrarse la expectativa de prestación (9).

(8) Artículo 108, Ley Hipotecaria de 1893:

«No se podrán hipotecar:

- 1.º Los frutos y rentas pendientes, con separación del predio que los produzca.
- 2.º Los objetos muebles colocados permanentemente en los edificios, bien para su adorno o comodidad, o bien para el servicio de alguna industria, a no ser que se hipotequen juntamente con dichos edificios.
- 3.º Los oficios públicos.
- 4.º Los títulos de la deuda del Estado, de las provincias o de los pueblos y obligaciones y acciones de bancos, empresas o compañías de cualquier especie.
- 5.º El derecho real en cosas que, aun cuando se deban poseer en lo futuro, no estén inscritas a favor del que tenga el derecho a poseer.
- 6.º Las servidumbres, a menos que se hipotequen conjuntamente con el predio dominante, y exceptuándose en todo caso la de aguas, la cual podrá ser hipotecada.
- 7.º El derecho de usufructo concedido por las leyes a los padres o madres sobre los bienes de los hijos y al cónyuge superviviente sobre los del difunto.
- 8.º El uso y la habitación.
- 9.º Las minas, mientras no se haya obtenido el título de la concesión definitiva, aunque estén situadas en terreno propio»

(9) Ver VÁZQUEZ BOTE, *Tratado*. V. BETTI, *Teoría general de las obligaciones*, I. Como resalta PUIG BRUTAU (*Fundamentos*, III-3, pág. 97): «Aunque lo normal es que la hipoteca se constituya sobre una finca que ya se tenga en propiedad, también cabe la constitución por vía de reserva o *deductio*, de manera que el comprador adquiere el inmueble con la hipoteca que al propio tiempo se constituye a favor del vendedor, en garantía de la parte de precio que queda aplazada». Al respecto, determina la Resolución de 18 de septiembre de 1969.

Excmo. Señor: En el recurso gubernativo interpuesto por el Notario de Alcira, don Jerónimo Cerdá Bañuls, contra la negativa del Registrador de la Propiedad de dicha ciudad a inscribir una escritura de compraventa, pendiente en este Centro en virtud de apelación del funcionario calificador;

Resultando que por escritura de 23 de febrero de 1963, se constituyó en Alcira la sociedad mercantil «Mayvi, S. A.», dedicada a la «construcción de viviendas de renta limitada y aquellas operaciones con ello relacionadas, como adquisición de terrenos, su urbanización y parcelación, uso, arrendamiento y venta de las mismas sometiéndose a las disposiciones dictadas en esta materia»; que según la escritura fundacional, la administración de la sociedad corresponde a los administradores que, en número no superior a tres, serán nombrados en la Junta General, obligando cada uno a la sociedad, si fuesen varios, con entera independencia de los demás; que el artículo 15 de los Estatutos sociales faculta a los administradores para «disponer ., enajenar..., contratar..., hipotecar...,

No es, sin embargo, feliz, la fórmula del apartado 2.º del artículo 157, en su referencia a la hipotecabilidad de los derechos reales —limitados— existente sobre bienes inmuebles, que plantea toda la problemática de la existencia de derechos sobre derechos.

etc.. y para todo lo dicho, que deberá ser ampliamente interpretado... otorgar cuantos documentos públicos o privados fuere menester»; que en el acto fundacional, por unanimidad de los asistentes, fueron nombrados administradores los socios don Juan Morell Nadal, don Jaime Arbona Ozonas y don Miguel Viola Montagud, que aceptaron el cargo y tomaron posesión del mismo en el acto del otorgamiento; que por escritura de 1 de febrero de 1968, ante el Notario recurrente don Juan Morell Naval, como administrador de la sociedad señalada, vendió a don José Alberolla Vidiella, el apartamento número 75, vivienda tipo C de la planta novena del edificio sito en Alcira, partido de Alborchí, plaza del Reiño, s/n., inscrito en el Registro al tomo 807, libro 222 de Alcira, folio 43, finca número 21 889, inscripción 1.ª, gravado con un préstamo hipotecario de ciento noventa y tres mil pesetas de capital, más intereses y costas a favor del Banco de Crédito a la Construcción, y que el precio se fijó en cuatrocientas cuarenta y siete mil ochocientas veintidós pesetas que, según la cláusula 1.ª de la escritura, se distribuyó así: «a) La cantidad de ciento noventa y tres mil tres pesetas a que asciende el préstamo hipotecario que grava el apartamento vendido en favor del Banco de Crédito a la Construcción, antes reseñado, que el comprador retiene, estipulando las partes aquí contratantes, según intervienen, que el comprador queda subrogado íntegramente en la posición del deudor en el préstamo relacionado, destinando dicha cantidad retenida a su pago, asumiendo incluso la responsabilidad personal, a cuyo fin, en cumplimiento de los requisitos exigidos por la Entidad acreedora que han quedado antes expuestos para que se entienda consentida por ella la asunción de la deuda 1.º Se fija como domicilio para el adquirente, a efectos de notificaciones y requerimientos referentes al préstamo hipotecario, en Madrid, calle de Ayala, 128. 2.º El adquirente se obliga a inscribir esta escritura en el Registro de la Propiedad de Alcira y a remitir a la Entidad acreedora testimonio notarial de la escritura de transmisión inscrita en el Registro de la Propiedad, en el plazo de los ocho días siguientes al de su inscripción por entrega personal en el Registro General del Banco o por correo certificado con acuse de recibo, y b) La cantidad de doscientas cincuenta y cuatro mil ochocientas diecinueve pesetas que el comprador se obliga a pagar a la Sociedad vendedora dentro de un plazo que terminará el día treinta de marzo de mil novecientos setenta, en garantía de cuyo pago de costas, intereses de demora y gastos, en su caso, el señor Morell, para su Sociedad, reserva la hipoteca al principio apuntada, que queda constituida por vía de deducción, sobre el apartamento objeto de esta venta». A continuación figuran las cláusulas de la hipoteca constituida.

Resultando que presentada en el Registro primera copia del citado documento, fue calificada con la siguiente nota: «Denegada la inscripción a que se refiere la adjunta escritura pública por observarse los defectos siguientes: 1.º Que el Administrador de la Sociedad Mercantil, “Mayvi, S. A.”, al llevar a efecto en nombre y representación de ella, la venta del apartamento número setenta y cinco, reserva para dicha Sociedad el derecho de hipoteca sobre tal apartamento, sin estar autorizado especial y expresamente; 2.º Que en el apartado b) de la cláusula primera, la cantidad de doscientas cincuenta y cuatro mil ochocientas diecinueve pesetas, que el comprador se obliga a pagar a la Sociedad vendedora dentro de un plazo que terminará el 30 de marzo de 1970, en garantía de cuyo pago y de sesenta y tres mil pesetas más costas, intereses de demora y gastos, el señor Administrador para su Sociedad, reserva la hipoteca al principio apuntada, que queda constituida por vía de deducción sobre el apartamento objeto de la venta. Constituyéndose por vía de deducción una hipoteca, forma ésta no admitida en nuestro derecho

En efecto, como es sabido, con fundamento en algunas expresiones del Código Civil que se refieren al usufructo de derechos (art. 398) y al de créditos (art. 404), se ha planteado entre los autores el tema de la posible existencia de derechos cuyo objeto lo fuere otro derecho; tesis que hallaría, además, sustento, en la fórmula del artículo 157, párrafo 2, de la Ley Hip-

positivo y ser contraria a los principios y preceptos de la Legislación Hipotecaria. Siendo los defectos indicados insubsanables, no procede tomar anotación preventiva»;

Resultando que el Notario autorizante de la escritura interpuso recurso gubernativo contra la anterior calificación y alegó: que la nota de calificación no aparece redactada conforme a lo preceptuado en el artículo 106 del Reglamento Hipotecario, ya que carece de la precisión y motivación debidas al no alegar ni un solo artículo legal o principio infringido, acudiendo a una manifestación genérica de «no admitida en nuestro Derecho positivo y ser contraria a los principios y preceptos de la legislación hipotecaria», olvidando que, como recuerdo de la Resolución de 24 de diciembre de 1944, las notas calificadoras deben ser redactadas en forma clara y precisa, sin ambigüedades, oscuridades o generalidades que puedan inducir a error o causar indefensión a quien de buena fe las impugna; que en cuanto al primer defecto relativo a la exigencia de autorización especial y expresa para reservar a la sociedad un derecho de hipoteca sobre el apartamento que vende, cabe decir que en primer lugar, no lo precisa y que en segundo término dicha autorización la tiene concedida y así consta en la propia escritura; que no la precisa porque el giro o tráfico de la empresa es justamente realizar todo tipo de negocios jurídicos relacionados con la construcción y venta de inmuebles; que si bien en otra clase de sociedad podrían ser considerados como actos de disposición, en una sociedad inmobiliaria como «Mayvi, S. A.», son actos de mera administración, como se desprende del más ligero examen de su objeto social; que tampoco cabe pensar que la representación de cualquier sociedad precise autorización alguna para reservar a la misma cualquier derecho, porque la reserva es un acto de conservación y la conservación es una de las más típicas funciones administrativas; que podrá precisarse autorización para enajenar, pero no para retener, que además, según resulta de la propia escritura, el administrador otorgante está especial y expresamente facultado para disponer y contratar respecto de toda clase de bienes inmuebles o derechos reales y personales, pudiendo en tal sentido con las condiciones que estime pertinentes, otorgar compraventas con precio aplazado y subrogaciones, constituir y aceptar hipotecas, etc.; que los estatutos de una sociedad son ley especial de su representación, según ordena el artículo 76 de la Ley de Sociedades Anónimas, que en cuanto al segundo defecto, no cita el Registrador ningún precepto que prohíba la reserva de hipoteca por vía de deducción; que el Derecho romano conoció la constitución de derechos reales por vía de reserva o *deductio* al enajenar la cosa (Gallo II-33); que nuestro Código Civil contiene abundantísimas aplicaciones de esta doctrina, así la reserva del derecho a recuperar la cosa vendida (art. 1.507), la reserva de la facultad de disponer de alguno de los bienes donados (art. 639), la reserva ya clásica del usufructo (art. 492), la de los derechos de uso y habitación (art. 528), la de las servidumbres (arts. 541 y 594), la del censo enfiteútico (art. 1.605), la del censo reservativo (art. 1.607), la de los foros, superficie, etc. (art. 1.655); que la Ley de 17 de julio de 1965, sobre venta a plazos de bienes muebles, impone en su artículo 12 la reserva de dominio de los bienes vendidos en esta forma; que el pacto de reserva de dominio ya había sido declarado válido por el Tribunal Supremo, entre otras, en las Sentencias de 20 de marzo de 1930 y 15 de marzo de 1935, que la doctrina es también unánime en la admisión de este pacto; que el derecho real de hipoteca es accesorio de un crédito por lo que éste ha de serle preexistente o nacer con ella; que en el presente caso, deuda, hipoteca y enajenación con precio aplazado surgen al mismo tiempo; que la hipoteca voluntaria es la convenida entre partes y la compra con deducción de la escritura calificada implica el

tecaria. Y si bien la mayoría de los autores limitan la posibilidad a esas dos modalidades citadas (con robusto fundamento en el *BGB*, que regula dichas situaciones en el Libro III, dedicado a los derechos reales), en todo caso, la

consentimiento a la reserva de la hipoteca, estableciéndose un nexo entre dos negocios típicos de por sí independiente —compraventa e hipoteca— para formar uno solo, como dice la Resolución de 13 de mayo de 1968 que contempla un supuesto similar al que es objeto de debate; que la hipoteca constituida por vía de reserva es una hipoteca convencional o voluntaria que encaja perfectamente dentro de los amplios términos del artículo 138 de la Ley Hipotecaria; y que la fórmula de reserva de hipoteca en garantía de pago del precio aplazado no ha sido elegida caprichosamente o por afán de novedad, sino que estima es la más adecuada al fin que se persigue y más conforme con la voluntad de las partes, puesto que al hacer el contrato la finca no ha estado nunca en poder del comprador, en concepto de libre;

Resultando que el Registrador informó: que ha tenido muy en cuenta el artículo 18 de la Ley Hipotecaria que es de rigurosa observancia, ya que ordena a los Registradores calificar bajo su responsabilidad los documentos presentados a inscripción: que de acuerdo con el artículo 98 del Reglamento Hipotecario, se expresan claramente en la nota todos los defectos que impiden la inscripción del documento presentado, teniendo en cuenta que el propio Notario autorizante de la escritura no dice nada de cuáles son los preceptos legales en que se funda para constituir por deducción la hipoteca que el administrador de la sociedad vendedora se reserva en garantía del pago del precio aplazado; que el artículo 15 de los estatutos sociales de la entidad vendedora, transcrito parcialmente en la escritura de compraventa, va enumerando uno por uno todos los actos jurídicos que los administradores puedan llevar a efecto en nombre de la sociedad que representan, sin que entre tales actos jurídicos figure el de poder reservar el derecho de hipoteca de los apartamentos que vendan, que siendo la reserva del derecho de hipoteca un acto de verdadero dominio, se necesita para ello mandato expreso por imperativo del artículo 1.713 del Código Civil; que la reserva del derecho de hipoteca no puede considerarse como un acto de giro o tráfico de la empresa, sino que es de riguroso dominio, como claramente indica la Resolución de 15 de diciembre de 1953, que, en cuanto al segundo defecto, hay que tener en cuenta que los bienes inmuebles que se hipotecan no pueden ser propios, por lo que resulta extraña la constitución de una hipoteca reservada por el vendedor sobre bienes que vende, por vía de deducción; que las distintas reservas de derechos que el recurrente enumera no son establecidas por vía de deducción, sino por preceptos legales que las establecen; que el pacto de reserva de hipoteca no es de aplicación en este recurso gubernativo, pues, como su mismo nombre indica, es necesario que sea aceptado por ambas partes contratantes y en la escritura calificada, la hipoteca que se establece por deducción se la reserva el propietario sin contar con el consentimiento del adquirente; y que, a su juicio, en resumen, la escritura calificada no está redactada teniendo en cuenta los principios hipotecarios de legalidad y fe pública, de obligatoria observancia como expresa la Resolución de 2 de noviembre de 1948;

Resultando que el Presidente de la Audiencia revotó la nota del Registrador por razones análogas a las expuestas por el recurrente;

Vistos los artículos 1.255, 1.713 y 1.857 del Código Civil; 138 de la Ley Hipotecaria, y la Resolución de 13 de mayo de 1968,

Considerando que la cuestión primordial planteada en el recurso consiste en resolver si puede constituirse una hipoteca por vía de reserva o *deductio* en el supuesto de compraventa con precio alzado y, en caso afirmativo, si el administrador de la sociedad que intervino en su nombre, se encuentra facultado para poder realizar dicho acto;

Considerando que el pacto, por virtud del cual el vendedor se reserva una hipoteca sobre el inmueble enajenado en garantía del precio aplazado, que tiene ya sus precedentes

discusión doctrinal (10) deriva por dos planos diversos: posibilidad teórica de la elaboración de tal teoría y, de otro lado, la utilidad práctica y técnica que dicha elaboración pudiera tener. La dificultad teórica de la tesis, que implica el reconocimiento, la admisión y la aceptación de un poder jurídico que puede ser sometido a otro poder de igual carácter sin perder el primero su condición, ha dado motivo a algún autor para afirmar que el fenómeno es semejante a pretender montar un soldado de plomo sobre un caballo de papel; BEKKER y FERRARA explican el fenómeno recurriendo a la sucesión constitutiva o transmisión limitada del antiguo derecho; ENNECCERUS alude a la presencia de dos objetos distintos; mientras que WOLFF, más conciliador, mantiene un criterio híbrido, reconociendo que puede aceptarse tanto la referencia a derechos sobre derechos como la alusión a concomitancias de derechos que recaen sobre un mismo objeto. Pero estas tesis ofrecen serios inconvenientes para su admisión. La sucesión constitutiva significa para el deudor quedar sometido a un doble vínculo, alterándose de este modo la naturaleza de la relación de crédito, sin intervención alguna del deudor. La pretensión de un

en el Derecho romano, no se encuentra recogido en nuestro Código Civil de una manera concreta, a diferencia de lo que ocurre con otros supuestos tales como la reserva en el usufructo —art. 528—, en las servidumbres —541 y 592—, en las donaciones —636—, en los censos —1.605 y 1.607— y últimamente en el artículo 12 de la Ley de 17 de julio de 1965, con la reserva de dominio en los casos de ventas a plazos de bienes muebles;

Considerando que esta falta de reconocimiento obliga a examinar si el mencionado pacto puede caber al amparo del principio de autonomía de la voluntad, sancionado en el artículo 1.255 del Código Civil y siempre que no sea contrario a la ley, a la moral o al orden público;

Considerando que la constitución de hipoteca por vía deductiva no vulnera lo preceptuado en el artículo 1.857 —2.º del Código Civil— que exige que la cosa hipotecada sea propiedad del hipotecante, en cuanto que por la venta deja de pertenecer al acreedor y pasa al dominio del comprador, pacto que tiene fuerza de obligar al haber sido aceptado libremente por ambos contratantes y que persigue la misma finalidad de garantía que la compraventa con hipoteca por la parte de precio alzado, respecto del cual, la Resolución de 13 de mayo de 1968 declaró que se trataba de un negocio complejo y de naturaleza unitaria, por el cual las partes crean un nexo entre dos negocios típicos que de por sí son independientes,

Considerando que los claros términos en que aparece redactado el artículo 15 de los Estatutos de la Sociedad cuando expresa que «quedará especialmente facultado cada Administrador para constituir y aceptar hipotecas», muestra que ha actuado dentro de los límites de sus facultades y no necesita ninguna autorización especial para realizar el acto discutido,

Esta Dirección General ha acordado confirmar el Auto apelado.

Lo que, con devolución del expediente original, comunico a V. E. para su conocimiento y efectos. Dios guarde a V. E. muchos años.—Madrid, 18 de septiembre de 1969 —El Director General, FRANCISCO ESCRIVÁ DE ROMANÍ.—*Excmo. Señor Presidente de la Audiencia Territorial de Valencia* («Boletín Oficial del Estado», de 24 de octubre de 1989).

(10) Ver MARÍN PÉREZ, P. «Los derechos sobre derechos», en *RGLJ*, 1974; BELTRÁN DE HEREDIA, «Usufructo sobre usufructo en la legislación española», en *RDP*, 1941.

doble objeto, o divide al derecho en dos derechos distintos o se presenta con un amplio frente de ataque, dada su artificialidad, manifestando su insuficiencia con sólo tomar en consideración, como indica el propio WOLFF, la invariabilidad del contenido de la deuda, la permanencia de las excepciones que corresponden al deudor y, muy principalmente, la imposibilidad de crear una situación privilegiada frente a los demás acreedores del deudor, en favor de los derechohabientes del *pignus nominis* o del *usufructus nominis*.

Tomando en consideración la regulación que el Código Civil ofrece en esta materia, no parece aceptable aludir en Derecho puertorriqueño a la figura de un derecho sobre otro derecho. El usufructo de derechos no es sino un supuesto de cotitularidad, que concede al usufructuario, no sólo el goce del producto (art. 404 del Código Civil), sino la posibilidad de reclamar por sí mismo los créditos vencidos que formen parte del usufructo, si tuviese dada o diere fianza correspondiente; o pedir, en otro caso, al propietario o al juez preceptiva autorización para cobrar los créditos (art. 435 del Código Civil). El nudo propietario puede oponerse (art. 422 del Código Civil) e intervenir en el destino que se dé al capital (art. 435 del Código Civil). Aparece así la titularidad compartida y, por ello, recíprocamente limitada. Y, aludir a la prenda de derechos es totalmente inconsistente, aunque pueda aludirse a la de valores a tenor de lo dispuesto en los artículos 1.763 y 1.767, y normas concordantes del Código Civil, dado que se trata de bienes susceptibles de posesión.

Pero, con relación a los derechos reales inmobiliarios, como ha de verse en su momento, o no se trata de hipoteca, o su alcance queda limitado y delimitado a un concurso de titularidades sobre ámbitos distintos respecto del objeto concreto.

La regla general de exclusión viene recogida en el artículo 159 de la Ley, conforme con el cual:

«No son hipotecables:

- 1.º Las servidumbres, a menos que se hipotequen conjuntamente con el predio dominante.
- 2.º Los usufructos legales, excepto el concedido al cónyuge viudo por el Código Civil.
- 3.º El uso y la habitación.
- 4.º Los bienes y derechos que no estén incluidos en el artículo 157».

La exclusión de las servidumbres deben estimarse por referencia a las *prediales* (11). Lo cual puede plantear un curioso tema —incluso en su absurdo—

(11) «Indudablemente se refiere este precepto a las servidumbres *prediales*, como lo demuestran las siguientes razones: que el mismo precepto habla de predio dominante; que el artículo 107 de la Ley, en su número quinto, permite la hipoteca de los derechos de

por referencia a las denominadas *servidumbres en equidad*, calificadas por el Tribunal Supremo como derechos reales (BALDRICH v. *Registrador*, 1954, 77 DPR 739), verdaderos gravámenes (COLÓN v. *San Patricio Corp.*, 1959, 81 DPR 245), pero nunca servidumbre predial (COLÓN, cit.), aunque siempre derecho real *en equidad* (12), que siempre han sido servidumbres en el Código Civil y, por ello, prediales (SAND v. *Extensión Sagrado Corazón*, 1975, 103 DPR 826). La Ley Hipotecaria excluye del Registro a las prohibiciones de disponer (art. 84), que el Reglamento Hipotecario admite (art. 38.1), estimándolas como verdaderas cargas reales (art. 38.1) consistiendo en «restricciones o limitaciones al uso de la propiedad o derecho impuestos por sus dueños». Consiguientemente, si las servidumbres excluidas de hipoteca son las prediales y, no empuje la afirmación jurisprudencial, el legislador nos indica en el Reglamento Hipotecario que las servidumbres en equidad no son prediales sino «restricciones o limitaciones» impuestas a un bien por su propio dueño, y por ello cargas reales, es claro que estamos ante un *distinto derecho real* susceptible de hipoteca... aunque resulte imposible dicha hipotecabilidad, pues una restricción o prohibición no tiene *base material*.

No excluye la Ley de su regla negativa a la servidumbre de aguas, al modo como lo hace la Ley Hipotecaria española. Y hace bien en ello, dado que las aguas han pasado a convertirse en bienes de dominio público. No obstante, quizá con olvido de este aspecto, el legislador estima pertinente resucitar las aguas privadas en el artículo 104.5 del Reglamento Hipotecario, consideradas como finca independiente, esto es, base material de un derecho y, por ello, susceptibles de cualquier derecho real, por lo que, si inscribibles y calificables de bien inmueble y enajenables en su alcance, asimismo hipotecables. Ciertamente, no es admisible dicha hipotecabilidad desde el momento en que el simple uso consentido por el Estado no implica derecho alguno; y, cuando, por ser bien de dominio público —excluido, pues, del Registro al estarlo del tráfico (cfr. arts. 254, 255 y 274 del Código Civil)— solamente es susceptible de incorporarse al tráfico mediante oportuna concesión, perfectamente inscribible e hipotecable (art. 158, 7.º de la Ley Hipotecaria; art. 104.1 del Reglamento Hipotecario) (13), y entonces surgirá la hipoteca de las aguas. ¡Excelente método de concreción!

pastos, aguas, leñas y otros semejantes, los cuales son verdaderas servidumbres personales, que en la Exposición de Motivos de la Ley de 1861, se alude al concepto de *servidumbres reales*, que la misma naturaleza de la servidumbre predial, que es un derecho subjetivamente real, o sea, conectado inseparablemente con el predio dominante a quien sirve, impide que sea negociable aisladamente» (ROCA SASTRE, *loc. cit.*, pág. 166).

(12) Lo que no deja de asombrar. cómo la jurisdicción de *equity* pudo crear derechos reales en un sistema de Derecho que los ha desconocido siempre.

(13) Artículo 104.1, Reglamento Hipotecario:

«La inscripción de las concesiones administrativas deberá hacerse en la sección o demarcación a que correspondan las obras o servicios por ellas otorgados. Cuando los

La exclusión de los usufructos legales, excepto la legítima del cónyuge viudo, tiene un enorme sentido, por cuando aquellos usufructos son personálísimos y, consiguientemente, no susceptibles de ser enajenados, luego tampoco susceptibles de hipoteca. Ciertamente, el único usufructo legal existente en el Código Civil es el establecido en beneficio de los padres respecto de los bienes peculiares (art. 155 del Código Civil). Por consiguiente, no es cierto que no sean hipotecables «los usufructos legales» sino «el usufructo legal» (14). Conviene no olvidar que la norma, arrastrada de la Ley anterior, y contrastada con la Ley Hipotecaria vigente, no parece haber captado la diferencia de momentos históricos y diversas realidades jurídicas existentes en España y en Puerto Rico, dado que allí sí existen varios usufructos legales (el común, del peculio), pues en el ámbito del Derecho foral se dan dos usufructos viduales, la viudedad foral aragonesa y el usufructo de fidelidad foral navarro, que están sustraídos del tráfico jurídico.

La razón de tal exclusión la fijaba la E. de M. de la Ley española de 1861 en consideraciones de índole familiar (15), por lo que ROCA SASTRE rechaza como idea mezquina que se conceda dicho usufructo «en compensación de los cuidados que dedica a los hijos» (16). Personalmente, estimo que poco

bienes inmuebles a que dichas concesiones se refieran estén situados en circunscripciones territoriales de dos o más secciones o demarcaciones se hará la inscripción básica en la sección o demarcaciones a que corresponda el punto de arranque o sitio principal de las obras o servicios, haciéndose breve relación de esta inscripción principal en las demás secciones cuyo territorio atraviese la obra o se preste el servicio, y haciendo constar en los libros pertenecientes a las demarcaciones respectivas la extensión superficial del terreno cuya concesión ocupe y demás particulares identificativos de los correspondientes inmuebles, *así como las condiciones de los derechos reales que sean de interés privado*, sin necesidad, en caso alguno, de expresar los linderos de las propiedades colindantes, ni exigirse la previa inscripción del territorio adquirido para la obra o servicio de que se trate» (énfasis añadido).

(14) Para VELÁZQUEZ (*Derechos reales*, I, pág. 178) se da un «cierto derecho de usufructo» en el que resulta del régimen de la sociedad legal de gananciales, establecido sobre los bienes propios de cada cónyuge en provecho de la sociedad. Pero debe advertirse contra tal error, pues el carácter de gananciales que se reconoce en el artículo 1.301 del Código Civil, a determinados bienes es simple consecuencia del régimen de subrogación real.

(15) «No debe permitirse a los así favorecidos que recibiendo anticipaciones sobre lo que se les da sólo en concepto de jefes de familia para la manutención de toda ella, se constituyan en el caso de no poder satisfacer esta obligación, ni que consuma la vida prematuramente lo que se le concede consultando al decoro y a la buena memoria de la persona que estuvo unida en vínculo conyugal. Parecida es la condición de éstos a la de los alimentistas que lo son por condiciones nacidas de relaciones de familia, cuyo derecho ni es enajenable, ni admite compensación, ni puede ser objeto de renuncia, ni sujetarse a embargo, prohibiciones cuyo objeto es que no se vea eludida la intención del legislador al crear el derecho e imponer la obligación de dar alimentos..»

(16) *Loc cit.*, IV, pág. 168. Añade: «Este carácter del usufructo por peculios no es desmentido por la posibilidad de proceder ejecutivamente los acreedores contra los *frutos* procedentes del mismo. Una cosa es el derecho de usufructo en sí y otra los frutos; sólo

tiene ya que ver la jefatura familiar con este usufructo. Pienso que ha sido un acierto del legislador, por cuanto, incluso en el plano del mayor egoísmo, alentar ese usufructo ha de significar beneficiar el patrimonio del menor (a mayor amplitud de éste, mayor usufructo; pero a mayor usufructo, mayor patrimonio del menor), que es, me temo, la intención última del legislador.

éstos son ejecutables. Pero, además, hay que distinguir entre los créditos contraídos en interés de la familia por gastos hechos en cumplimiento de los deberes de manutención, educación, etc., de los hijos y los créditos contraídos en interés del padre para sus propias necesidades o caprichos. Los primeros permiten la acción ejecutiva contra los frutos, sin más limitaciones que las ordinarias de los bienes exceptuados de embargo, en cambio, los segundos tienen una limitación de no poderse ejecutar sino en el remanente que quede de los mismos después de cubiertas las necesidades de los hijos» (*ibidem*, pág. 169).

Resolución de 12 de diciembre de 1902:

Ilmo Señor: En el recurso gubernativo interpuesto por el Notario don Primo Alvarez Cueva, contra la negativa del Registrador de la Propiedad del Mediodía de esta Corte a inscribir una escritura de préstamo hipotecario, pendiente de este Centro en virtud de apelación del recurrente;

Resultando que por escritura que autorizó dicho Notario con fecha 12 de junio de 1901, doña Julia Gómez y López constituyó a favor de don Rafael Montes Sardou, en garantía de un préstamo de 5.000 pesetas, los intereses de esta cantidad al 15 por 100 anual y 3 000 pesetas más para costas y gastos, hipoteca expresa sobre el usufructo que le correspondía en las participaciones que sus hijas menores de edad, doña Matilde y doña Isabel Venegas y Gómez, tienen en las casas calle de Relatores, núm. 16; de Arlabán, núm. 3 y de Pelayo, núm. 60, de esta Corte, obligándose también a responder del usufructo que pudiera corresponderle en el mismo concepto sobre un hotel, hoy en litigio, sito también en esta capital;

Resultando que presentada dicha escritura en el Registro de la Propiedad del Mediodía, fue denegada su inscripción «por no resultar inscrito a favor de doña Julia Gómez López el usufructo que hipoteca, requisito indispensable para que pueda tener lugar aquélla, según el artículo 20 de la Ley Hipotecaria; y también porque dicho usufructo no es hipotecable, con arreglo a lo que preceptúa el párrafo séptimo del artículo 108 de la misma Ley»;

Resultando que presentada igualmente en el Registro de la Propiedad del Norte, fue asimismo denegada la inscripción en cuanto a la finca radicante en la jurisdicción del mismo: «primero, porque el usufructo que trata de hipotecar doña Julia Gómez y López es el que disfruta sobre los bienes de sus hijos no emancipados, en virtud de lo dispuesto en el artículo 160 del Código Civil, y por tanto no puede hipotecar el derecho a percibir los frutos en el citado usufructo, con arreglo a lo terminantemente dispuesto en el apartado 7.º del artículo 108 de la Ley Hipotecaria; segundo, que aun partiendo del supuesto de que no existiera la mencionada prohibición de hipotecar, tampoco podría inscribirse, porque en el documento se dice que doña Julia Gómez y López constituye hipoteca sobre el usufructo, y éste no es susceptible de hipoteca, pues lo que se puede gravar es el derecho de percibir los frutos en el usufructo, con arreglo a lo preceptuado en el apartado 2.º del artículo 107 de la Ley Hipotecaria; y tercero, porque aunque no existieran los mencionados defectos, tampoco podría verificarse la inscripción, por no hallarse inscrito a favor de la hipotecante, circunstancia necesaria, con arreglo a la doctrina fundamental del artículo 20 de la Ley Hipotecaria, y no pareciendo subsanable el primero de los indicados defectos, no es admisible tampoco la anotación preventiva»;

Resultando que el Notario autorizante interpuso recurso gubernativo contra la calificación del Registrador del Mediodía, solicitando se declarase que la citada escritura se halla extendida con arreglo a las prescripciones y formalidades legales, siendo, por tanto, anotable o inscribible, según se aprecie o no la existencia del defecto subsanable de falta de previa inscripción, y alegando al efecto: que la disposición consignada en el número 7 del artículo 108 de la Ley Hipotecaria, respecto a no ser hipotecable el usufructo que tienen los padres sobre los bienes de sus hijos menores de edad, tiene carácter sustantivo, y las de esta clase, no reproducidas en el Código Civil, han quedado derogadas, conservando solamente la Ley Hipotecaria su carácter formal, determinado en el artículo 33 de la misma; que con arreglo a lo dispuesto en el artículo 1.880 del propio Código, dicha Ley continúa vigente en lo relativo a la hipoteca, solamente en lo que no haya sido regulado en el capítulo 3.º, título XV, lib. IV del mismo, en cuyo capítulo se halla comprendido el artículo 1.874, que declara hipotecables los derechos reales enajenables con arreglo a las leyes impuestas sobre bienes inmuebles, y como el artículo 480 autoriza la enajenación del derecho real de usufructo, sin distinguir entre el constituido por la Ley, por voluntad de las partes o por prescripción, de ahí que el usufructo legal sea hoy enajenable por el principio que dice: *ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus*, que evidenciaría asimismo esta derogación el que en el mismo artículo de la Ley Hipotecaria se prohíbe igualmente el usufructo que las Leyes o fueros especiales concedían al cónyuge superviviente sobre los del difunto, y el regularse en el Código la cuota viudal, se permite no sólo su renuncia gratuita, sino también su compensación por una cantidad en metálico o por determinados bienes, que además de esto, existen diferentes preceptos del Código Civil, de los que se deduce que los padres pueden disponer de dicho usufructo, y así el artículo 1.403 incluye entre los gananciales los frutos de los bienes de los hijos usufructuados por los padres, autorizando el 1.413 al marido para disponer en absoluto de los bienes gananciales, de modo que no sólo puede enajenar los que le corresponden por su usufructo, sino los que pertenecen a la sociedad conyugal por el usufructo de la esposa sobre los bienes de sus hijos de anterior matrimonio: que aparte de esto, el artículo 1.548 permite que el padre pueda arrendar los bienes de sus hijos por seis años, no prohibiéndole que perciba por adelantado las rentas de esos seis años, o al menos de tres, disponiendo de esta forma de los beneficios del usufructo, y pudiendo hacerse ineficaz la prohibición de enajenar: que lo contenido en los artículos 164, 1.363 y 1.548 se refiere a la propiedad, y se funda en la distinción que hay entre los casos en que el padre procede como administrador legal y los en que actúa como usufructuario, pues la efectividad de los contratos que realiza como usufructuario se regulan por el artículo 480, y termina al acabar en su persona la cualidad en que obró: pero si obrara como administrador, los contratos obligarían a sus representados, y de ahí la limitación que dichos artículos contienen: y que respecto al primer defecto, consignado en la nota del Registrador, si no se considera como una excepción del artículo 20 de la Ley Hipotecaria, por nacer el derecho que pretende inscribirse de una declaración general de la Ley, sería en todo caso la falta de inscripción previa del mismo un defecto subsanable:

Resultando que oído el Registrador, expuso: que según se consigna en la Exposición de Motivos de la Ley Hipotecaria, no puede enajenarse el usufructo legal que tienen los padres sobre los bienes de sus hijos menores de edad, porque como derecho personalísimo no es comunicable ni transmisible, siendo parecida la condición de dichos usufructuarios a la de los alimentistas, que lo son por condiciones nacidas de relaciones de familia; que según el artículo 171 del Código Civil, los Tribunales pueden privar a los padres de la patria potestad y del usufructo de los bienes de sus hijos menores, y holgaría esta facultad si tal usufructo fuera enajenable; que en ninguno de los artículos del Código Civil que cita el recurrente se establece que dicho usufructo legal sea hipotecable: que la Ley de bases de dicho Código determina el criterio de mantener y desenvolver en el Código las doctrinas propias de la Ley Hipotecaria, criterio que tiene su sanción en los artículos 608,

1.537 y 1.880 del mismo Código, confirmándole la Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de octubre de 1895: y que respecto a la falta de inscripción previa, si bien ordinariamente es un defecto subsanable, en el caso presente no se trata de una cuestión de forma, sino de lo que es esencialísimo, de un derecho que no es registrable, o sea, de un imposible legal, y que puede también impugnarse la personalidad del Notario por no haberse denegado la inscripción por defectos en las formas extrínsecas de la escritura, si bien no se opone el informante a que siga aquél entendiendo en la escritura como en causa propia;

Resultando que habiéndose negado la personalidad al Notario recurrente por auto del Juez Delegado, que confirmó el Presidente de la Audiencia, esta Dirección General, en virtud de apelación de dicho Notario, lo revocó, y disponiendo se devolviese el expediente al propio Juez Delegado para que dictara sobre el fondo del asunto la resolución que estimara procedente;

Resultando que el expresado Juez dictó, en consecuencia, nuevo auto, declarando improcedente el recurso gubernativo y confirmando la nota denegatoria del Registrador, por considerar que, aparte del defecto subsanable de que adolece el título de que se trata, de no resultar inscrito el derecho que se grava en la mencionada escritura, la otorgante doña Julia Gómez y López, en garantía del préstamo que recibe, hipoteca el usufructo legal que tiene sobre los bienes inmuebles de sus hijos menores de edad, que no es hipotecable, según terminantemente consigna el número 7 del artículo 108 de la Ley Hipotecaria; que esta disposición legal no ha sido derogada por el Código Civil, que, por el contrario, en su artículo 1.880 la declara vigente en términos generales, sin que la parte comprendida en el capítulo en que figura el mencionado artículo contenga disposición que cambie el carácter del derecho que se grava en el título objeto de este recurso, y que no puede tener tal alcance el artículo 1.874, comprendido en dicho capítulo, porque siendo reproducción literal del 106 de la Ley Hipotecaria, la disposición de este último declarando hipotecables los derechos reales enajenables con arreglo a las Leyes, impuestos sobre los bienes inmuebles, venía limitada por el expresado y siguiente artículo 108, que niega aquella facultad y carácter a los padres respecto al derecho a percibir los frutos en el usufructo concedido por las Leyes sobre los bienes de sus hijos menores;

Resultando que apelado dicho auto por el Notario recurrente, fue confirmado por el Presidente de la Audiencia, aceptando sus fundamentos;

Vistos los artículos 159, 160, 163, 171, 480, 608, 1.548, 1.874 y 1.880 del Código Civil; 107, número 2.º, y 108, número 7.º de la Ley Hipotecaria, 3.º y 6.º de la Instrucción sobre la manera de redactar los instrumentos públicos sujetos a registro, y las Sentencias del Tribunal Supremo de 7 de julio de 1892 y 27 de septiembre de 1893,

Considerando que la cuestión que ha dado origen al presente recurso versa sobre si después de la publicación del Código Civil se halla o no en vigor el número 7.º del artículo 108 de la Ley Hipotecaria, que prohíbe la hipoteca del derecho a percibir los frutos en el usufructo concedido a los padres sobre los bienes de sus hijos;

Considerando que, según declara el artículo 1.880 del referido Código, continúan vigentes las prescripciones de aquella Ley en cuanto se refiere a la forma, extensión y efectos de la hipoteca, así como en lo relativo a su constitución, modificación y extinción y a lo demás no comprendido en el capítulo III, título XV, libro IV;

Considerando que en ese capítulo no se comprende precepto alguno declarativo de que sea hipotecable el usufructo legal que tienen los padres sobre los bienes de sus hijos, ya que el artículo 1.874, incluido en tal capítulo, en el que el recurrente se funda para sostener que, con relación a ese caso, no rige la Ley Hipotecaria, se limita a reproducir el 106 de ésta, que declara que sólo podrán ser hipotecados los bienes inmuebles, y los derechos reales enajenables con arreglo a las leyes impuestas sobre los mismos inmuebles, y por ello no introduce innovación alguna;

Naturalmente, a nada de esto responde la cuota legítima del cónyuge *supérstite*, tal como se resalta en la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de España, de 11 de mayo de 1917, al indicar:

Ilmo. Sr.: En el recurso gubernativo interpuesto por el Notario don Joaquín Durán Mendoza, contra la negativa del Registrador de la Propiedad de Don Benito, a inscribir dos escrituras de compraventa, pendiente en este Centro por apelación del Registrador;

Resultando que doña María López Benítez falleció en Guareña el día 9 de octubre de 1914, bajo testamento otorgado el día anterior en la misma villa, en el cual instituyó por su única y universal heredera a su hija doña Casimira Cortés López, sin perjuicio de la cuota viudal usufructuaria que correspondiera a su marido don Juan Cortés García;

Resultando que, a 2 de octubre de 1915, y ante el Notario recurrente, los nombrados don Juan y doña Casimira Cortés, con licencia

Considerando que el artículo 480 del Código Civil, que permite al usufructuario enajenar su derecho de usufructo, sin distinguir entre el voluntario y el legal, no está comprendido en el referido capítulo, por lo cual no debe estimarse como derogatorio del artículo 107 de la Ley Hipotecaria;

Considerando, a mayor abundamiento, que si bien el citado artículo 480 no exceptúa expresamente el usufructo inherente a la patria potestad, al establecer que pueden enajenarse los derechos usufructuarios, el artículo 1.548 claramente lo exceptiona al prohibir que el padre arriende los bienes de los hijos por más de seis años, equiparando sus facultades a las del administrador que no tiene poder especial, pues esa limitación es incompatible con el precepto absoluto del 480, que permite la enajenación, ya que ésta es acto jurídico de mayor alcance que el arrendamiento, forma en muchos casos de mejor y más ventajoso aprovechamiento y disfrute de la propiedad; y la incompatibilidad de ambos preceptos demuestra que el legislador, al redactar el artículo 480, partía de la base de que los derechos usufructuarios del padre no podían enajenarse;

Considerando que confirman esta doctrina las Sentencias del Tribunal Supremo de 7 de julio de 1892 y 27 de septiembre de 1893, que se inspiran en la naturaleza jurídica del derecho usufructuario que acompaña a la patria potestad, relacionándola con aquel deber que quien la ejerce tiene de alimentar y educar al menor, y si la jurisprudencia civil reconoce el mejor derecho del hijo frente a los acreedores del padre, no cabe dudar que, si se autorizara la libre enajenación de los derechos usufructuarios, aun en la natural condición de que pudieran rescindirse los contratos cuando el menor no obtuviera del padre los medios necesarios para la alimentación y educación, sobrevendrían tales perturbaciones en las relaciones de familia, que resultaría odioso el precepto que esa enajenación autorizara, y mucho menos cabe autorizarla mediante una interpretación violenta de los artículos del Código Civil que se han mencionado;

Esta Dirección General ha acordado que no ha lugar a declarar que la escritura objeto del presente recurso se halla extendida con arreglo a las formalidades y prescripciones legales, y que, en su consecuencia, no es inscribible, confirmándose en estos términos la providencia apelada.

Lo que, con devolución del expediente original, comunico a V. I. a los efectos consiguientes. Dios guarde a V. I. muchos años.—Madrid, 12 de diciembre de 1902.—*El Director General*, JUAN DE LA CIERVA Y PEÑAFIEL.—*Señor Presidente de la Audiencia de Madrid*

ésta de su marido, otorgaron escritura pública de venta de una tierra de calma y del dominio útil de media suerte de tierra de labor a favor de don Juan Francisco de Llanos González, y a 7 del indicado mes y año, en la misma villa y ante el mismo Notario, los expresados don Juan y doña Casimira Cortés, con licencia de su marido, vendieron una tierra de secano a don Pedro Muñoz Hurtado; pidiendo en ambas escrituras el viudo e hija de la finada doña María López, que se inscribieran las fincas previamente a sus nombres, sin indicar la porción respectiva;

Resultando que presentadas las respectivas escrituras en el Registro de la Propiedad de Don Benito, fueron objeto de la siguiente calificación: «No admitida la inscripción del documento que precede por los siguientes defectos: 1.º Porque solicitándose la inscripción previa de la finca a que se refiere a favor del viudo y de la heredera por los derechos hereditarios de ambos, no se determina la porción que a cada uno de ellos corresponde en la misma; y 2.º Porque si la parte que corresponde al viudo es, como se desprende de esta escritura y del hecho de aparecer del Registro adquirida la finca a título lucrativo por la mujer, en concepto de heredero por su cuota legal usufructuaria, resultaría enajenado por el viudo un derecho que con arreglo a la Ley no es enajenable, sin tomarse anotación preventiva por no haberse solicitado, y además en cuanto a la enajenación realizada por el viudo de la parte que en la finca puede corresponderle, por el carácter de insubsanable del segundo de los defectos señalados»;

Resultando que contra las expresadas notas interpuso el recurso reglamentario el Notario autorizante, alegando: que el artículo 834 del Código Civil, en su párrafo segundo determina que la porción en usufructo correspondiente al cónyuge viudo, cuando no hay más que un solo hijo es la del tercio destinado a mejora, fijando el 838 la forma de pago y la garantía del mismo y, en su consecuencia, la heredera única doña Casimira tiene el pleno dominio en las dos terceras partes y la nuda propiedad en la tercera restante, cuyo usufructo pertenece a su padre don Juan Cortés; que los artículos 480 y 498 del mismo texto conceden al usufructuario la facultad de enajenar su derecho, sin que exista disposición legal que exceptúe de esta regla general al usufructo del viudo; que el mismo puede renunciar el usufructo (caso 4.º del art. 513) adquiriéndolo el comprador de la nuda propiedad, y no a otra cosa equivale la facultad de recibir un capital en efectivo en pago del mismo; que, por último, la Resolución de 9 de enero de 1915, reconoce como válidas las enajenaciones hechas de consumo por el cónyuge viudo y los here-

deros del finado, por representar en toda su integridad los derechos de un patrimonio en liquidación;

Resultando que el Registrador sostuvo la procedencia de su nota, afirmando que al solicitar la previa inscripción a favor de los vendedores, debiera de haberse determinado la porción ideal que a cada comunero pertenecía en la cosa común; que ni el Registrador tiene el deber de practicar oficiosamente las cuentas de partición, ni está facultado para fijar la cuota viudal o la extensión del derecho que se inscriba; que la Resolución de 9 de enero de 1915 se refería a bienes gananciales, mientras que en el presente caso se trata de fincas patrimoniales de la difunta, teniendo lugar la adquisición, inscripción y enajenación de las mismas antes de liquidar la sociedad de gananciales; que el Tribunal Supremo y esta Dirección General han establecido una excepción a la regla general del artículo 480 del citado Código Civil, al prohibir la enajenación por el padre del usufructo familiar como el discutido, que le corresponde sobre los bienes de los hijos; que el artículo 108 de la Ley Hipotecaria prohíbe la hipoteca, derecho real de menor trascendencia que la enajenación inmediata del dominio, por las razones desenvueltas en la exposición de motivos de la primitiva, que son aplicables al caso actual; que la nueva redacción del número 2.º del artículo 108 de la misma Ley indica que se persevera en la manera de pensar de los autores de la primitiva, en punto a impedir que el cónyuge viudo consuma prematuramente lo que se le concede, consultando al decoro y a la buena memoria de la persona a que estuvo unido en vínculo conyugal, y que se desprende tal doctrina de las Resoluciones de este Centro de 12 de diciembre de 1902 y 17 de julio de 1907;

Resultando que el Notario insistió en sus apreciaciones, por entender que la extensión del derecho está clara en las escrituras principales, y que la facultad de enajenar el usufructo viudal se desprende de los artículos citados en el escrito de interposición del recurso, y en especial del 838 del mencionado Cuerpo legal al establecer que los herederos pueden satisfacer en dinero la parte del usufructo que les corresponda;

Resultando que el Presidente de la Audiencia declaró bien extendidas las escrituras objeto del recurso, por considerar que, dada la simplicidad de los supuestos en que descansan, se halla determinada la extensión del derecho cuya inscripción se pretende; que no puede equipararse la cuota viudal usufructuaria, concedida por el Código, al usufructo de los padres, ni al desenvuelto por las legislaciones forales, por redundar aquél en provecho personal del cónyuge

supérstite, y atender los últimos al beneficio de la comunidad familiar; que de los términos del artículo 838 de aquel texto se desprende con toda evidencia que el legislador no ha querido declarar inalienable el derecho de usufructo; y que la Resolución de 17 de julio de 1907 se refiere a un caso completamente distinto del examinado;

Vistos los artículos 480, 513, 834 y 838 del Código Civil; 70 y 71 del Reglamento para la ejecución de la Ley Hipotecaria, y la Resolución de esta Dirección de 17 de noviembre de 1916;

Considerando que la inscripción de bienes adquiridos por herencia, tanto testada como intestada, puede solicitarse, según el artículo 71 del Reglamento Hipotecario, bien para hacer constar el derecho hereditario de los solicitantes expresando la parte que a cada uno de ellos corresponde en el patrimonio, bien para provocar el paso de la propiedad registrada desde el causante a los herederos mediante la partición, indicando la parte alícuota correspondiente a cada uno de los interesados, si las fincas o derechos continuasen proindiviso;

Considerando que los vendedores don Juan Cortés y su hija doña Casimira han pedido la inscripción previa de la partición que cada uno de ellos tiene en las fincas vendidas, sin expresar cuál fuere, y aunque el precepto terminante del párrafo segundo del artículo 834 del Código Civil parece hacer innecesaria la determinación de las porciones respectivas, es evidente que tanto por los peligros que la oficiosa intervención de los Registradores en tales extremos provocaría, como por no tratarse de la inscripción del derecho hereditario, sino de la adjudicación previa de varias fincas que forman parte del caudal relicto; pero pueden ser distribuidas arbitrariamente por los interesados, debió hacerse constar en las escrituras la extensión de los derechos inscribibles, máxime si se atiende a que se han realizado dos ventas diferentes con precios y responsabilidades individuales, y a que, según el artículo 70 del citado Reglamento, las inscripciones de partes indivisas de una finca o derecho, precisarán la porción ideal de cada condueño, con datos matemáticos que permitan conocerla indudablemente;

Considerando que la Comisión de Codificación, al interpretar la 17.^a de las bases de la Ley de 11 de mayo de 1888, que ordenó se estableciera a favor del viudo o viuda el usufructo que alguna de las legislaciones especiales le conceden, no pretendió copiar en toda su extensión los usufructos forales, sino adaptarlos al régimen familiar castellano, tratando de obviar los obstáculos que a la formación de nuevas familias oponen, y de atenuar los conflictos que las segundas

nupcias provocan con excesiva frecuencia en las liquidaciones hereditarias de derecho común;

Considerando que a tales prevenciones responde el artículo 838 del mismo Código, que sin encerrar el usufructo del viudo en los estrechos límites de una pensión alimenticia, favorece las soluciones más libérrimas de las cuestiones planteadas en las operaciones particionales, permitiendo que los herederos satisfagan los derechos del cónyuge *supérstite*, asignándole una renta vitalicia, los productos de determinados bienes o, un *capital en efectivo*;

Considerando que sería incongruente la interpretación del mencionado artículo que negase al cónyuge propietario de los bienes entregados como valor de su cuota viudal, la facultad de hipotecarlos y enajenarlos, puesto que reduciría, en cierta manera, el pleno dominio de la suma recibida en el concepto de usufructo capitalizado, a un derecho de goce de límites tanto más reducidos, arbitrarios e inciertos, cuanto más exagerada sea la analogía entre los referidos derechos y las pensiones alimenticias, por lo que hace referencia, no a la causa que las produce, sino a la forma jurídica en que se desenvuelven;

Considerando que tampoco puede afirmarse que el legislador español haya establecido y desenvuelto el usufructo viudal, con exclusiva atención a la subsistencia y decoro del cónyuge *supérstite*, porque, entre otras razones, no se refiere para fijar su criterio a la dote, a la fortuna, ni al sexo de aquél, ni a las necesidades del presunto alimentista, ni a la celebración de posteriores nupcias; y antes bien, concediendo a la sociedad conyugal la potencialidad que su organización entraña, ha hecho trascender al efecto recíproco de los esposos y la comunidad de sentimientos, relaciones y vida, cuando no la de hijos o descendientes, al derecho sucesorio;

Esta Dirección General ha acordado, confirmando en parte la providencia apelada, declarar que las escrituras objeto del recurso no se hallan, por lo que se refiere al primer motivo, redactadas con arreglo a las prescripciones y formalidades legales;

Lo que, con devolución del expediente original, comunico a V. I. a los efectos consiguientes. Dios guarde a V. I. muchos años. Madrid, 11 de mayo de 1917.—*El Director General*, JOSÉ ROSADO.—*Sr. Presidente de la Audiencia de Cáceres*.

Todo lo contrario ocurre con los derechos de uso y habitación.

Respecto del uso, concebido, además, como prototipo de estas *servidumbres personales* (hecha abstracción del fundamental usufructo: art. 467 del Código Civil), originalmente autorizaba al aprovechamiento de determinados

bienes y con el fin de satisfacer concretas necesidades mediante el empleo de dichos bienes, de manera tal que en frase gráfica *el uso autorizaba al uso* (*cuius usus derelictus est uti potest frui non potest*, D. 7, 8, 2, pr.); pero dicho rigor y concepción estricta se fue atenuando y bajo el criterio de que, con frecuencia, el mero uso no significa perjuicio alguno para el bien usado, el propio Derecho romano amplió su contenido, de manera tal que el viejo aserto (*nudus usus id est sine fructu*) sufrió amplia reforma (cfr. D. 7, 8, 2, 1; D. 7, 8, 12, 1; D. 7, 8, 8, pr.). Esa ampliación serviría para modelar el derecho de habitación. Ya Justiniano (D. 7, 8, 2, 1) permitió que el usuario pudiera arrendar la parte de la casa que excediera de las necesidades de su familia, siempre que aquél viviera en la misma casa; y, por otro lado, cuando el uso recaía sobre un fundo, el usuario podía aprovecharse de aquella parte de los productos del mismo que fuese necesaria para la alimentación de su familia y huéspedes y, si bien siempre existieron ciertas peculiaridades en el Derecho tradicional, los autores fueron parificando ambos derechos.

La configuración de personalísimos y con un contenido definido por las necesidades del usuario o del habitacionista, explican la exclusión del tráfico de ambos institutos (arts. 455, 457, 460, 461 del Código Civil), entre otras razones porque es imposible la determinación *a priori*, frustrándose así el principio de especialidad de la hipoteca.

ROCA SASTRE (17) se hace eco del criterio de autores como MANRESA y VALVERDE, quienes estiman posible hipotecar tales derechos con fundamento en lo previsto en el artículo 455 del Código Civil, que remite el contenido de estos derechos al título constitutivo, y por lo dispuesto en el artículo 456 («Los derechos de uso y habitación no se pueden arrendar ni traspasar a otro por ninguna clase de título»), los cuales afirman que por virtud del título constitutivo pueden configurarse transmisibles. Realmente, el artículo 456 es un límite total impuesto al artículo 455 que llega, incluso, a prohibir una simple relación personal (arrendamiento), compartiendo el criterio de Venezian, para quien en tales situaciones no se estaría ya ante un uso o una habitación, sino que se trataría de modalidades atípicas de usufructo, modificado en su extensión.

La fórmula general recogida en el apartado 4.º del artículo 159, en su remisión al artículo 158, es francamente feliz, pues elude la exclusión de hipotecabilidad de otros derechos reales que no aparecen enumerados en los tres primeros apartados y que tampoco son susceptibles de hipoteca, si bien dicha exclusión opera igualmente por la fórmula del artículo 157.2.º, al reclamar en todo caso la enajenabilidad. Así, y por ejemplo, queda excluida la hipotecabilidad del *derecho hereditario*, no empece la admisión de su im-

(17) *Op cit*, IV, pág. 173.

sible *inscripción* (18) en el artículo 38.6.º de la Ley; y ello debido a que la cualidad de heredero es personalísima y quien lo sea solamente puede transferir los bienes en que la herencia consista (19).

Junto a ambas reglas generales, de hipotecabilidad y exclusión, el artículo 158 se preocupa de enumerar un conjunto de derechos que estima hipotecables, y que en la doctrina se califican de *hipotecables con restricciones*.

Así, es hipotecable «el derecho de usufructo, pero quedando extinguida la hipoteca cuando concluya el mismo por un hecho ajeno a la voluntad del usufructuario. Si concluyere por su voluntad, subsistirá la hipoteca hasta que se cumpla la obligación asegurada, o hasta que venza el tiempo en que el usufructo habría naturalmente concluido a no mediar el hecho que le puso fin». Se ha seguido aquí la misma expresión que mantiene el artículo 107.2.º de la Ley de 1893 (y art. 107.1.º de la Ley española), siquiera, como señala

(18) VÁZQUEZ BOTE, *Tratado*, XV.

(19) Resolución de 29 de agosto de 1925:

Ilmo. Señor: En el recurso gubernativo interpuesto por don Valentín Rubal Andrade, contra la negativa del Registrador de la Propiedad de Alcalá de Henares a inscribir una escritura de adjudicación de derechos hereditarios, pendiente en este Centro por apelación del recurrente:

Resultando que don José Inclán y López, durante su matrimonio con doña Ana María Fernández, adquirió, por compra a don Felipe López Ralín, un solar o parcela de tierra en término de Vallecas, habiendo fallecido dicha señora el 20 de agosto de 1905 sin haber otorgado testamento y sin practicarse por entonces operación testamentaria alguna, y por escritura de 22 de octubre de 1912, otorgada ante el Notario de esta Corte, don Eduardo del Castillo Infante, el señor Inclán compró a un hijo suyo, don Miguel Inclán Fernández, la participación que a éste pudiera corresponderle en la herencia materna;

Resultando que el 20 de abril de 1917 falleció don José Inclán, bajo testamento otorgado en 1 de julio de 1914, ante el Notario que fue de esta Corte, don José Delfín Piniés Cambray, y en el que, después de hacer mención de la expresada compra de derechos a la herencia materna que hizo a su hijo don Miguel, legó a su hija, doña Ana Inclán Fernández, los tercios de mejora y libre disposición, y en cuanto al remanente instituyó herederos, por terceras partes, a esta misma, a su otro hijo, el expresado don Miguel, y a los descendientes o descendiente de otro hijo llamado don Manuel Inclán, fallecido con anterioridad y, en caso de que no hubiera dejado descendientes, serían herederos únicamente los repetidos doña Ana y don Miguel;

Resultando que por escritura otorgada ante el Notario de esta capital, don Cándido Casanueva y Gorjón, el 5 de junio de 1919, don Miguel y doña Ana Inclán Fernández vendieron a don Valentín Rubal Andrade, el primero, su participación en la herencia de su padre, don José, pues lo que le pudiera corresponder en la materna lo vendió a éste con anterioridad, según se ha dicho, y la segunda, sus participaciones en ambas herencias;

Resultando que en autos de juicio verbal civil seguidos en el Juzgado municipal de Chamberí, de esta Corte, promovidos por don Valentín Rubal contra los causahabientes de don Manuel Inclán Fernández, fueron éstos condenados a pagar la suma de 210 pesetas a aquél y las costas del juicio, siguiéndose éste por sus trámites hasta el de su basta de los bienes que se embargaron, los que fueron adjudicados a dicho señor Rubal por las dos terceras partes de su avalúo, consistiendo lo adjudicado, según certificación que se presentó en el Registro de la Propiedad con primeras copias de las escrituras

y testamento relacionados, en los derechos que pudieran corresponder al difunto don Manuel Inclán, a la sazón a sus causahabientes, en las herencias de sus padres, don José y doña Ana, y que no consistían en otra cosa que la parcela de tierra en Vallecas, ya referida;

Resultando que por auto de 27 de marzo de 1920, dictado por el Juzgado del Congreso, de esta Corte, fueron declarados únicos herederos de doña Ana Fernández Vázquez, sus tres hijos don Manuel, don Miguel y doña Ana Inclán Fernández,

Resultando que el 10 de octubre de 1923 compareció don Valentín Rubal Andrade ante el Notario de esta Corte, don Federico Plana Pellisa, y después de exponer como antecedentes en la escritura los consignados en Resultandos anteriores, otorgó: 1.º, que le correspondían cuantos derechos pudieran existir sobre las herencias de don José Inclán y doña Ana Fernández, por la cesión que le hicieron don Miguel y doña Ana Inclán Fernández por la escritura de 5 de junio de 1919 y por la sentencia dictada por el Juzgado municipal de Chamberí, 2.º, que el caudal de bienes de ambas herencias lo constituía únicamente la tierra de Vallecas, cuyo valor era de 1.000 pesetas; 3.º, que como interesado único en esas herencias se adjudicaba aquella parcela, haciendo constar que si aparecieran otros bienes haría la oportuna manifestación; y, por último, declaró que, dueño ya él de la repetida tierra o solar, había edificado sobre él una casa, que se describe en el documento, solicitando del Registrador que la inscribiera a nombre del otorgante;

Resultando que presentada la anterior escritura con las de 22 de octubre de 1912, 5 de junio de 1919, la copia del testamento de don José Inclán, el testimonio del auto de declaración de herederos de doña Ana Fernández Vázquez, la copia de la sentencia dictada por el Juzgado de Chamberí y certificación de cuáles son los bienes adjudicados al señor Rubal, con las oportunas certificaciones de última voluntad y cartas de pago del impuesto de Derechos reales en el Registro de la Propiedad de Alcalá de Henares, el Registrador consignó la siguiente calificación: «Denegada la inscripción de este documento y demás que se acompañan por aparecer inscrita la finca a nombre de don José Inclán, persona distinta de los vendedores; y por ser precisa la previa inscripción de los bienes testamentarios de doña Ana María Fernández Vázquez y don José Inclán López, a favor de los interesados en los mismos para poder inscribir después las transmisiones que éstos hagan de los mismos»;

Resultando que don Valentín Rubal Andrade recurrió gubernativamente contra la calificación anterior por los siguientes razonamientos: que la calificación del Registrador infringe el artículo 2.º de la Ley Hipotecaria y la constante doctrina proclamada por este Centro, acerca de la inscripción de derechos hereditarios, su consideración de real y enajenación de los mismos; que teniendo en cuenta el valor gramatical de las palabras de dicho artículo y el espíritu que las informa, es incuestionable que los testamentos y los autos de declaración de herederos son los verdaderos títulos traslativos del dominio y derechos pertenecientes a los respectivos causantes, de tal modo que las particiones y adjudicaciones son exclusivamente documentos complementarios y sólo con semejante carácter son inscribibles; que con arreglo al artículo 657 del Código Civil, desde el momento del fallecimiento de una persona se transmiten sus bienes a sus herederos, ya lo sean por testamento o abintestato, siendo la consecuencia ineludible que, en igual forma, ya se trate de uno solo o de varios, deben tener y tienen libre y expedito el Registro para solicitar y obtener se haga constar el derecho hereditario, a continuación de las inscripciones a favor de su causante, no siendo necesario el otorgamiento de la previa escritura de adjudicación, bastando se presente copia autorizada del testamento o testimonio de la declaración de herederos abintestato, y en el primer caso el certificado del Registro general de actos de última voluntad, si el testador hubiese fallecido después del 31 de diciembre de 1885; que así lo proclaman la doctrina del artículo 2.º de la Ley Hipotecaria y las Resoluciones de este Centro de 13 de julio de 1893, 12 de febrero de 1896, 1 de julio y 29 de mayo de 1863, 2 de marzo y 26 de noviembre de 1864, 7 de

octubre de 1880 y 13 de marzo de 1883; que dichos preceptos y Resoluciones sancionan la doctrina de que el derecho hereditario es considerado como un derecho real y, por consiguiente, debe ser inscribible su enajenación, aunque no se haya verificado la adjudicación correspondiente, si concurre la circunstancia de hallarse previamente inscrito a favor del transmitente; que autorizada la inscripción del título de herencia, sin establecer distinción alguna de la forma, ni del número de herederos instituidos o declarados, es indiscutible que procede del mismo modo la inscripción de las enajenaciones o cesiones que de su respectivo derecho hagan las personas que a su nombre los tengan inscritos, declarándolo así la Resolución de esta Dirección General de 16 de diciembre de 1876, que también ha de hacer especial mención, que a la fuerza del testamento y su consideración de título inscribible no se opone en modo alguno el que dejen de especificarse los bienes, porque ni hay precepto que contenga tal exigencia, ni existe posibilidad de que lo haga, ya que ni el mismo testador puede saber los bienes que en su día constituirán la herencia, por cuyo motivo la Resolución de 2 de marzo de 1864 declara que tal falta de especificación no constituye defecto que impida inscribir un testamento; que aplicando la doctrina invocada al caso concreto, motivo de este recurso, se deduce con innegable evidencia: 1.º, que el derecho a la herencia de doña Ana María Fernández Vázquez a favor de sus tres hijos legítimos don Manuel, don Miguel y doña Ana Inclán Fernández, es perfectamente inscribible por haberse presentado el testimonio del auto de declaración de herederos abintestato; 2.º, que también lo es la venta que de dichos derechos a la herencia materna hizo don Miguel Inclán Fernández a favor de su padre, don José Inclán y López, por haberse acompañado primera copia de la escritura en que tuvo efecto la expresada enajenación de derecho real; 3.º, que igualmente procede lo del derecho a la herencia de don José Inclán y López a favor de sus hijos doña Ana y don Miguel y el descendiente o descendientes que hubiere dejado su otro hijo don Manuel, por haberse presentado en la propia forma todos y cada uno de los documentos exigidos, o sea, primera copia del testamento y certificación del Registro general de actos de última voluntad, 4.º, que del mismo modo lo es la de los derechos de doña Ana Inclán Fernández y los descendientes de su hermano don Manuel a la herencia de su madre, doña Ana María Fernández Vázquez, y los de éstos y don Miguel Inclán Fernández a la de su padre, don José Inclán López, todos ellos a favor del recurrente, por presentarse la primera copia de la escritura de venta de dichos derechos hereditarios y testimonio de adjudicación, a causa de sentencia firme recaída en autos de juicio verbal civil, y 5.º, que inscritos los mencionados derechos hereditarios en toda su plenitud a favor del que informa, estaba en su derecho de adjudicarse la finca que constituye los únicos bienes de la herencia, siendo, por tanto, ajustada a derecho la inscripción de la escritura de manifestación de ellos y declaración de obra nueva; que en la nota calificadora se ha olvidado, siquiera sea momentáneamente, que son inscribibles los derechos hereditarios con la sola presentación de los testamentos y autos de declaración de herederos abintestato, que son los verdaderos títulos traslativos del dominio y derechos pertenecientes a los causantes; que aquéllos, por tener la indiscutible condición de derechos reales, son lícita y válidamente enajenables, y, por último, que la venta y adjudicación que se hizo a favor del que informa no fue de ninguna finca determinada, sino de todos los derechos a las herencias de doña Ana María Fernández Vázquez y don José Inclán López, surgiendo como consecuencia clara que, inscribiéndose dichos derechos, en primer término, a nombre de los herederos, no puede haber obstáculo legal alguno para la inscripción posterior, y si alguna duda hubiere, que no la hay, desaparece en absoluto teniendo presente el artículo 71 del Reglamento Hipotecario, en el cual se concretan los documentos necesarios para la inscripción de los derechos hereditarios,

Resultando que el Registrador de la Propiedad alegó, en defensa de su nota: que el escrito del recurrente se reduce a hacer consideraciones y a enseñar que el derecho hereditario es inscribible y a solicitar que, después de dejar sin efecto su nota, se ordene

practicar las inscripciones; que por nadie se le ha pedido la inscripción de derechos hereditarios, y con ninguno de los documentos que van unidos a la escritura calificada se podría hacer, como es de apreciar al examinarlos separadamente; que reproduce la nota basada en el artículo 20 de la Ley Hipotecaria; que teniendo en cuenta dicho artículo, resulta que don Valentín Rubal ha adquirido los derechos hereditarios, según afirma, de los hijos de doña Ana María Fernández y don José Inclán, y tales hijos no tienen inscrita la parcela de terreno que él pretende inscribir y en que dice se concretan aquellos derechos hereditarios; en cambio, está registrada a favor de don José Inclán, con quien no ha tenido trato alguno el señor Rubal, y que es persona distinta de los que al mismo transmitieron; que, por tanto, la denegación de inscripción del documento está impuesta por ministerio de la Ley, que no hay posibilidad de pasar por alto todas las transmisiones que ha habido desde que falleció doña Ana, en 1905, en que ya debió liquidarse la sociedad conyugal hasta llegar a que el señor Rubal en 1923 se considere único heredero de aquella señora y de su esposo en la escritura de manifestación de bienes motivo de este recurso; que en cuanto a los documentos que van unidos a la escritura, debe manifestar que en ninguno de ellos se describe ni menciona la parcela de terreno que pretende inscribir el señor Rubal, ni se determina tampoco la participación que a cada heredero corresponde en el patrimonio hereditario, requisito que exige el artículo 71 del Reglamento Hipotecario para inscribir el derecho hereditario, que, por lo tanto, con semejantes documentos no hay posibilidad de practicar inscripciones que no es cierto se pretendieran, ni tienen por qué pedirse ahora, y que como el motivo en que el recurrente fundamenta el recurso no tiene relación con su calificación, considera que deben rechazarse de plano sus peticiones, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 124 del Reglamento Hipotecario;

Resultando que el Presidente de la Audiencia confirmó la nota puesta por el Registrador de la Propiedad de Alcalá de Henares al pie de la escritura otorgada por don Valentín Rubal el 10 de octubre de 1923, ante el Notario de esta Corte don Federico Plana, con imposición de costas al recurrente, en virtud de razones análogas a las expuestas por dicho Registrador en su informe;

Resultando que don Valentín Rubal se alzó de la anterior resolución presidencial ante este Centro, por los siguientes fundamentos. que a fin de que se practicaran las oportunas inscripciones, se presentaron todos y cada uno de los documentos exigidos en el artículo 71 del Reglamento Hipotecario, por cuyo motivo no se le alcanza el obstáculo legal que pueda existir para que se verifiquen con la prelación que en cada caso corresponda, y que desde el momento que se presentaron en el Registro todos los documentos que justifican los derechos hereditarios, así como las enajenaciones que han tenido lugar, dicho hecho implica la solicitud de inscripción, circunstancia reconocida por el Registrador al consignar de un modo expreso en su nota que denegaba la inscripción de la escritura y demás documentos que se acompañaban a la misma,

Vistos los artículos 2.º, 8.º, 20, 21, 23 y 24 de la Ley Hipotecaria; 71 del Reglamento para su ejecución, y las Resoluciones de este Centro de 16 de diciembre de 1876, 7 de octubre de 1880, 25 de febrero de 1888 y 16 de diciembre de 1904;

Considerando que la situación jurídica de una masa hereditaria correspondiente a varias personas se distingue de la copropiedad «proindiviso» inscribible por cuotas: primero, en que se refiere a un patrimonio y no a un objeto singular; segundo, en que el coheredero no puede disponer hipotecariamente de la parte de un inmueble que acaso haya de pertenecerle cuando se realice la partición, y tercero, en que está admitida la inscripción sobre una finca cualquiera de las cuotas que a los coherederos se atribuyen en la unidad patrimonial, aunque ésta pueda contener inmuebles inscritos en diferentes Registros a nombre de los causantes;

Considerando que el acto en cuya virtud un coheredero enajena la porción hereditaria de que es titular a un extraño, no transfiere al adquirente la cualidad de heredero, por más que el cedente se halle obligado a responderle de ella, ni la de titular futuro de los bienes

el propio ROCA SASTRE (20), era más feliz la fórmula original de la Ley de 1861, que autorizaba la hipoteca del derecho a percibir los frutos; cambio de expresión derivado de la transmisibilidad del usufructo regulada en el Código

y derechos que hayan de corresponder al mismo en la partición, sino que provoca una transmisión presente de fuerza intermedia entre la sustitución total de una persona por otra y la venta de cosas futuras, que, sin privar al coheredero de su condición de tal, coloca al comprador en situación de aprovechar y ejercer directamente cuantos derechos y facultades transmisibles correspondiesen al coheredero mismo en el patrimonio relicto;

Considerando que si se inscribiera el derecho hereditario, sin adjudicación de bienes y en los términos fijados por el artículo 71 del Reglamento Hipotecario, a favor de varios coherederos, podría el tercero que hubiera adquirido de cualquiera de éstos su cuota hereditaria pedir que se rectificase el Registro, es decir, que se practicara una nueva inscripción acreditativa de su posición jurídica, y aunque los principios fundamentales del sistema no fueran directa y absolutamente aplicables a esta transferencia, como no lo serían en el supuesto de que se sustituyese a una persona que forma parte de una sociedad por otra distinta, serviría la inscripción en su día para legitimar los actos de disposición tomados unánimemente por todos los partícipes en la herencia, o las operaciones particionales por los mismos aprobadas,

Considerando que, caso de extender la inscripción de la cuota cedida a don José Inclán por su hijo don Miguel, sin liquidar ni mencionar la sociedad de gananciales, luego el asiento correspondiente a la participación de los dos hijos en la herencia de su madre, más tarde la inscripción del derecho de los mismos hijos en la herencia de su padre, a continuación las adquisiciones contractuales hechas por don Valentín Rubal y Andrade y, en fin, la adjudicación al mismo de los derechos que pudieran corresponder a don Manuel Inclán o a sus causahabientes, llevarían consigo todas estas operaciones varios cambios de módulo o unidad, que sólo servirían para oscurecer el Registro, porque en unos momentos las porciones, o, mejor dicho, las cuotas indeterminadas, tendrían por denominador la herencia de la madre, formada, según parece, por su parte en una sociedad de gananciales que no se liquida, en otros se referirían a la herencia del padre, constituida por su parte en la sociedad de gananciales, más la cuota comprada al hijo, y en todo momento, la cosa transmitida sería diferente de la finca en cuyos folios se hacen los asientos con grave riesgo de confusión para todos los interesados en conocer la situación hipotecaria;

Considerando, por otra parte, que una vez demostrada la acumulación en el señor Rubal de todos los derechos de los cónyuges, doña Ana María Fernández y don José Inclán, puede hacer aquel cesionario las declaraciones que juzgue oportunas sobre la única finca a los mismos cónyuges perteneciente y llegar por este camino a la adjudicación deseada, no de un salto, sino mediante las transmisiones que acrediten el historial del inmueble y confirmen el tracto sucesivo,

Esta Dirección General ha acordado confirmar el Auto apelado y la nota del Registrador.

Lo que, con devolución del expediente original, comunico a V. I. para su conocimiento y efectos consiguientes. Dios guarde a V. I. muchos años.—Madrid, 29 de agosto de 1925.—*Por el Jefe superior de los Registros y del Notariado*, RAFAEL ATARD.—*Señor Presidente de la Audiencia de Madrid*.

(20) Escribe ROCA SASTRE que «el artículo 480 del Código Civil español sigue el sistema francés, estableciendo que el usufructuario podrá “enajenar su derecho de usufructo”; pero como la distinción romana está fundada en la naturaleza jurídica de las cosas, en el fondo, viene a seguir la doctrina clásica.

Es este un punto muy discutido, pero no cabe duda que la tesis que sólo permite enajenar en el usufructo el derecho de percibir los frutos, responde a exigencias institu-

Civil, que modificó la orientación del Derecho romano, declarando el usufructo personalísimo y autorizando simplemente la cesión de su contenido económico. Decía la E. de M. de la Ley de 1861, que «regla general es que el usufructuario no pueda enajenar ni la cosa de que no es dueño, ni el mismo derecho de usufructo, que como personalísimo, no es comunicable, ni transmisible, dependiendo, por lo tanto, la duración de la servidumbre, de la vida del usufructuario, o de otra limitación que se haya prefijado; pero puede enajenar los frutos que le han de corresponder mientras exista la servidumbre. Consecuencia de ello es que la hipoteca quede extinguida concluido el usufructo por un hecho ajeno a la voluntad del usufructuario. Mas no debe parar perjuicio al acreedor hipotecario la conclusión de la hipoteca por actos que, o no se desprenden de la naturaleza misma de esta servidumbre personal, o de un pacto ajeno a su constitución, porque de otro modo quedaría al arbitrio del usufructuario la suerte del derecho del acreedor». Expresiones distintas que, se ha entendido, llevan al mismo fin (21).

En la vieja doctrina, GALINDO y ESCOSURA, MORELL y BARRACHINA, tomando como fundamento precepto idéntico al artículo 409 del Código Civil, que declara el usufructo enajenable, planteaban la cuestión de si podía el propietario hipotecar el usufructo con independencia de la nuda propiedad, en

cionales. El usufructo es un derecho personalísimo, subjetivado, o sea, adscrito o vinculado inseparablemente a una persona, debido a que se establece en consideración a la persona en cuyo favor se constituye. Por ello —como dice la exposición de motivos de la Ley de 1861— el usufructo “no es comunicable ni transmisible”. El usufructuario podrá enajenar y hacer de su derecho lo que estime conveniente, pero la titularidad del usufructo siempre permanecerá atribuida a él. Si le transmite, en rigor no tendrá lugar una verdadera enajenación, pues en realidad únicamente habrá traspasado su goce, utilidad o ejercicio, o sea, el derecho de percibir los frutos; se habrá desprendido del contenido económico del usufructo, pero continuará siendo el usufructuario, produciéndose una figura análoga —séanos permitido el símil— a la del funcionario excedente.

Este carácter personalísimo del usufructo se comprueba en nuestro mismo Código Civil, a base del que puede denominarse principio de *subsistencia de la responsabilidad* del usufructuario cedente. El artículo 498 dispone que “el usufructuario que enajenare.. su derecho de usufructo, será *responsable* del menoscabo que sufran las cosas usufructuadas por culpa o negligencia de la persona que *le sustituya*”. El hecho de que, a pesar de la enajenación, el usufructuario deba responder de la conducta del cesionario, es prueba evidente de que no existe verdadera transmisión. Esta debe producir una subrogación perfecta de titularidad, debiendo quedar completamente desligado el transmitente de los hechos posteriores que afectan al derecho cedido y, en cambio, vemos que el usufructuario no desaparece de la escena jurídica, que no queda enteramente desligado del usufructo, en una palabra, que continúa siendo tal usufructuario, si bien con usufructo vacío de contenido económico (*commodum*). Y es que el derecho de usufructo, como el derecho hereditario, son derechos atribuidos a una persona determinada; y con referencia a ella el usufructo subsiste, quedando extinguido cuando la misma fallezca, si antes no ha concluido por otra causa...» (*loc. cit.*, págs. 191-192).

(21) Ver MUÑOZ MORALES, *Lecciones*, II, pág. 29. CAJA, S., «Hipoteca del usufructo e hipoteca de la nuda propiedad», en *RCDI*. 1944.

respuesta afirmativa. Naturalmente, ningún propietario puede hipotecar su derecho de usufructo, pues nadie puede constituir derecho real limitado en cosa propia (el usufructo es *iura in re aliena*). Sin embargo de lo cual, el tema pudo adquirir actualidad en la Resolución de 27 de mayo de 1968 (22),

(22) Resolución de 27 de mayo de 1968:

Excmo. Señor. En el recurso gubernativo interpuesto por el Notario de Caravaca, don Emilio Garrido Cerdá, contra la negativa del Registrador de la Propiedad de dicho partido a inscribir una escritura de dote y constitución de hipoteca, pendiente en este Centro en virtud de apelación de recurrente y Registrador:

Resultando que por escritura otorgada en Caravaca ante el mencionado Notario el 12 de mayo de 1966, los cónyuges, don Fulgencio Pedreño Sáez y doña Carmen Serra Ruiz, constituyeron en favor de su hija, doña María del Carmen Pedreño Serra, una dote de doscientas cincuenta mil pesetas que fue garantizada por la esposa, con licencia de su marido, mediante hipoteca sobre el usufructo vitalicio en determinadas fincas sitas en Calasparra, que le pertenecían como consecuencia de división material con sus hermanos y procedentes las indicadas fincas de donación anterior de su madre, doña Juana Antonia Ruiz Piñero, «en cuya donación se determinó que si cualquiera de los donatarios falleciere antes de ocurrir el fallecimiento de la donante, sin dejar descendencia legítima, los bienes donados acrecerían a los sobrevivientes o a sus respectivos descendientes y, si éstos no existiesen, los bienes revertirían a la misma donante»; y que, en el instrumento se hace constar que: «No habiendo fallecido todavía la donante, doña Juana Antonia Ruiz Piñero, subsiste en su integridad la limitación indicada, sin que la misma, sin embargo, afecte al contenido de esta escritura, puesto que, como se indica, la hipoteca afecta exclusivamente al usufructo de las descritas fincas»;

Resultando que presentada en el Registro primera copia de la anterior escritura, fue calificada con la siguiente nota: «Denegada la inscripción del precedente documento, mediante el cual doña Carmen Serra Ruiz constituye hipoteca a favor de su hija, doña María del Carmen Pedreño Serra sobre el usufructo vitalicio de las fincas que se describen en el mismo documento: *Primero*, porque estando las fincas que el documento comprende afectas a las condiciones de la escritura de donación otorgada el día 14 de octubre de 1941 ante el Notario de Madrid, don Toribio Gimeno Bayó, por doña Juana Antonia Ruiz Piñero a favor de sus hijos, don Rafael, doña Julia y la anteriormente expresada, doña Carmen Serra Ruiz, cuyas condiciones no son solamente las que se refieren en el documento de que si los donatarios fallecieron antes de ocurrir el fallecimiento de la donante sin dejar descendientes legítimos, los bienes donados acrecerán a los sobrevivientes o sus respectivos descendientes, y si no existieren los donatarios ni descendientes de éstos, la propiedad transmitida a los donatarios en la parte correspondiente al donatario fallecido sin descendencia legítima revertirá a la misma donante, sino también, y según el Registro, la de que ni los donatarios ni sus descendientes podrán, mientras viva la donante, enajenar los bienes donados, por quedar afectos éstos a esa posible reversión, no pudo doña Carmen Serra Ruiz, vigente la prohibición referida, constituir válidamente la hipoteca a que este documento se refiere. *Segundo*, porque habiéndose constituido la referida hipoteca sobre el usufructo vitalicio de las fincas descritas en el precedente documento, cuyas fincas son propiedad de la señora hipotecante, no ha sido considerado que, siendo el usufructo, de conformidad con el artículo 467 del Código Civil, un derecho sobre bienes ajenos, no pudo dicha señora constituir hipoteca sobre el mencionado derecho de usufructo de dichas fincas, como independiente o separado de las demás facultades que integran su dominio sobre las mismas. *Tercero*, porque no se ha hecho constar en el precedente documento que la hipoteca constituida quedará extinguida al fallecimiento, en este caso, del propietario hipotecante. Los dos

primeros defectos son, en su naturaleza insubsanables, por lo cual no procede anotación preventiva, que tampoco ha sido solicitada»;

Resultando que el Notario autorizante de la escritura interpuso recurso gubernativo contra la anterior calificación y alegó con relación al primer defecto, que las prohibiciones voluntarias de disponer, según se desprende de los artículos 26 y 27 de la Ley Hipotecaria, deben ser interpretadas restrictivamente, por lo que, cuando se prohíbe «enajenar los bienes donados», no debe comprenderse en tal prohibición la constitución de derechos reales sobre los mismos, y si bien la hipoteca tiene en principio los caracteres de una posible enajenación, hay que tener en cuenta que lo que se hipoteca en el presente caso no es la finca, sino el usufructo vitalicio sobre la misma, por lo cual, la posible enajenación del mismo no afectaría a terceros al extinguirse al mismo tiempo la hipoteca y el usufructo con el fallecimiento de la usufructuaria hipotecante; que, además, la prohibición de disponer tiene un claro fundamento que es garantizar la posible reversión de los bienes a la donante, por lo que, cualquier acto dispositivo que no afecte a dicha posible reversión no debe entenderse incluido en la prohibición establecida, que en cuanto al segundo defecto, si bien la hipotecante aparece como titular del pleno dominio de las fincas hipotecadas, no hay que olvidar que en la donación se establecía una posible reversión, por lo que se está en el supuesto contemplado en el artículo 641 del Código Civil, según el cual, la hipotecante es una auténtica fiduciaria, figura que buena parte de la doctrina y jurisprudencia equipara a la de la usufructuaria; que aun en el supuesto de que así no fuese, no ve inconveniente en que un propietario pleno hipoteque el usufructo vitalicio de determinados bienes, pues aunque algún tratadista es contrario a esta posibilidad, era admitida por el Derecho romano y la aceptan otros ilustres hipotecaristas; que el artículo 107 de la Ley Hipotecaria no pone limitación alguna a la hipotecabilidad del derecho de usufructo y, de acuerdo con el principio de libertad de contratación establecido en el artículo 1.255 del Código Civil, la hipoteca pretendida es perfectamente legal y válida; y que, en cuanto al tercer defecto, no hay necesidad de hacer constar condiciones y circunstancias perfectamente definidas por la Ley, por lo cual, si el usufructo es vitalicio, es evidente que se extingue a la muerte de la usufructuaria (art. 513 del Código Civil) y provoca, a su vez, automáticamente, la extinción de la hipoteca (art. 107 de la Ley Hipotecaria);

Resultando que el Registrador informó: respecto al primer motivo de su calificación, que, si bien es cierto que las prohibiciones de enajenar gozan de poca simpatía en nuestra legislación hipotecaria, tienen plena eficacia, como han reconocido la Dirección General de los Registros y el Tribunal Supremo, cuando son temporales, no traspasan los límites de la sustitución fideicomisaria y tienen causa lícita; que la prohibición de enajenar lleva implícita la de gravar, según resulta de los artículos 42, número 4 de la Ley Hipotecaria; 621, 781, 785, 1.250, 1.255, 1.262, 1.278 y 1.281 del Código Civil, así como de diversas sentencias y resoluciones que cita; que, en cuanto al segundo defecto, el dominio no puede ser considerado como una suma de facultades, al estilo de alguna definición del Derecho romano, sino un señorío unitario y universal sobre las cosas; que el usufructo es una limitación del dominio, un derecho sobre cosa ajena, según la famosa definición romana que recoge el artículo 467 del Código Civil; que corresponde al propietario por derecho de propiedad y no de usufructo o servidumbre, el uso y goce de la cosa de que es dueño, siendo un contrasentido hablar de usufructo del propietario, figura imposible con arreglo a la definición del artículo 467 del Código Civil; que, si bien el propietario puede enajenar el usufructo creándolo entonces (art. 480 del Código Civil), no puede hipotecarlo por la simple razón de que no le pertenece como derecho real autónomo ni tratarse del usufructo formal, hipotecable con restricciones a que se refiere el artículo 7.º de la Ley Hipotecaria; que ilustres hipotecaristas se muestran contrarios a la hipoteca del usufructo por el propietario pleno; que la subsistencia de la hipoteca, en el supuesto del número 1 del artículo 107 de la Ley Hipotecaria, es una excepción permitida por la Ley, no en atención a quien obtuvo la doble titularidad, sino por respeto al tercero que

adquirió con anterioridad un derecho cuya desaparición se impide; que la consideración por el recurrente de la hipoteca como fiduciaria, es inoperante, porque este concepto no ha sido tenido en cuenta en la autorización de la escritura ni en su calificación; que como fundamentos jurídicos del defecto a que se está refiriendo, invoca los artículos 348, 467, 468, 471, 480, 513 y 609 del Código Civil, números 1 y 107, número 1 de la Ley Hipotecaria, las Sentencias del Tribunal Supremo de 7 de abril de 1933, 29 de enero de 1955, 26 de enero de 1959, 3 de diciembre de 1946, 26 de mayo de 1951, 12 de junio de 1958, 7 de junio de 1960, y las Resoluciones de la Dirección General de los Registros de 5 de enero de 1959 y 19 de noviembre de 1960; y que, en cuanto al tercer motivo de su calificación, habiendo sido constituida la hipoteca, no sobre el usufructo formal, sino sobre el causal o del propietario, no se rige por el artículo 107, número 1 de la Ley Hipotecaria, pero, aunque se negiera, habría de pactarse el fallecimiento como causa de extinción, de conformidad con el artículo 176 del Reglamento Notarial y Resolución de la Dirección General de 20 de diciembre de 1906;

Resultando que el Presidente de la Audiencia estimó el recurso en cuanto a los motivos 1.º y 3.º de la calificación y confirmó la nota respecto al 2.º, según el cual, el dominio es un derecho universal y único que no admite como normal el desdoblamiento de las facultades que lo integran, razón por la cual no considera inscribible la escritura;

Resultando que, tanto el Notario autorizante del instrumento, como el funcionario calificador, se alzaron de la decisión presidencial, insistiendo en sus anteriores argumentos, que completaron con otros razonamientos,

Vistos los artículos 467, 468, 471, 480, 513, 621, 1.255, 1.278 y 1.281 del Código Civil, 26, 27 y 107 de la Ley Hipotecaria, y la Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de diciembre de 1946,

Considerando que de los tres defectos señalados en la nota de calificación, el fundamental es el que figura bajo el número 2, relativo a si puede el titular dominical de varias fincas constituir hipoteca exclusivamente sobre el usufructo de las mismas sin incluir las demás facultades que integran su derecho de dominio,

Considerando que el usufructo, en su categoría de derecho real independiente y autónomo, exige, según el artículo 467 del Código Civil, que recaiga sobre bienes ajenos, lo cual supone, por tanto, la existencia de dos personas distintas que sean los titulares de los respectivos derechos de nuda propiedad y usufructo, mientras que cuando se trata del propietario de los bienes, no puede hablarse propiamente de que ostente un derecho de usufructo que en este caso recaería sobre cosa propia, sino que ejercita las facultades de aprovechamiento que integran su derecho de dominio;

Considerando que si bien no existe duda de la posibilidad de hipotecar el derecho de usufructo por su titular cuando éste no es el dueño de los bienes usufructuados, tal como se reconoce en el artículo 107 de la Ley Hipotecaria, aparece discutida la cuestión de quien pretende realizarlo es el que tiene el pleno dominio de los inmuebles —pese a que los procedentes romanos (Digesto XX-1, frag. 11) eran favorables a esta posibilidad e incluso hoy día en la Ley de Hipoteca Mobiliaria se permite al propietario pignorar exclusivamente los frutos del inmueble— con lo que recae la garantía exclusivamente sobre la facultad de goce, con separación de los demás derechos del propietario.

Considerando que si el dueño puede ceder a otra persona el disfrute de sus bienes mediante la constitución de un derecho de usufructo, no parece haya obstáculo para que pueda hipotecar este disfrute como parcela de valor de su derecho de dominio, por tratarse de un acto de menor entidad en el que aparece gravada sólo una de las facultades del titular y que, en caso de ejecución por el acreedor hipotecario si se incumple la obligación asegurada, daría lugar al nacimiento de un derecho real de usufructo a favor del adjudicatario, sin vulneración de la norma del artículo 467 del Código Civil;

Considerando que, a mayor abundamiento, el artículo 107.1.º de la Ley Hipotecaria no se opone a esta posibilidad e incluso el párrafo 2.º del mismo artículo prevé, mediante

que admitió la hipoteca constituida por el mismo propietario de los bienes, limitada al usufructo, justificándose en antecedentes del Derecho romano (D. 2, 1, frag. 11) y en la circunstancia de que, en último extremo, puede concebirse su contenido como una parcela de valor del bien, por cuanto, si el dueño puede ceder el disfrute de sus bienes mediante usufructo, puede realizar algo de menor entidad que, en último extremo, y en caso de ejecución daría lugar a un derecho de usufructo a favor del acreedor hipotecario. CÁNOVAS COUTIÑO (23) ha tenido la oportunidad de comentar brevemente dicha Resolución, acreditando que, con la excepción de ARAGONESES como única en contrario de tal posibilidad, la venía admitiendo buena parte de la antigua doctrina, hasta el advenimiento de la obra de ROCA SASTRE (quien se apoya en la autoridad de VENEZIAN, en su clásica obra *Usufructo, uso y habitación*) decididamente opuesto a dicha hipoteca. Contra ROCA pudo escribir ORTEGA PARDO (24) que, en todo caso de incumplimiento de la obligación la venta queda limitada, no a la cosa, sino al usufructo. Y tampoco parece argumento muy serio el invocado por aquella Resolución (prácticamente, el art. 158, circunstancia 2.ª, Ley Hipotecaria), de autorizarse la hipoteca de nuda propiedad con exclusión del usufructo en caso de consolidación, pues las situaciones son distintas. Como apunta muy bien CÁNOVAS COUTIÑO, «las consecuencias de esta tesis o doctrina pueden ser incalculables: desde la creación

pacto, la posibilidad de que la hipoteca no se extienda al pleno dominio del inmueble perteneciente a un único dueño, sino sólo a la nuda propiedad, con total exclusión de la facultad de disfrute que al mismo corresponde,

Considerando en cuanto a los otros dos defectos de la nota que no es de apreciar la existencia del primero, ya que con la hipoteca constituida sobre el usufructo de las fincas de la donataria no se vulnera la prohibición de enajenar los bienes establecida por la donante, que no tiene más finalidad que coadyuvar a la efectividad de la cláusula de acrecimiento y reversión establecida, caso de cumplirse la condición de morir sin hijos, lo que no aparece contradicho en la escritura calificada, puesto que las fincas gravadas revertirían libres al haberse extinguido la hipoteca, una vez fallecida la titular del usufructo vitalicio;

Considerando, por último, en cuanto al tercer defecto, que no es preciso se haga constar expresamente por las partes en la escritura de constitución de hipoteca que ésta ha de quedar extinguida al fallecimiento del propietario hipotecante, ya que al tratarse de un usufructo vitalicio resultará éste extinguido de acuerdo con el artículo 513 del Código Civil por muerte del titular, lo que llevaría consigo, igualmente, en base al principio *nemo dat quod non habet* la extinción de la hipoteca que lo grava,

Esta Dirección General ha acordado, con revocación parcial del Auto apelado, dejar sin efecto la nota del Registrador.

Lo que, con devolución del expediente original, comunico a V. E. para su conocimiento y efectos. Dios guarde a V. E. muchos años.—Madrid, 27 de mayo de 1968 — *El Director General*, FRANCISCO ESCRIVÁ DE ROMANÍ.—*Excmo. Señor Presidente de la Audiencia Territorial de Albacete* («Boletín Oficial del Estado», de 27 de junio de 1968).

(23) CÁNOVAS COUTIÑO, G., «Comentario a la Resolución de 27 de mayo de 1968», en *RCDI*, págs. 1382 y sigs.

(24) ORTEGA PARDO, «La hipoteca del usufructo y su extinción», en *RDP*, 1946.

de servidumbres, en beneficio del inmueble propio (sin implicar las de signo aparente), a la hipoteca de propietario, pasando incluso a la del usufructo de la nuda propiedad, condicionando el vencimiento de la deuda con consolidación del usufructo de aquél en ésta» (25); pero, sobre todo «la realidad es

(25) *Loc. cit.*, pág. 1385. Así, se contradecía a la Resolución de 25 de febrero de 1910.

Ilmo. Señor: En el recurso gubernativo interpuesto por el Notario don Arturo Romero, como apoderado de doña Antonia Rivera, contra la negativa del Registrador de la Propiedad del Mediodía, de esta Corte, a inscribir una escritura de adjudicación, pendiente en este Centro por apelación del recurrente;

Resultando que por escritura otorgada en Colmenar de Oreja a 29 de enero de 1906 ante el Notario don Arturo Romero y Delgado, se practicó la división de la herencia de don José Castellanos Mingo, entre cuyos bienes se comprendió la nuda propiedad que correspondía al causante de una decimoctava parte de la casa número 3 de la calle del León, de esta Carta, cuya participación fue adjudicada en la forma siguiente: dos terceras partes en pleno dominio a los hijos de dicho causante, doña Matilde y don Félix Castellanos Durán, en parte de pago de su herencia, y la otra tercera parte en nuda propiedad a don Félix por igual concepto, y en usufructo a doña Antonia Rivera Corral en parte de legado y cuota viudal;

Resultando que presentada copia de dicha escritura en el Registro de la Propiedad del Mediodía, de esta Corte, puso el Registrador la nota siguiente: «Inscrito el documento que precede, en cuanto a la nuda propiedad de la decimoctava parte de la casa de la calle del León, en el Registro de la Propiedad de este distrito del Mediodía, tomo 531, libro LXXXVIII de la sección 1ª, folio 54, finca número 224, inscripción 14. Denegada la inscripción del usufructo que en la nuda propiedad de una tercera parte de dicha participación se adjudicó a doña Antonia Rivera, porque, además de ser inadmisibles que tal usufructo exista sobre la nuda propiedad, el constituido en una tercera parte de dicha casa, de la cual procede la participación de que se trata, aparece inscrita a favor de persona distinta del causante».

Resultando que el Notario don Arturo Romero, a nombre y con poder de doña Antonia Rivera, interpuso este recurso pidiendo se declare que es legal la expresada adjudicación de usufructo e inscribible en el Registro de la Propiedad, alegando al efecto: que se ha hecho con observancia de los artículos 467 y 469 del Código Civil, que consiente usufructos sucesivos, que aunque exigiera el mismo que la cosa sea fructífera, también ocurre ese requisito porque puede ser enajenado y porque lo será desde el día que se extinga el usufructo que actualmente corresponde a doña Agueda Quenedé; que el usufructo consiste en sacar utilidad a una cosa sin tener en cuenta la idea de productos o frutos porque comprende el *jus fruendi* y el *jus utendi*, y así se desprende del concepto de este último, según las Partidas; que también se demuestra la procedencia de la adjudicación de que se trata, si se considera que es forzosa siempre que la herencia consista toda en nuda propiedad; que además significa cumplimiento de lo establecido en el artículo 1.061 del citado Código Civil, y que indudablemente es errónea la última parte de la nota recurrida, de suponer inscrito a nombre de distinta persona del causante el usufructo en la tercera parte de nuda propiedad de la decimoctava objeto de la herencia, porque de ser así afectaría también a las adjudicaciones inscritas ahora por la inscripción 14, citada en dicha nota, y que ese error procede de no observarse que el usufructo adjudicado a doña Antonia es distinto del que corresponde a doña Agueda Quenedé.

Resultando que el Registrador de la Propiedad informó sosteniendo la procedencia de su nota por las razones siguientes: que de los artículos 467 y 469 del Código no puede

que, conforme a nuestra civilística, se opera sobre un derecho inexistente o por crear...» (26).

Y no se trata tanto del resultado práctico, sino del mecanismo para llegar a él. Resulta dogmáticamente absurdo afirmar que se puede hipotecar algo

deducirse que no sea necesario que sea fructífera la cosa objeto del usufructo, no siéndolo la nuda propiedad, porque precisamente ella integra el dominio con el usufructo y no procede sobre aquélla separadamente; que la adjudicataria doña Antonia carece del *jus fruendi* y del *utendi*, según lo establecido en el artículo 523 y siguientes del repetido Código, y que la última parte de la nota se refiere claramente al usufructo que tiene doña Agueda Quenedé y se opone a la inscripción denegada por Ley de impenetrabilidad jurídica, según el artículo 20 de la Ley y de su Reglamento;

Resultando que el Juez de primera instancia del distrito de la Latina y Delegado para la inspección de dicho Registro, confirmó la nota del Registrador, fundándose en consideraciones análogas a las expuestas por este funcionario;

Resultando que el Notario recurrente presentó otro escrito insistiendo en sus alegaciones;

Resultando que el Presidente de la Audiencia confirmó el auto del Juez aceptando sus fundamentos;

Vistos los artículos 467, 469, 471, 472, 475 y 834 y siguientes del Código Civil;

Considerando que la cuestión primeramente discutida en este recurso se refiere a la posibilidad de constituir usufructo sobre una participación de casa, perteneciente en nuda propiedad a la testamentaria de don José Castellanos Mingo, y parte de la cual se ha adjudicado en dicho concepto a la viuda del mismo, doña Antonia Rivera;

Considerando que según la doctrina del artículo 467 del Código Civil, el derecho de usufructo consiste en el goce o disfrute de bienes ajenos, con la obligación de conservar su forma y sustancia, a no ser que el título de su constitución o la Ley autoricen otra cosa;

Considerando que si bien el artículo 469 del mismo Código, ampliando dicha doctrina, establece que puede también constituirse usufructo sobre un derecho, siempre que no sea personalísimo o intransmisible, tal precepto guarda relación y se halla subordinado al principio general consignado en el citado artículo 457, que exige como condición esencial que la cosa o derecho usufructuado pueda ser objeto de disfrute, como lo prueba el contenido de los artículos 471, 472 y 475, que explican el alcance de éste y la forma o modo como puede ejercitarse;

Considerando que por dichas razones, aun cuando el derecho de nuda propiedad es transmisible y no puramente personal, no puede estimarse como susceptible de usufructo, ni en consecuencia puede ser inscrito éste en el Registro, como constitutivo de verdadero derecho real;

Considerando respecto al segundo extremo de la nota recurrida que, según aparece del informe del Registrador, la nuda propiedad de la referida parte de casa, sobre la que se ha constituido el derecho cuya inscripción se pretende, se halla inscrita a nombre del causante don José Castellanos, siendo esta inscripción distinta de la de usufructo anteriormente constituido a favor de doña Agueda Quenedé, por lo que, en la hipótesis de que aquel derecho fuera inscribible, no sería obstáculo para ello esta circunstancia, alegada también como fundamento de la denegación,

Esta Dirección General ha acordado confirmar la providencia apelada y la nota del Registrador en cuanto al extremo primero de dicha nota y revocarlas en lo referente al segundo motivo de la misma.

Lo que, con devolución del expediente original, comunico a V. I. a los efectos consiguientes. Dios guarde a V. I. muchos años.—Madrid, 25 de febrero de 1910.—*El Director General*, VICENTE PÉREZ.—*Señor Presidente de la Audiencia de Madrid*.

(26) *Ibidem*, pág. 1386.

inexistente, con total infracción por cierto de los artículos 155 y 157 de la Ley Hipotecaria (en sus correspondientes de la española, en su caso), que reclaman la previa existencia del derecho para que sea objeto de hipoteca. Y en el esquema de aquella Resolución tal derecho no existe, aunque se dé la realidad de otro más amplio, el dominio. Más sensato hubiera sido plantear la hipotecabilidad del derecho de dominio con pacto de limitación al uso y disfrute, que lleva a las mismas consecuencias, pero sin alterar los esquemas; pacto de validez indiscutible (argumento *a contrario sensu* del art. 158.2.º de la Ley Hipotecaria), evitando, así, las interrogantes que, legítimamente, apunta CÁNOVAS. La solución ofrecida por la española Dirección General se pone de manifiesto en su falsedad en la expresión de CHICO: «La consecuencia era inevitable, ya que en caso de incumplimiento de la obligación asegurada, la ejecución daría lugar al nacimiento de un derecho real de usufructo...» (27), con lo cual el nacimiento del usufructo sería consecuencia de la ejecución de la hipoteca (!), haciéndose volar el principio de especialidad, diga la Dirección lo que diga. Y no es convincente el argumento de ORTEGA PARDO, pues las *parcelas de valor* no son hipotecables, al no ser bienes inmuebles, sino expresiones contables. Y la idea que ofrece PUIG BRUTAU en defensa de la Resolución puede tener un mejor encaje lógico: «En definitiva, la misma Ley, al admitir el pacto en contra de la ampliación [de la hipoteca de la nuda propiedad al usufructo consolidable], demuestra la posibilidad de que en algunos casos el propietario mantenga separada la nuda propiedad del usufructo para mantener la hipoteca limitada al primero» (*sic*); porque, en tal hipótesis se trata de mantener separado lo que así estaba y existía, y en la tesis de la Resolución es *a posteriori* que surge dicha separación y como efecto inherente a la ejecución de un derecho sobre base inexistente, como se ha dicho.

La circunstancia de que la hipoteca del usufructo se extinga por hecho voluntario del usufructuario tiene enorme sentido, por cuanto podría significar elusión de la garantía en perjuicio del acreedor hipotecario, a lo que simplemente podría llegarse mediante renuncia del titular del derecho real limitado, renuncia nula de pleno derecho, conforme determina el artículo 4 del Código Civil, por cuanto redundaría en perjuicio de tercero (28).

(27) CHICO, *Estudios*, II, pág. 1357, recogiendo la opinión de ORTEGA PARDO.

(28) Escribe ROCA SASTRE: «En favor de la tesis que considera extinguida la hipoteca en todo caso de conclusión del usufructo, se aducen los siguientes razonamientos: que el usufructo es un derecho temporal que igualmente se extingue por causas voluntarias que involuntarias, por lo cual, el acreedor que lo admita como objeto de hipoteca no puede llamarse a engaño, ya que sabe que incluso por renuncia puede extinguirse el usufructo; que en caso de conclusión voluntaria del usufructo, si su titular ha procedido dolosamente, expedita tiene el acreedor la acción correspondiente de indemnización de daños y

Del mismo modo declara hipotecable el artículo 158 «la nuda propiedad, mas si el usufructo se consolidare con ella en la persona del propietario, no sólo subsistirá la hipoteca, sino que también se extenderá la misma al usufructo, como no se haya pactado lo contrario» (art. 158.3.º de la Ley Hipotecaria). La fórmula empleada mejora notablemente la expresión del anterior artículo 107.3.º (que aludía a «la mera propiedad», etimológicamente incorrecto) o el artículo 107 de la Ley española. Se sigue, claramente, el principio de consolidación del Derecho romano (*Si nuda proprietas pignori data sit, usufructus qui posea accreverit, pignori erit; eadem causa est alluvionis!* D. 13, 7, frag. 18, pár. 1) (29). Ciertamente, la nuda propiedad no suele

perjuicios, aparte de que pueda pactarse también el vencimiento del crédito hipotecario cuando se extinga de este modo el usufructo, si bien entonces sólo subsistirá la acción personal; que cuando se extinga voluntariamente el usufructo por consolidarse en la propiedad, resultaría violento querer dar como subsistente, concibiéndolo como separado, un usufructo y desaparecido por haber quedado embebido dentro del haz indiferenciado de facultades que integran el dominio...; y porque, aunque se estimara transitoriamente subsumido el usufructo en la propiedad, de modo que no se destacara mientras no llegara la ocasión de hacerse efectiva la hipoteca, al llegar este momento se produciría el fenómeno raro de una reconstitución forzosa de un anterior usufructo, separándolo nuevamente de la propiedad mediante su realización judicial.

En favor de la subsistencia excepcional de la hipoteca pueden alegarse las siguientes razones: no cabe exagerar la incertidumbre o temporalidad del derecho de usufructo, pues sólo hay que tomar en serio una *temporalidad objetiva* que permita ponderar los factores y circunstancias todas, atribuyendo a todo usufructo una consistencia normal, que los supuestos de extinción dolosa del usufructo no pueden estar permitidos por la Ley, ya que, por ejemplo, al menos en la renuncia del mismo, la aplicación del artículo 4.º del Código Civil daría lugar a estimar ineficaz aquella renuncia cuando redunde en perjuicio de tercero, sin que la indemnización sea remedio idóneo tratándose de estos supuestos en que se ha pretendido una garantía de carácter real; que la otra solución equivale a suprimir el usufructo como elemento de crédito; que la figura del *usufructo causal* no es tan extraña como parece, pues cuenta con valiosos precedentes legales; y que de ningún modo se pretende que el usufructo subsista, pues, de todos modos, quedó extinguido, sino tan sólo la hipoteca, quedando sujeta a ella el derecho a percibir los frutos.

El sistema de subsistencia de la hipoteca está más de acuerdo con la equidad y con las necesidades del crédito territorial. » (*loc cit.*, IV, págs. 196-197).

(29) Decía VENEZIAN al distinguir las dos formas de consolidarse usufructo y nuda propiedad: «si bien es cierto que el acreedor hipotecario de la nuda propiedad cuenta con el mayor valor que ha de tener la finca cuando la propiedad vuelva al usufructo, cuenta también con que este mayor valor no estará a su disposición sino cuando el usufructo se extinga por las causas atinentes al vínculo que media entre usufructuario y propietario. No me ofrece duda la inclusión del desuso entre estas causas extintivas, a más de la muerte del usufructuario y de la expiración del plazo. Pero es completamente extraño al vínculo jurídico nacido con la constitución del usufructo el hecho jurídico en cuya virtud quien era usufructuario viene a adquirir la propiedad, y de este hecho no puede beneficiarse el acreedor hipotecario. Lo mismo puede decirse del usufructuario que cede al dueño su propio derecho. En uno y otro caso cabe reconocer la persistencia del usufructo sobre cosa propia, en el sentido de que el propietario conserva la facultad, derivada del usufructo, y que la propiedad por sí no le confiere, de limitar a la nuda propiedad el ejercicio de la acción hipotecaria» (PUIG BRUTAU, *Fundamentos*, cit., pág. 101)

ofrecer atractivo económico, dado su escaso valor, si no es por la perspectiva de integrarse en ella el contenido económico del dominio expresado en el usufructo preconstituido. El alcance que tiene la consolidación del usufructo en la nuda propiedad, como efecto de extensión de la hipoteca, ha sido analizado por RODRÍGUEZ LÓPEZ, en cita de CHICO, quien estima que «...al emplearse el término *consolidación*.. obliga a entender como causas que puede producir la misma: la extinción del usufructo operada por renuncia o falleci-

(30) «Sobre la bondad del sistema romano de *ampliación* hipotecaria y del de *localización*, hay fuerte divorcio en la doctrina.

En favor de la tesis de la extensión o *ampliación* se aduce: que el usufructo es elemento accesorio y la propiedad es lo principal, y así nadie ha pretendido que la hipoteca de usufructo se extienda a la nuda propiedad; que cuando el dueño hipoteca una finca gravada con un usufructo, en rigor, lo que hipoteca es la propiedad *plena* de la finca, de modo que como el usufructo, por su condición de mero gravamen temporal forzosamente se extinguirá, ya cuenta el acreedor con el mayor valor que ello reportará a la finca cuando esto suceda, que en la nuda propiedad y no en el usufructo reside exclusivamente el centro o núcleo dominical con fuerza para atraer cuantas facultades o derechos integrantes del dominio se separaron de él, y así, en la nuda propiedad hay que considerar incluida la facultad de reincorporarse el usufructo una vez se extinga: que al reunirse el usufructo con la propiedad, en el fondo el propietario no realiza una nueva adquisición, sino que simplemente se produce el hecho de quedar su propiedad liberada de un gravamen que la presionaba, que el criterio de localización de la hipoteca a la nuda propiedad puede traer consigo la subsistencia de un derecho de usufructo sobre cosa propia, o sea, que provoca la figura del usufructo *causal*, con la consecuencia de que, como en caso de ejecución hipotecaria, sólo se perseguirá la nuda propiedad, al ser enajenada forzosamente ésta, se producirá otra vez la desintegración del mismo dominio, contrariando la tendencia de la Ley, facilitadora de su integración: que como dice la exposición de motivos de la Ley de 1861, no habiendo pacto en contrario, hay que presumir que la voluntad de los contratantes al constituir la hipoteca fue la de que ésta abarcara el usufructo cuando se extinguiera; y que lejos de ser esta extensión perjudicial al deudor —también dice la exposición— puede serle beneficiosa, pues tal vez conseguirá que el acreedor, contento de dirigir su acción contra los frutos, no pida ejecutivamente la venta de la finca.

Como argumentos favorables a la tesis de la no *ampliación* de la hipoteca al usufructo extinguido, pueden señalarse los siguientes. que la idea de que el usufructo es elemento accesorio y que al extinguirse no hay adquisición nueva, sino simple liberación o descompreensión del dominio, será aplicable a las cargas o gravámenes, pero no al usufructo, que, como la enfiteusis, constituye una situación de dominio dividido, calificándose al usufructo de *pars domini* y atribuyendo al que lo adquiere la condición de tercer poseedor (.): que quien hipoteca la nuda propiedad, única y exclusivamente grava ésta y no el dominio pleno (que no le pertenece); que si hubiese de presumirse que también se hipoteca el usufructo que en su día se unirá con la propiedad, tendríamos una hipoteca de cosa ajena o de cosa futura, supuesto no permitido en esta materia por el artículo 1.857 del Código Civil, que exige que al hipotecante le pertenezca en propiedad la cosa que hipoteca, que la Ley ha de abstenerse de presumir pactos que no se establecieron, de modo que si ha de haber una presunción, debe ser la contraria a la *ampliación*, pues en la hipoteca de la nuda propiedad el acreedor contentóse con la garantía de ésta y el deudor sólo a ella obligóse: y que la persistencia, frente a la hipoteca, del usufructo ya consolidado, también ofrece sus ventajas prácticas, como ocurre en el caso de consolidación por compra del

miento (30) o por expiración de su plazo de duración. En todos estos casos la hipoteca subsiste y se extiende al dominio... Sin embargo... cuando el usufructo se extingue por *confusión* de derechos o “reunión” en una misma persona de los derechos de usufructo y nuda propiedad, realmente el efecto que se predica es de difícil sostenimiento, puesto que conforme al artículo [441.3.º] del Código Civil, la reunión en una sola persona se estima como causa extintiva del derecho de usufructo, pero no alude para nada al fenómeno de la confusión de derechos, ni tiene su base en ella, ya que el precepto se limita a declarar la extinción del usufructo cuando éste y la nuda propiedad se reúnen en una misma persona y el fundamento de ello es la imposibilidad de la existencia de un derecho real sobre cosa propia. Y, así, siguiendo a MORELL y VENEZIAN, considera que no existe extensión de la hipoteca al usufructo cuando la adquisición de la nuda propiedad la realiza el usufructuario; igualmente, tampoco puede predicarse dicha extensión cuando la adquisición del derecho de usufructo se realiza por el nudo propietario y, por último, tampoco existe extensión de la hipoteca al usufructo cuando se adquiere por una tercera persona el derecho de usufructo y la nuda propiedad. Dicho autor concluye entendiendo que podría parecer excesivamente forzado el sostener una hipoteca sobre un derecho de nuda propiedad que ya no permanece como tal por haberse consolidado el dominio pleno, pero ocurre que dicho resultado la propia Ley prevé que pueda producirse por la simple voluntad de los interesados al admitir el pacto en contrario a la extensión de la hipoteca...» (31)

Son igualmente hipotecables «los bienes o derechos anteriormente hipotecados, aunque lo estén con el pacto de no volverlos a hipotecar» (art. 158.3.º de la Ley Hipotecaria). Frente a abundantes antecedentes históricos en que se permitía impedir la hipotecabilidad posterior de un bien, ya la Ley española de 1861 ponía fin a dicha práctica, justificadamente:

«No es menos importante que esta declaración (referente a la extensión de la hipoteca del usufructo), la que hace el proyecto respecto a las nuevas hipotecas sobre los bienes que están ya hipotecados, aunque exista el pacto de no volverlos a hipotecar, o lo que es lo mismo en el lenguaje del foro, el pacto prohibitorio de ulteriores hipotecas. Semejante convención es absolutamente inútil para el primer acreedor, porque además de no dar mayor firmeza a la seguridad de lo que se estipula, en nada perjudica al crédito que ha inscrito,

usufructo por el nudo propietario con aplazamiento del precio, pues entonces la hipoteca en garantía de éste podría constituirse sobre el usufructo, mientras que si se considera extinguido, la hipoteca sólo podrá establecerse sobre la propiedad plena, pero como segunda hipoteca» (ROCA SASTRE, *loc. cit.*, págs. 199-200, recogiendo, asimismo, el criterio intermedio de VENEZIAN)

(31) CHICO, *Estudios*, II, págs. 1359-1360.

pues que ninguno de los hipotecarios posteriores puede anteponerse a él para la realización de lo que se le debe. Sólo es una condición onerosa que no debe tener fuerza civil obligatoria por carecer de objeto, por disminuir incesantemente sin justicia y sin aplicación posible el crédito territorial, y por no parecer más que como garantía, una exigencia exorbitante, arrancada de la situación angustiosa en que en momentos dados pueda hallarse el propietario. El no haber prescrito en las leyes actuales la ineficacia de este pacto, podrá ser efecto, ya porque no prestó el legislador a la importante materia de las hipotecas tanta atención como exigen hoy las necesidades de la época, ya porque limitándose a considerarla sólo respecto a la seguridad del acreedor, y aun esto de un modo imperfecto, se desentendió absolutamente de dar extensión al crédito territorial, que es una de las causas principales que hacen necesaria la reforma emprendida. Faltando, pues, toda justificación racional a la prohibición de hipotecar impuesta por el acreedor, debe desaparecer por la misma razón que dejan de ser obligatorios otros pactos cuya injusticia aparece evidentemente en sentir de los legisladores. Pero es necesario que la ineficacia de semejante pacto esté en la Ley, porque la duda de que, considerándolo lícito, pudiera producir efecto, bastaría para retraer a algunos que, mirando la finca como suficiente a cubrir cargas e hipotecas sobre las antiguas a que está afectada, se hallaran dispuestos a hacer nuevos préstamos sobre ella».

La Ley de 1893 añadía al precepto la precisión de la indiferencia jurídica del pacto prohibitivo de ulterior hipoteca «siempre que quede a salvo la prelación que tuvieren para cobrar sus créditos aquéllos a cuyo favor estén constituidas las hipotecas anteriores», salvedad que ROCA SASTRE hecha de menos en la actual Ley española, dado que sería la única regla que fija, como norma de Derecho sustantivo, la regla de prioridad hipotecaria (32), crítica que, realmente, deviene en totalmente innecesaria, dado el carácter constitutivo de la inscripción en tema de hipotecas y la regla de jerarquía de los derechos reales (*prior in tempore, potior iure*); aparte darse la impresión de que la prioridad de la garantía real debía determinarse expresamente por las partes, error en que incidió la Resolución, precisamente para Ultramar, de 13 de septiembre de 1882 (33).

(32) ROCA SASTRE, *loc cit.*, IV, pág. 204. Ver GUILARTE ZAPATERO, *La segunda hipoteca en Derecho español*, Barcelona, 1966

(33) Escribe MUÑOZ MORALES (*Lecciones*, II, págs. 31-32), que «...todos los tratadistas critican la redacción de este particular ya por considerarlo innecesario desde el momento en que la prelación de las hipotecas resulta expresamente declarada, tanto en la Ley Civil como en la Hipotecaria, determinándose por la fecha de su inscripción y por otra parte parece ese número referirse a la fecha de constitución de las hipotecas anteriores, lo que dio lugar a cierta decisión judicial citada por GALINDO, en la cual se interpreta que la Ley protege no solamente las hipotecas registradas, sino también aquéllas que no hayan llegado a inscribirse

El tema de la hipotecabilidad posterior de finca hipotecada alcanza en Puerto Rico especial importancia, en función de la validez declarada por la jurisprudencia federal (*Fidelity Federal Sav. & Loan Ass'n. v. DE LA CUESTA*, 458 US 141 [1982]) a la denominada cláusula *due-on-sale*, que persigue, precisamente, la aceleración en caso de posterior hipoteca sin consentimiento del acreedor hipotecario; por la cláusula *standard* tercera del modelo FNMA, que previene pactarse la hipoteca como primera —dato que está fuera del control de las partes—; y por el desastre hermenéutico que supuso negar el principio de total prioridad (*PASCUAL, v. FERNÁNDEZ SIERRA* [y *BERENS MORTGAGE CORP.*], 1979, 108 DPR 426).

En el Derecho histórico puertorriqueño, ya MUÑOZ MORALES (34) resaltaba la modificación producida a la Ley X, Título XIII, Parte V de las *Partidas*,

Sobre este particular aparece muy explícita la Exposición de Motivos de la primera Ley Hipotecaria de 1861, diciendo que “la hipoteca anterior no inscrita está postergada a la que de fecha más moderna se inscribió más pronto; por consiguiente, el orden de prelación entre las distintas hipotecas sobre el mismo inmueble no lo dan las fechas de constitución de las hipotecas sino la de sus inscripciones. Por otra parte, el artículo 1.774 del Código Civil requiere terminantemente para la validez de la hipoteca como derecho real que ésta se inscriba en el Registro de la Propiedad; y el artículo 1.823 del mismo Código, en su número 3, determina la preferencia de los créditos hipotecarios y los refaccionarios *anotados o inscritos en el Registro de la Propiedad sobre los bienes hipotecados o que hubiesen sido objeto de refacción* ”», terminando la referencia con la transcripción de los artículos 35 y 36 de la Instrucción para la redacción de documentos públicos de 1893, de igual tenor.

(34) MUÑOZ MORALES, *ibidem*, pág. 30. Resolución de 12 de noviembre de 1913:

Ilmo. Señor. En el recurso gubernativo interpuesto por el Notario de Palma, don Rafael Togores, contra una nota del Registrador de la Propiedad de Inca, denegando la inscripción de una escritura de préstamo con hipoteca, pendiente en este Centro por apelación del Registrador;

Resultando que por escritura otorgada en Palma ante don Rafael Togores el 1 de febrero de 1913, don José Cabrer dio en préstamo 10.000 pesetas a don Bernardo Fiol, quien en garantía de la obligación hipotecó dos fincas rústicas que se describían, convinieron los otorgantes que vencido el plazo del contrato podría el acreedor, a su arbitrio, ejercitar la acción hipotecaria, con sujeción al procedimiento establecido por el artículo 131 de la Ley, o proceder a la enajenación de las fincas ante Notario por los trámites extrajudiciales que para la prenda establece el artículo 1.872 del Código Civil, firmando al comprador la correspondiente escritura de traspaso; y por otra cláusula pactaron que «si con posterioridad al presente contrato se constituyesen otras hipotecas o cargas reales sobre las descritas fincas o fuesen éstas embargadas judicialmente, los acreedores estarían sujetos al resultado de dicha subasta extrajudicial, en su caso, y limitando su acción al resto del precio, deducido el importe del crédito por capital, intereses y costas que se constituye en virtud del presente instrumento, y quedarían extinguidas dichas hipotecas y cargas posteriores por el remate y traspaso de las fincas a favor del rematante, cuya escritura será título suficiente para la cancelación de aquéllas en el Registro»;

Resultando que presentada dicha escritura en el Registro de la Propiedad de Inca, puso el Registrador la nota siguiente: «Inscrito el documento que precede, a excepción de la cláusula de que se hará mérito en los tomos y libros, a los folios y bajo los números e

inscripciones que se expresan al margen de la descripción de cada una de las fincas. Y no admitida la inscripción respecto a la cláusula referente a las hipotecas y cargas reales que se constituyan con posterioridad sobre las fincas hipotecadas y a la manera de cancelar dichos gravámenes, por ser contraria a las leyes, no insertándose, de consiguiente, en las inscripciones practicadas»;

Resultando que el Notario autorizante interpuso este recurso pidiendo que se declare extendida con sujeción a las prescripciones legales la escritura de 1 de febrero de 1913, por las razones siguientes: que la cláusula cuya inscripción se ha denegado no es contraria a las leyes, por lo que la nota del Registrador coarta la libertad contractual que el artículo 1.255 del Código Civil garantiza, que los contratantes han hecho uso en la escritura objeto de este recurso del derecho que concede el artículo 1.872 del Código Civil al acreedor para enajenar la prenda, precepto aplicable a la hipoteca, según tiene declarado el Tribunal Supremo en sus Sentencias de 21 y 3 de noviembre de 1902, entre otras, y esta Dirección General en sus Resoluciones de 28 de noviembre de 1893, 12 de julio y 21 de octubre de 1901 y 30 de octubre de 1912; que no se ha hecho más que determinar la extensión y condiciones esenciales del derecho creado en el contrato, y estas condiciones y las limitaciones que entrañan para el dominio del hipotecante deben constar en el Registro, conforme a los artículos 2.º y 9.º de la Ley Hipotecaria; que no se pretende someter a los efectos de la cláusula denegada la cancelación de ningún gravamen preexistente, sino sujetar a las condiciones del contrato los que el prestatario funde sobre los mismos bienes con posterioridad; que en el caso presente, los segundos acreedores adquirirían, por la publicidad del Registro, con perfecto conocimiento de las limitaciones del derecho del hipotecante, y a ellas quedarían sometidos, por lo que, si se hiciese efectivo el crédito hipotecario primero, se estaría en cuanto a la cancelación de los últimos, dentro de lo dispuesto en el artículo 72 de la Ley Hipotecaria y en el Real Decreto de 20 de mayo de 1880; y que, en consecuencia, sería innecesario el consentimiento de los segundos acreedores, mediante nueva escritura, bastando la de traspaso a favor del rematante para cancelar;

Resultando que el Registrador informó en defensa de su nota, y al efecto expuso: que la cláusula de la escritura que ha motivado la nota de denegación es contraria al espíritu y letra del artículo 1.880 del Código Civil, 82 de la Ley Hipotecaria y 1.490 y 1.518 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que los contratantes no pudieron estipular válidamente tal cláusula como consecuencia del pacto de venta extrajudicial, porque en ningún caso debe estar en las facultades de aquéllos celebrar contratos que hayan de tener eficacia en perjuicio de personas que no intervinieron en los mismos; que el artículo 1.872 del Código Civil no tiene el alcance que pretende darle el recurrente, toda vez que dicho artículo establece que en el caso de que la prenda perteneciera a persona distinta del deudor, es necesario citar al dueño de ella, que esta doctrina es aplicable a la hipoteca, por lo que deberá, necesariamente, ser citado el dueño de la finca hipotecada; que el requerimiento al tercer poseedor lo exige también la Ley Hipotecaria, y que la Resolución de 27 de febrero de 1912 declara de un modo terminante que el pacto de venta extrajudicial no concede al acreedor facultad alguna para determinar a su voluntad la forma y requisitos de la cancelación de las hipotecas posteriores;

Resultando que el Juez delegado confirmó la nota del Registrador, fundándose en que la cláusula cuya inscripción se ha denegado es contraria a lo dispuesto en el artículo 1.490 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y a la doctrina de este Centro en su Resolución de 27 de febrero de 1912;

Resultando que el Notario recurrente se alzó de esta resolución con nuevo escrito, en el que, a sus anteriores alegaciones, añadió: que la doctrina de la Resolución de 27 de febrero de 1912 es inaplicable a la cuestión que se discute, porque en el caso resuelto por aquélla, las segundas hipotecas no pendían de una condición resolutoria, y por eso los segundos acreedores no podían ser privados de su derecho sin su expreso con-

sentimiento por los trámites del título IV de la Ley Hipotecaria o por el procedimiento de la Ley de Enjuiciamiento Civil; que al otorgarse la cláusula discutida no existían terceros interesados o acreedores anteriores, aunque otra cosa supongan el Registrador y el Juez delegado, y que tampoco dicha cláusula es contraria a la Ley, pues el Real Decreto de 20 de mayo de 1880, al fijar la inteligencia de los artículos 82 de la Ley Hipotecaria y 72 del Reglamento, dispuso que cuando resulte de la misma escritura inscrita extinguido el derecho, no será necesario el consentimiento que exige el citado artículo 82;

Resultando que el Presidente de la Audiencia revocó el auto apelado, y declaró que la escritura de 1 de febrero de 1913 se hallaba extendida con arreglo a las formalidades legales, por los siguientes fundamentos: que al establecer los otorgantes el pacto de venta extrajudicial, hicieron uso de la libertad de contratación que el Real Decreto sanciona en su artículo 1.255; que la cláusula relativa a los segundos acreedores no se opone a lo dispuesto en el artículo 82 de la Ley Hipotecaria, artículo que no puede interpretarse en sentido restrictivo, so pena de hacer ilusorio el derecho de propiedad adquirido en subasta extrajudicial y de dejar reducida la escritura otorgada en ese supuesto a un documento simple para cuya eficacia en el Registro sería necesario obtener una providencia judicial, y que los artículos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, citados por el Registrador, determinan la forma de hacer efectivo el crédito con intervención judicial, pero son inaplicables cuando los contratantes eluden la intervención de los Tribunales en uso de un derecho reconocido por el Código Civil;

Vistos los artículos 4.º, 1.258, 1.872 y 1.880 del Código Civil; 107 y 131 de la Ley Hipotecaria, 1.490 y 1.518 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y la Resolución de este Centro de 27 de febrero de 1912;

Considerando que el número 4.º del artículo 107 de la Ley Hipotecaria permite hipotecar los bienes ya hipotecados, aunque se hubiese estipulado el pacto de no volverlos a hipotecar, respondiendo tal precepto al objeto de no disminuir innecesariamente y sin causa que lo justifique el crédito territorial, y por suponerse que dicho pacto, más que constitutivo de una mayor garantía, representa una exigencia exorbitante arrancada a la situación angustiosa en que, en momentos dados, puede hallarse el deudor;

Considerando que idénticas razones son aplicables a los pactos que sin prohibir directamente las ulteriores hipotecas desnaturalizan el alcance de las que pudieran constituirse sobre los mismos bienes, disminuyendo o haciendo ilusorios los derechos de los segundos o posteriores acreedores hipotecarios, y desvirtuando las garantías que la Ley Procesal e Hipotecaria establecen para poder hacer efectivos sus créditos aquellas personas que, estimando las fincas como suficientes a cubrir las cargas e hipotecas anteriores a que estén afectas, se hallen dispuestas a hacer nuevos préstamos sobre ellas;

Considerando que en dicho caso está comprendido el pacto que ha originado el recurso, puesto que el procedimiento de venta extrajudicial regulado por el artículo 1.872 del Código Civil no puede extenderse a la cancelación de las segundas o posteriores hipotecas sin los requisitos y formas establecidas en dichas leyes y a que alude la Resolución de este Centro de 27 de febrero de 1912, ya que la voluntad de los contratantes no puede derogar las disposiciones de derecho en que descansan determinadas relaciones jurídicas,

Esta Dirección General ha acordado con revocación de la providencia apelada que no ha lugar a declarar que la escritura de préstamo hipotecario que ha originado este recurso se halla extendida con sujeción a las formalidades y prescripciones legales, respecto del particular recurrido, no siendo ésta, por consiguiente, inscribible.

Lo que, con devolución del expediente original, comunico a V. I. a los efectos consiguientes Dios guarde a V. I. muchos años.—Madrid, 12 de noviembre de 1913.—*El Director General*, JOSÉ JORRO MIRANDA.—*Señor Presidente de la Audiencia de Palma*.

planteando la cuestión de si, como defendía ARAGONÉS, era no obstante válido el pacto prohibitivo de ulterior enajenación o gravamen, así como las objeciones de MORELL y el criterio de la Resolución de 12 de noviembre de 1913, separando, ciertamente, dicha prohibición del pacto de no enajenar, implicando la prohibición de hipotecar (35).

Sujeta la hipoteca a total prioridad, no tiene sentido la prohibición de volver a hipotecar, como se ha apuntado que resaltaba la E. de M. de la Ley Hipotecaria de 1861. Y seguiría sin tenerlo si no se hubiese planteado la cuestión en la jurisdicción federal, con su respectivo eco en la jurisprudencia local (36). «Principio básico en materia de hipotecas —escribe ROCA SASTRE (37)— es que sobre un bien hipotecable pueden constituirse tantas hipotecas sucesivas cuanto se quiera. Jurídicamente no existe obstáculo alguno o tope alguno acerca del número de hipotecas que puede soportar una cosa, pues la hipoteca, como derecho real que no implica posesión exclusiva o contacto material, hace que puedan coexistir sobre una misma cosa *multiplicidad de hipotecas*, inscritas unas después de las otras. Si algún obstáculo existe es de índole práctica, puesto que no tratándose de hipotecas legales, no es de esperar que el propietario de una cosa gravada con hipotecas se absorban su valor, encuentre quien admita esta misma cosa en garantía hipotecaria... Consecuencia natural de esta posibilidad de concurrencia de varias hipotecas sobre una misma cosa es la regla de *prelación, preferencia, orden o rango* entre las varias hipotecas concurrentes...» Pues bien, este fundamental

Y, recogiendo una opinión bastante general, CHICO (*Estudios*, II, pág. 1363) señala una serie de situaciones que no deben tener acceso al Registro

1. La prohibición de enajenar la finca sin consentimiento del acreedor (o típica *Due-On-Sale clause*).

2. La prohibición de arrendar.

3. La prohibición de otorgar contrato inscribible.

4. Pacto de aceleración en caso de enajenación, gravamen o arriendo de la finca hipotecada (*Due-On-Sale clause*).

5. Prohibiciones de disponer encubiertas como condición resolutoria.

6. Acordar vencimiento anticipado del préstamo por enajenación forzosa en vía de apremio.

(35) Resolución de 11 de agosto de 1916 (MUÑOZ MORALES la cita, por errata, como de 9 de agosto).

(36) Ver el Informe del Colegio de Abogados, como *amicus curiae*, en JOSÉ A. LLAMA et al., v. *First Mortgage Investors* (pieza de la instancia), 1983. 113 DPR 865; asimismo, *First Federal Savgs v. Registrador*, 1983, 113 DPR 857; AGUILÓ, *Observaciones en torno a la cláusula Due-On-Sale*, Rev. Der. Prtño., núm. 81, WOODS, G. M., *Reaping the Benefit The Impact of Federal Judicial and Legislative Sanction of Portfolio Maintenance on the Due-On-Sale Clause*, Rev. Der. Prtño., núms. 9-12 *Vide infra*, cap. ...; VÁZQUEZ BOTE, «La característica esencial de la hipoteca como accesorio del crédito y su independencia mediante cesión pasiva sin consentimiento del acreedor», en RCDI, núm. 628, págs. 955 y sigs

(37) *Op cit.*, IV, págs. 201-209.

principio fue negado en *PASCUAL v. FERNÁNDEZ*, cit., admitiéndose, indirectamente, el efecto de la *due-on-sale clause* al dar más validez al pacto de prioridad que a la Ley Hipotecaria y al propio Código Civil.

«Sobre una finca o derecho —sigue escribiendo el maestro de hipotecaristas (38)— pueden inscribirse cuantas hipotecas se quiera, pero el orden en que éstas figuren inscritas atribuye a cada una de ellas un *rango especial*, que se traduce en una prelación... El hipotecante conserva sus facultades dispositivas, pero los actos de disposición que otorgue no afectan para nada a la hipoteca... También actúa dicha prelación en favor de la segunda hipoteca respecto de la tercera, y así sucesivamente; pero la segunda se halla supeditada a la prelación absoluta de la primera, de modo que si ésta va a la ejecución, los bienes hipotecados pasan al dominio del adjudicatario, *libre* no sólo de la hipoteca ejecutante, sino también de todas las hipotecas posteriormente inscritas... La ejecución hipotecaria provoca, pues, la *liberación o purga* (39)... Este resultado es una consecuencia institucional de la hipoteca, porque... cuando en la fase ejecutiva se procede a extraer el valor en cambio de la cosa hipotecada, ésta queda representada por el precio obtenido en la subasta...» Pues bien, tan elemental conclusión fue totalmente eludida en *First Federal Savs. v. Registrador*, cit., admitiendo el propio Tribunal Supremo como relevante argumento —no jurídico, sino simplemente económico— que invocar la misma era una excusa para alterar los intereses pactados; esto es, que su uso es simulado y, por ello, fraudulento (arts. 1.228 y 4 del Código Civil); y pudo llenarse de vergüenza en *Llama v. First Mortgage Investors*. 1983, 113 DPR 865, al tener la desfachatez de afirmar que el período de *vacatio* de la Ley Pública n.º 97-320, de 15 de febrero de 1982, del Congreso de los Estados Unidos de América del Norte, no podía tener aplicación en Puerto Rico, pues a esa fecha «no existía en nuestra jurisdicción disposición constitucional, ni estatuto, ni decisión nuestra que prohibiera la ejecución de las cláusulas de aceleración...», forma cobarde de eludir la aplicación del Código Civil y de la Ley Hipotecaria, pues le habría sido suficiente al Tribunal Supremo leerse a MUÑOZ MORALES para apreciar lo antiguo de la prohibición. La verticalidad de tantos Tribunales estatales faltó, nuevamente, al de aquí (40).

El artículo 158.4.º de la Ley autoriza la hipotecabilidad del «derecho de hipoteca voluntaria, pero quedando pendiente la que se constituya sobre él, de la resolución del mismo derecho». Se incluye, así, la figura denominada

(38) *Ibidem*, págs. 202-203.

(39) No obstante, ver artículo 178 de la Ley Hipotecaria, y VÁZQUEZ BOTE, *Tratado*, tomo XV.

(40) En contra de tan osada afirmación, aparte de MUÑOZ MORALES, II, págs. 30 y sigs., *FRANCESCHINI v. Texaco P R Inc*, 1975, 103 DPR 759.

subhipoteca por el artículo 175.4.^a del Reglamento Hipotecario español, que ha recibido consagración doctrinal (41) y que se ha recogido en el artículo 136, circunstancia cuarta de la vigente Ley Hipotecaria puertorriqueña (42).

Decía la E. de M. de la Ley de 1861 española, que «el derecho de hipoteca, como los demás derechos reales enajenables, es susceptible de ser hipotecado. Aunque sin una declaración expresa del proyecto esto se sobreentendería, la Comisión ha creído que debía consignarlo para evitar dudas y para fijar también la extensión de los derechos del acreedor hipotecario. La regla en que acaba de fundarse la Comisión de que nadie puede conceder más derechos que los que él mismo tiene, hace que no esté en las facultades del acreedor primitivo dar al subhipotecario un derecho más extenso que el suyo en la cosa hipotecada; así, si el deudor antiguo satisface la deuda, la hipoteca y la subhipoteca desaparecen simultáneamente. De otro modo acontecería que un acto ajeno al dueño de la cosa viniera a hacer más grave su situación, y que la hipoteca constituida sobre otra hipoteca, esto es, sobre una cosa incorporal, sobre un derecho, se convirtiera en una hipoteca constituida directamente sobre una cosa corporal, sobre una propiedad inmueble. Por esto propone la Comisión que las subhipotecas pendan de la resolución de la hipoteca sobre que se hayan constituido. No sucede lo mismo si el que paga es el segundo deudor, o lo que es igual, el subhipotecario, porque entonces, quedando extinguida la última hipoteca, subsiste la primera, que tenía existencia por sí misma».

Con ello, aquella Ley y, por secuencia histórica, la puertorriqueña vigente, parecen acoger el criterio del *pignus nominis* propio del Derecho romano (ROCA SASTRE), punto sobre el que el Tribunal Supremo, como ocurre siempre en temas doctrinales y un tanto abstractos, nunca se ha pronunciado, limitándose a afirmar su tajante validez con la simple invocación del precepto legal y una cita incidental de GALINDO y ESCOSURA (43). Tampoco preocupó a MUÑOZ MORALES —siguiendo, con ello, el momento en que escribió, pues el tema adquiere auge ante la obra de Díez PASTOR (44), quien solamente plantea la cuestión acerca de la hipotecabilidad de la hipoteca legal (no obstante

(41) Ver MUÑOZ MORALES, *Lecciones*, II, pág. 36 y sigs. Díez PASTOR, *Notas acerca de la naturaleza y contenido de la subhipoteca (Las hipotecas sobre hipotecas)*, Barcelona, 1957. NINE v. *Registrador*, 1930, 40 DPR 405.

(42) Artículo 136, circunstancia 4.^a. Ley Hipotecaria: «Las inscripciones de subhipotecas, constituidas sin haber notificado al deudor de acuerdo al artículo 193, podrán cancelarse en virtud de la escritura en que conste la resolución del derecho del acreedor subhipotecante».

(43) MATÓ v. *Banco Territorial y Agrícola*, 1921, 30 DPR 17. aún más parco, NINE v. *Registrador*, 1039, 40 DPR 405.

(44) «Notas acerca de la naturaleza y contenido de la subhipoteca», en *RCDI*, 1930.

las palabras de la E. de M. de la Ley de 1861) (45), exponiendo el criterio favorable de MORELL y de DORTA DUQUE (46), pero dejando de lado el tema fundamental relativo a la explicación de aquella hipoteca de la hipoteca, regulamente prohibida en los llamados sistemas de Derecho moderno (Italia, Alemania, Suiza, Francia) (47).

(45) «Mas la autorización para subhipotecar, que no presenta ningún inconveniente respecto a las hipotecas voluntarias, no puede admitirse en las legales. En éstas se trata de la protección de las personas jurídicas o desvalidas, o de intereses a que el derecho dispensa una protección más directa para que no sean perjudicados. Dar facultad para que las personas así protegidas, y que por regla general no tienen capacidad para contratar, pudieran subhipotecar, equivaldría a destruir la hipoteca legal a favor de ellos constituida. El legislador no podría hacer esto sin destruir su propia obra, sin ponerse en contradicción con los antiguos principios en el acto mismo de proclamarlos de nuevo.

Aunque no cabe, al parecer, duda, de que la prohibición de hipotecar, impuesta a los que no tienen la libre disposición de sus bienes, está limitada a los casos en que no se observen las formalidades que la Ley establece para que se verifique su enajenación, la Comisión ha creído que debía repetirlo, tanto para evitar que naciera la interpretación equivocada de que no debía en este punto seguir la hipoteca las reglas de la enajenación, como para no dar por su silencio lugar a que se suscitaran dudas peligrosas y funestamente perjudiciales a los que no tienen la libre disposición de sus bienes, acerca de si será lícito constituir hipotecas sobre las fincas que tal vez sin este recurso tendrían que ser necesariamente enajenadas» (E. de M., Ley Hipotecaria de 1861).

(46) Escribe MUÑOZ MORALES que «Declara el número 8 de este artículo 107 que el derecho de hipoteca puede a su vez hipotecarse, pero ésta que se denomina subhipoteca ha de quedar subordinada a las condiciones de la principal. No es discutible la naturaleza hipotecable de la hipoteca desde el momento en que tiene legalmente reconocido su carácter de derecho real (art. 1.175 del Código Civil y 105 de la Ley Hipotecaria, 160 Regl.). Asimismo su carácter de enajenable (art. 1.777 del Código Civil y 152 de la Ley Hipotecaria), y por último el de inscribible (art. 2, núm. 2 de la Ley Hipotecaria). El citado número 8 se refiere especialmente a la *hipoteca voluntaria*, dando así a entender que no puede subhipotecarse la *hipoteca legal*, pero debe notarse que el artículo 155 de esa misma Ley autoriza la cesión de créditos o derechos asegurados con hipoteca legal, cuando haya llegado el caso de exigir su importe y sean legalmente capaces para enajenarlos las personas que los tengan a su favor. De aquí puede deducirse que bajo esas mismas circunstancias sea también hipotecable la hipoteca legal; y así opina MORELL y el tratadista cubano DORTA DUQUE, fundándose en la Resolución de 21 de agosto de 1895 en que se declara que disuelto el matrimonio puede subhipotecarse el derecho de hipoteca legal constituido en garantía de la dote, porque permitiendo el artículo 155 de la Ley la enajenación de las hipotecas legales cuando ya son exigibles, sería absurdo que no se permitiera la subhipoteca que es un acto de enajenación (...), pero el comentarista, señor BARRACHINA, sostiene lo contrario diciendo que si los hipotecarios legales pudieran hipotecar su derecho se destruiría ese privilegio, y aún más se extendería a personas que no deben gozarlo».

(47) «La fundamentación de este sistema causa cierta impresión de momento. Según él es imposible constituir una hipoteca sobre otra hipoteca, porque una de dos, o la hipoteca se constituye directa y exclusivamente sobre el *derecho real* de hipoteca en sí, o sea, como desconectada del crédito que garantiza, lo cual no es posible porque la hipoteca es un derecho accesorio cuya existencia está al servicio de un crédito, de modo que contemplada *aisladamente* carece de consistencia o contenido económico, ya que el valor patrimonial de la hipoteca sólo puede hacerse efectivo en función del pago del

DÍEZ PASTOR estima que la subhipoteca (cuya denominación critica por incorrecta), es una prenda de crédito garantizada con hipoteca, mientras que ROCA SASTRE la configura como una subrogación para que el segundo acreedor hipotecario puede ejercitar la acción ejecutiva del primero; opinión que no comparte VALLET DE GOYTISOLO, para quien la subhipoteca encierra una cesión a efectos de garantía y, naturalmente, con posibilidad de ejecución (48). No faltan, ciertamente, otras opiniones, siendo de destacarse la disparidad relativa sustentada por la Dirección General de los Registros y del Notariado de España, entre sus primera y última Resoluciones de relieve sobre el tema (49).

crédito; o bien, la hipoteca se constituye sobre la entidad compleja *crédito-hipotecario*, en cuyo caso la hipoteca recaería sobre el *crédito* (elemento principal) y tan sólo por la repercusión afectaría a la *hipoteca* que lo garantiza (elemento accesorio), cosa tampoco posible, pues el crédito es un *bien mueble* y los bienes muebles no son susceptibles de hipoteca, sino de prenda.

Así, pues, el argumento básico esgrimido para afirmar la no hipotecabilidad de la hipoteca es que ésta es *inseparable* del crédito que asegura, de modo que, como dispone el Código Civil alemán (párrafo segundo del art. 1.153), el crédito no puede ser transmitido *sin* la hipoteca, ni la hipoteca *sin* el crédito. Por ello, si la hipoteca no es un derecho enajenable por sí solo, tampoco puede ser hipotecable aisladamente, porque la hipoteca implica una enajenación potencial, siendo de esencia en ella que las cosas afectadas puedan ser enajenadas para con su precio pagar al acreedor» (ROCA SASTRE, *loc cit.*, págs. 208-209).

(48) VALLET, «La hipoteca sobre derechos», en *Estudios sobre garantías reales*, pág. 52 (por errata se fecha como 14 de septiembre de 1921), y antes en *Hipoteca del derecho arrendatario*

(49) Resolución de 29 de julio de 1878:

Ilmo. Señor: En el recurso gubernativo promovido por don Alberto Lleó contra el Registrador de la Propiedad del Lérida por su negativa a inscribir cierta escritura de cancelación de hipoteca, pendiente en esta Dirección General, en virtud de apelación interpuesta por el interesado y por el Notario de Barcelona don Ignacio Ferrán;

Resultando que, según escritura pública otorgada en la ciudad de Barcelona en 11 de noviembre de 1876 por don Juan Lleó y Torraja y su hijo don Alberto Lleó y Dubosch, reconoció éste haber recibido del primero la suma de 60.000 pesetas, que le fue entregada en ciertos valores, en pago de 30 000 pesetas que su citado padre retenía, procedentes del capital que al expresado don Alberto correspondía en la Sociedad Lleó y Rius, y de otra igual cantidad que le prometió donar en las capitulaciones que con motivo del matrimonio proyectado entre el mismo y doña Francisca Morera autorizó el Notario don Antonio Doménech en 16 de enero de 1873, cuya donación se efectuó mediante varios pactos, y entre ellos el que el citado don Juan retendría en su poder, mientras subsistiese la Sociedad Lleó y Rius, las 30.000 pesetas, de ser conveniente a sus intereses; pues, en otro caso, no sólo satisfaría al donatario la expresada suma, sino también las otras 30.000 pesetas aseguradas con la hipoteca de la hacienda de Almacellas, en virtud de todo lo cual don Alberto canceló la hipoteca constituida sobre dicha finca; consignándose, además, en el documento de que se trata, que habiendo dicho interesado subhipotecado en seguridad y garantía de la dote aportada por doña Francisca Morera el derecho de hipoteca de que antes se ha hecho mérito, y que es el mismo que en la actualidad se cancela, fue advertido, por el Notario autorizante del documento, del deber en que estaba de subrogar el aludido derecho, toda vez que quedaba extinguido por el consiguiente pago en otros

bienes de su propiedad, asegurando el otorgante que por el momento carecía de ellos, si bien protestaba que hipotecaría los primeros que adquiriese;

Resultando que presentada la referida escritura para su inscripción en la del Registro, fue suspendida por los siguientes defectos: «primero, no haberse cumplido con las prescripciones del párrafo segundo del artículo 189 de la Ley Hipotecaria, que exige el consentimiento de la mujer casada para la extinción de la hipoteca constituida a su favor, como tampoco la del párrafo tercero del artículo 188, que previene la necesidad de la autorización judicial en estos casos, y segundo, de no describir fincas el documento, ni aun citarse en el mismo los folios y tomos de las inscripciones hipotecarias, por lo que carecía de los requisitos del artículo 21 de la citada Ley».

Resultando que en vista de la anterior negativa se entabló por don Juan Lleó y Torraja el presente recurso gubernativo, fundándose para ello en que era principio axiomático que las convenciones no son obligatorias más que para los contratantes, y de ningún modo para los que directa ni indirectamente prestan su asentimiento y conformidad; y como el recurrente sólo se obligó y reconoció deudor de su hijo don Alberto, los efectos de dicho contrato no pueden nunca alcanzar a terceras personas; que en la escritura de que se trata los derechos y obligaciones se limitaban sencillamente a reclamar el acreedor la suma adeudada, y a satisfacerla el deudor, cumplida la condición o realizado el caso previsto, sin que doña Francisca Morera pueda ostentar ningún derecho, toda vez que ninguna intervención tuvo en el expresado contrato, por lo que respecta a las obligaciones que contraía el deudor, sin que contradiga este aserto el hecho de haberse además convenido en el instrumento de que se hace mérito los derechos dotal de aquella interesada; pues es sabido que esta clase de documentos, por la práctica del país donde se otorgan, suelen contener varias estipulaciones que no alcanzan a todos los que intervienen en el acto, que es lo que ha sucedido en la escritura que se discute, sin que pueda afectarle al recurrente los pactos o estipulaciones que mediaran entre su hijo don Alberto y su citada esposa, en atención a que por su parte a nada quedó obligado, procediendo en su consecuencia la interesada cancelación de la hipoteca voluntaria al efecto y en garantía del crédito constituido; y, por último, que respecto del segundo defecto no merece en realidad este nombre, porque usando de la facultad concedida en el párrafo segundo del artículo 21 de la Ley Hipotecaria, se presentó con la escritura una certificación expedida por el Registrador, en la que se expresan las cuatro fincas subhipotecadas a la seguridad del crédito cuya cancelación se pretende:

Resultando que se oyó el informe del Registrador, el que insistió en su negativa, ampliando las razones de la nota en el sentido de que, si bien era cierto que el número 8.º del artículo 107 de la Ley Hipotecaria, hace depender la subhipoteca de la resolución del derecho principal, no lo es menos que el artículo 82 exige, para que proceda la cancelación de las que se hallan constituidas por escritura pública, el consentimiento de la persona a cuyo favor estuviera inscrita y el párrafo 3.º del artículo 83 que, si constituida la hipoteca por escritura procediese su cancelación, y no consintiese aquél a quien ésta perjudique, será potestativo en el otro interesado demandarla en juicio ordinario, que es lo de rigor hacer en el presente caso, máxime existiendo la disposición del artículo 189 de la Ley, pues se trata de una mujer casada que hasta es menor de edad, según tiene entendido el informante, y, por último, que no habiéndose presentado la escritura de capitulaciones matrimoniales, a fin de desvanecer las dudas que se suscitan, no sólo acerca de la calificación, sino también sobre la responsabilidad por razón del esponsalicio, está en el caso dicho funcionario de insistir en la nota que se discute, y del mismo modo en el segundo defecto señalado, por no ser exacto que al presentarse en 15 de febrero del año próximo pasado la escritura de carta de pago se acompañara la certificación de que se hace mérito; pero que aun suponiendo que con el documento se hubiese presentado, siempre sería insuficiente para subsanar el defecto o falta de descripción de las fincas, pues el artículo 21 de la Ley Hipotecaria, que tiene dos partes, contiene en la

segunda una excepción sólo para los títulos de dominio, pero en manera alguna para los de cancelación, que en rigor de principios no pueden entenderse de transmisión de dominio,

Resultando que siendo uno de los motivos por el que se suspendió la inscripción de la escritura de que se trata el contener defectos en la forma de su redacción, se pres-
tó audiencia al Notario autorizante, el que la evacuó en el sentido de que era inscribible por las razones que constan alegadas, y por reunir todas las circunstancias señaladas en el artículo 98 de la Ley Hipotecaria, y guardada la forma que se prescribe en el artículo 57 de la Instrucción sobre la manera de redactar instrumentos públicos sujetos a registro;

Resultando que el Juez de primera instancia del partido dictó providencia, por la que, considerando que la hipoteca cancelada en el documento objeto del recurso, es la voluntaria constituida por don Juan Lleó a favor de su hijo don Alberto, y no la subhipoteca constituida sobre aquélla en garantía de la dote y esponsalicio de doña Francisca Morera, por cuya razón dicha interesada no podía intervenir legalmente en el acto: que la aludida cancelación se hizo con los requisitos prevenidos en los artículos 82 y 148 de la Ley Hipotecaria; que cuando, como acontece en el caso del expediente, existe una subhipoteca que es hipoteca legal dependiente y subordinada de la voluntaria, cuyo derecho es el subhipotecado, su extinción por ministerio de la Ley es ineludible, según lo prevenido en el caso 8.º del artículo 107 de la misma: y que, por lo que respecta al segundo motivo señalado en la nota del Registrador, es indudable que no se halla extendida la citada escritura conforme a lo prevenido en el artículo 57 de la Instrucción sobre la manera de redactar instrumentos públicos, toda vez que se ha omitido la relación de las fincas hipotecadas y la expresión de los tomos, folios y número de las inscripciones, resuelve que debía declarar y declaraba inscribible la escritura objeto del expediente por el primer motivo, y no inscribible por el segundo, cuyo defecto deberá subsanarlo el Notario don Ignacio Ferrán y Sobregués, extendiendo a su costa un nuevo documento,

Resultando que notificada a las partes la anterior providencia, apeló de la misma el funcionario encargado del Registro: y elevado el recurso al Presidente de la Audiencia de Barcelona, se revocó la apelada en cuanto al primer extremo (que fue del que se conoció en la alzada en virtud de haberse resuelto el segundo por el inferior, de conformidad con el apelante), declarando, por consiguiente, que no era inscribible la escritura de que se viene haciendo mérito por considerar dicha Autoridad en su sentencia, entre otros fundamentos, que el hipotecante de un derecho de hipoteca carece de personalidad y acción para liberar la primera hipoteca sin que concurra al acto la persona a cuyo favor se traspasó el derecho: pues de otra suerte, y de practicarse sin su conocimiento e intervención, aparte de ser ilusorio, vendría a autorizarse el fraude, cuando el objeto de las leyes es precisamente lo contrario, y que habiendo hipotecado don Alberto Lleó a favor de su consorte doña Francisca Morera, menor de edad en aquella época, y a la seguridad de sus dotales, el derecho hipotecario que tenía sobre los bienes de su padre don Juan, era indudable que no pudo extinguirse, reducirse ni posponerse el expresado derecho sin la correspondiente intervención judicial, ni procederse a su cancelación sin observar lo que disponen los artículos 161, 174 y 189 de la Ley Hipotecaria.

Vistos los artículos 82, 108, número 8.º, 136 y 144 de la expresada Ley.

Considerando que, según la doctrina fundamental de la Ley Hipotecaria, para cancelar las inscripciones hechas en virtud de escritura pública se requiere necesariamente el consentimiento de la persona a cuyo favor se extendieron, o de sus causahabientes o representantes legítimos, y en su defecto testimonio de la sentencia ejecutoria ordenando la cancelación;

Considerando que habiendo constituido don Alberto Lleó una subhipoteca a favor de su esposa doña Francisca Morera sobre la hipoteca que le había constituido su padre don Juan Lleó en el mismo acto y ante las mismas personas que concurrieron a la constitución

de esta última, es innegable que la subhipoteca se estableció con intervención del primer hipotecante, y por consiguiente con su aquiescencia y consentimiento;

Considerando que desde el instante en que el primer acreedor enajenó, mediante la subhipoteca, siquiera de un modo parcial y con consentimiento del primer deudor, la hipoteca constituida por éste sobre la expresada finca, no basta que aquel primer acreedor consienta en la cancelación de este gravamen, sino que es además necesario e indispensable el del segundo acreedor que ha adquirido varios de los derechos del primero en la manera indicada a fin de que puedan cumplirse los efectos que produce esta clase de garantías con arreglo a la misma Ley Hipotecaria;

Esta Dirección General ha acordado confirmar la providencia apelada, y en su consecuencia declarar que no procede la cancelación de la hipoteca constituida por don Juan Lleó en favor de don Alberto Lleó y Dubosch mientras no se acredite en la forma prevenida por las leyes, no sólo el consentimiento de este último, el cual consta de la escritura presentada, sino el de doña Francisca Morera o, en su defecto, testimonio de la sentencia ejecutoria que recaiga con su audiencia, ordenando la cancelación.—*Señor Presidente de la Audiencia de Barcelona.*

Resolución de 14 de septiembre de 1927:

Declara: Que dadas las diferencias esenciales entre la subhipoteca y la cesión del mismo derecho, mientras el acreedor subhipotecario no obtenga la adjudicación del crédito hipotecario, han de estimarse en el Registro como distintos los dos créditos asegurados con la hipoteca y la subhipoteca, cualquiera que sea su enlace.

Ilmo. Señor: En el recurso gubernativo interpuesto por don Raimundo Iglesias Nodal contra la negativa del Registrador de la Propiedad de Balaguer a cancelar una subhipoteca, pendiente en este Centro en virtud de apelación del recurrente;

Resultando que don Raimundo Iglesias Nodal, en representación de doña Dolores Escoda, presentó una instancia al Registrador de la Propiedad de Balaguer, en la que expuso, que por escritura pública autorizada por el Notario de Tudela, don Ramón Cosé, el 24 de enero de 1902, doña Dolores Vives y Ballcels constituyó hipoteca a favor de doña María Curia Taves, sobre cinco fincas situadas en el término de Almevar, en garantía de un préstamo de 40.000 pesetas que la había otorgado esta última señora; que la misma doña María Curia, en garantía de un préstamo de 45.000 pesetas que le había otorgado la Caja de Ahorros y el Monte de Lérida, subhipotecó a favor de esta entidad el crédito antes referido, y por otro préstamo que le había otorgado doña Dolores Escoda Givé, de 40.000 pesetas, la subhipotecó el propio crédito; que las cinco fincas hipotecadas fueron adjudicadas a la Caja de Ahorros y Montepío de Lérida, por débitos de contribución, y por este motivo, la hipoteca que había constituido doña Dolores Vives a favor de doña María Curia, y la subhipoteca que ésta a su vez había constituido a favor de dicha entidad, habían quedado extinguidas por confusión de derechos a favor de ella, a tenor de lo previsto en el artículo 1.192 del Código Civil y Resoluciones de este Centro de 31 de marzo de 1879, 6 de diciembre de 1897, 14 de diciembre de 1899 y otras varias, bastando para la cancelación de la hipoteca y de la subhipoteca en el caso de confusión de derechos, según la citada Resolución de 1879, la mera presentación en el Registro del documento en que así conste; que la expresada Caja de Ahorros había presentado ya la escritura de adjudicación de las referidas fincas, autorizada por el Notario de Balaguer, don José Falcón, en fecha 9 de enero de 1923; y que, por tanto, y por no interesar a doña Dolores Escoda, como segunda subhipotecaria, solicita que se haga constar en el Registro de la Propiedad la cancelación de la hipoteca de doña María Curia y la subhipoteca de la Caja de Ahorros sobre las cinco fincas mencionadas, en virtud de la confusión de derechos;

Resultando que el Registrador de la Propiedad de Balaguer calificó la anterior petición por medio de la siguiente nota: «No admitida la cancelación por confusión a que se refiere

el documento privado que antecede, por los siguientes defectos: falta de personalidad del instante, omisión de las diligencias de autenticidad y ratificación, omisión de las equivalencias al sistema métrico y por afectar a derechos independientes a las fincas por tratarse de subhipoteca que grava, no aquéllas, sino el derecho de hipoteca; y principalmente porque cancelando la subhipoteca a favor del Montepío que adquirió virtualidad real, no por posposición de otra subhipoteca preferente, que había agotado la capacidad económica del crédito hipotecario, que le sirve de garantía, se causaría perjuicio irreparable, dando vida hipotecaria a la subhipoteca pospuesta, de dudosa eficacia por el agotamiento indicado. Por último, por no concurrir razón jurídica que abone la pretensión del subhipotecario que en representación del Montepío preste su consentimiento expreso para la cancelación instada que le afectó directamente, con la concurrencia del documento público, y, en su defecto, si surge oposición, con las garantías de una ejecutoria recaída en el juicio ordinario correspondiente, y no siendo, al parecer, subsanables los últimos defectos relacionados, no procede tomar anotación preventiva».

Resultando que don Raimundo Iglesias Nodal, en representación de doña Dolores Escoda, recurrió gubernativamente contra la calificación anterior por los siguientes razonamientos: que es erróneo que el que recurre carezca de personalidad por la razón de que su mandante tiene una segunda subhipoteca que grava la hipoteca de doña María Curiá, según consta en los libros del Registro; que no comprende cuáles sean las diligencias de autenticidad, que si se refieren a las fincas hipotecadas, en el Registro consta tal autenticidad en virtud de la escritura de adjudicación presentada por el Montepío, así como la segunda subhipoteca a favor de doña Dolores Escoda, en las cuales consta la confusión que se invoca; que debe tenerse en cuenta, además, que no se solicita la cancelación en virtud de un título, sino por ministerio expreso de la Ley, nacida de la propia escritura de adjudicación presentada por el Montepío; que por lo que se refiere a la omisión de las equivalencias al sistema métrico, tampoco se comprende este defecto por la razón de que la no expresión de la equivalencia al sistema métrico decimal no lleva consigo por la Ley sanción que impida al Registrador la inscripción de la cancelación que proceda, además de que en el presente caso no se trata de inscribir un derecho, sino de cancelarlo; que en cuanto a tratarse de subhipoteca que grava, no las fincas, sino el derecho de hipoteca, nada dice en su concepto, porque si el acreedor de María Curiá (el Montepío de Lérida) tiene adquiridas las fincas que tenía gravadas aquélla, es evidente que la subhipoteca ha desaparecido, porque la referida entidad ha cobrado su crédito, caso comprendido con el número segundo del artículo 79 de la Ley Hipotecaria; que no se comprende de ningún modo que puedan sobrevenir perjuicios irreparables a un acreedor que, como el Montepío, tiene adquiridas las fincas de referencia, en las cuales gravita la hipoteca de doña María Curiá, subhipotecada a aquél por la razón de que el Montepío tiene cobrada la totalidad de su crédito, y con mucha más razón, según consta en la escritura de adjudicación, ésta se verificó deducidas cargas y resultando un sobrante de pesetas de 2.902,74; y que en cuanto al último extremo de la nota, le basta invocar el artículo 1.192 del Código Civil y las Resoluciones que se citan en el primer Resultando;

Resultando que el Registrador de la Propiedad alegó en defensa de su calificación: que el artículo 121 del Reglamento Hipotecario autoriza la interposición del recurso gubernativo a los «interesados»; que, concordante el aducido artículo con el sexto de la Ley, mantiene la doctrina referente a reconocer como «interesado» al que «adquiere», «transmite» y al que tiene «interés» en asegurarlo, que la señora Escoda no figura en las situaciones jurídicas de adquirente o transmisora, y su interés es en absoluto negativo, ya que lejos de propender al aseguramiento del derecho, pide su aniquilamiento o extinción, porque aspira a dar vida en forma automática con la muerte de la subhipoteca del Montepío, a la suya pospuesta, que, por tanto, son intereses contrarios los de la recurrente y el Monte, y conforme a la letra y espíritu del aducido artículo 121, no se le debe reco-

nocer personalidad para entablar el recurso gubernativo; que el aforismo jurídico «que nadie puede dar lo que no tiene» priva a la señora Escoda de personalidad para entablar el referido recurso, por denegación de su petición relativa a que se cancele por ministerio de la Ley una subhipoteca constituida a favor del Montepío de Lérida, siendo elemental que no puede transmitir dicha personalidad a un tercero, sin que pueda ostentarla en su nombre don Raimundo Iglesias Nodal, que con su mandato ha interpuesto este recurso; que en las normas hipotecarias que constituyen la genuina expresión de la técnica, prevalece el documento público, que de esta naturaleza es el que acompaña al señor Iglesias para acreditar su representación, pero hay que estimarlo deficiente, porque en los recursos gubernativos, por la gravedad del caso y la responsabilidad que entraña, este Centro, en Resolución de 6 de diciembre de 1879, exigió facultades especialmente conferidas al apoderado, y el poder que acompaña el recurrente mandatario está comprendido en las normas notariales de los autorizados para pleitos sin que se destaque la especialidad; que la petición de cancelación la solicitó el recurrente por documento privado, y al admitirlo, la técnica hipotecaria exige requisitos y formalidades para hacer ostensible su autenticidad sin que se haya intentado cumplirlos; que en cuanto a la expresada autenticidad, alega la regla sexta del artículo 98 de la Ley, el número segundo del artículo 180 de su Reglamento y las Resoluciones de 21 de mayo y 26 de julio de 1923 y 12 de noviembre de 1924, que, a tenor del artículo 126 del mismo Reglamento, en el recurso gubernativo se admite la excepción de falta de personalidad, como de especial pronunciamiento, con independencia del fondo del asunto; y que teniendo por interpuesta la excepción de falta de personalidad del recurrente, se le admitiera con todos los pronunciamientos pertinentes, o, en su defecto, que se acordara que el que informa emitiese dictamen sobre el fondo del asunto,

Resultando que en el expediente de este recurso obra un poder, otorgado el 12 de noviembre de 1925 por doña Dolores Escoda, ante el Notario de Lérida, don Manuel Corchón, a favor de los Procuradores don Raimundo Iglesias, don José Golcera y don José María Sammuy, en el que «da y confiere poder especial, pero tan amplio, cumplido y bastante cuanto en derecho se requiera... para que cada uno de ellos, separadamente, puedan en su nombre realizar lo siguiente: celebren actos de conciliación... comparezcan ante las Audiencias, Juzgados y demás Tribunales y Autoridades competentes en todos los negocios civiles, criminales, de voluntaria jurisdicción, contencioso-administrativos, expedientes gubernativos y demás en que tenga interés la otorgante, así demandando como defendiendo..., etc.».

Resultando que el Presidente de la Audiencia declaró que el recurrente don Raimundo Iglesias Nodal carecía de personalidad en la representación que ostenta para interponer el actual recurso por consideraciones análogas a las expuestas por el Registrador en su informe, agregando: que lo que se discute, más que una cuestión jurídica de fondo, o sea, si reunidos en una misma persona los conceptos de acreedor hipotecario y dueño de la finca hipotecada, debe o no desaparecer la hipoteca por confusión de derechos, es si cualquier persona que tenga noticia de semejante confusión, y en cualquier forma, puede pedir en el Registro la cancelación de la hipoteca; que aún en el supuesto de que el poder del recurrente fuera bastante y su escrito reuniera todos los requisitos legales, únicamente podría accederse a su petición en cuanto hubiera justificado en debida forma que su principal tenía personalidad y derecho para solicitar la cancelación denegada por encontrarse en alguno de los casos en que la Ley faculta semejante petición; y que vendidas las fincas hipotecadas con deducción de las cargas que sobre ellas pesaban, y admitido el pleno dominio por el primer acreedor hipotecario, se desvaneció el derecho que sobre las mismas pudiera tener el segundo hipotecario para hacer efectivo su crédito en los inmuebles hipotecados, y sólo tendrá derecho, en su caso, a cobrar el sobrante que resulte, una vez cubiertos los descubiertos de contribución y el importe del crédito del primer hipotecario;

Resultando que interpuesta apelación contra el auto presidencial por el recurrente, este Centro, en 22 de enero de 1927, declaró que don Raimundo Iglesias tiene personalidad para interponer el recurso, porque desde el instante en que su representada doña Dolores Escoda aparece como acreedora subhipotecaria de un crédito de 25.800 pesetas, se halla interesada en solicitar la extensión de asientos que puedan mejorar su rango hipotecario o puedan poner al Registro en consonancia con las relaciones jurídicas que a ella le afecten, y aunque en la instancia pide la cancelación de la hipoteca constituida a favor de doña María Curiá y del asiento de subhipoteca extendido a favor de la Caja de Ahorros aludida, mientras en el escrito de interposición de este recurso se refiere tan sólo a esta subhipoteca, debe ser oída aquella interesada en cuanto al fondo del asunto que la afecta directa e inmediatamente;

Resultando que pedido informe al Registrador para resolver sobre el fondo del recurso, lo evacuó en los siguientes términos: que en cuanto a la omisión de las diligencias de autenticidad y ratificación reproduce lo que expuso en su primer escrito; que la Ley de 8 de junio de 1892 y su Reglamento y las Resoluciones, entre otras, la de 28 de enero de 1909 y 11 de octubre de 1911, al declarar la primera, obligatorio el uso del sistema métrico decimal, se impuso a todos los actos de las dependencias del Estado y a la contratación pública y privada, prohibiendo usar una nomenclatura distinta y permitiendo que se consigne la equivalencia con las medidas usuales del país; que acaso el recurrente, por interpretación a contrario, invirtió los términos, expresando las medidas del país, con omisión de las equivalencias métricas; que le ha sorprendido la pretensión del recurrente relativa a la cancelación de la hipoteca constituida por la primitiva dueña de los inmuebles, doña Dolores Vives, a favor de doña María Curiá, pues no consta que jamás concurriera en esta última los caracteres de acreedora y dueña de los inmuebles, base en qué apoyar la cancelación de su hipoteca por confusión o ministerio de la Ley; que aunque es muy cierto que la señora Curiá, en disfrute y dominio del derecho real de la hipoteca, los subhipotecó dos veces, realizando el milagro jurídico de saltar la capacidad jurídica del crédito con un exceso de valor de 22 000 pesetas, no hay que confundir las subhipotecas con la cesión o enajenación de los créditos, de efectos jurídicos hipotecarios en absoluto contradictorios y distintos, ya que en los últimos la relación jurídica es la misma siempre y lo que cambia es el sujeto activo de la relación, y en las subhipotecas se crea una nueva relación jurídica, con un nuevo acreedor que asienta sus garantías sobre el derecho de hipoteca, pero conviviendo con el acreedor subhipotecante y manteniendo vivos e indisolubles los vínculos entre ambos acreedores, que teniendo en cuenta el número 8.º del artículo 107 de la Ley Hipotecaria, de acceder a la pretensión del recurrente automáticamente cancelada la hipoteca, habría que decretar la de las dos subhipotecas, que es evidente que para cancelar la hipoteca, como no puede verificarse por acto independiente a la voluntad de la acreedora doña María Curiá, es preciso su consentimiento, o de sus causahabientes o representantes legítimos, conforme previenen los artículos 82 y 83 de la Ley Hipotecaria y 184 de su Reglamento; que para el esclarecimiento sobre las diferencias entre la cesión y la subhipoteca, pueden admitirse las Resoluciones de 19 de junio de 1888, 5 de abril de 1892 y 8 de junio de 1899, que la adquisición de las fincas hipotecadas por el Montepío y Caja de Ahorros, a tenor de la letra C del artículo 95 de la Instrucción de apremios y conforme resulta de la inscripción, se verificó con deducción de cargas preferentes, lo que equivale a la afirmación de que al Montepío comprador se le adjudicaron, computándole en parte del precio, el importe o valor de su subhipoteca en las mentadas cinco fincas; que el procedimiento de apremio no avanza más si se exceptúan las ordenaciones del artículo 103, relacionadas con la extinción de la anotación tomada en el Registro de la Propiedad a favor de la Hacienda: que el Montepío redujo a dinero su subhipoteca de 22.000 pesetas, incluyéndole en el precio de las fincas adjudicadas, y la Justicia manda que de esas pesetas no sea despojado, que la letra y espíritu de las reformas hipotecarias de 1909 y 1915, en las que se infiltró

el espíritu del Derecho germano con una presunta iniciación de los principios que informan la hipoteca del propietario, deben mantenerle en su derecho; que confirman este aserto la regla 17 del artículo 131 de la Ley y la segunda del artículo 151 de su Reglamento; y si el procedimiento de apremio administrativo no descende a los detalles de la liquidación de cargas preferentes y su abono al legítimo dueño, como ocurre en el procedimiento judicial, los Tribunales ordinarios franquean las puertas a los perjudicados para hacer valer su derecho; que la misma naturaleza de la subhipoteca, en su vida jurídica vinculada a la hipoteca, no consiente una cancelación por confusión sin cumplir lo estatuido en la regla cuarta del artículo 151 del Reglamento, en lo que afecta al consentimiento del Montepío o, en su defecto, a la consignación de la cantidad asegurada para la subhipoteca si fuese igual o inferior a la garantizada por la hipoteca; que si doña Dolores Escoda consigna las 22.000 pesetas a que asciende la subhipoteca del Montepío, entonces el mismo Montepío facilitará la cancelación de su crédito hipotecario; que la copiosa jurisprudencia de este Centro de 7 de noviembre de 1906, 29 de octubre de 1912 y 19 de enero de 1914 confirman, entre otras muchas cosas, el reconocimiento del crédito a favor del acreedor cuando se la adjudica en pago del precio, y su consentimiento expreso para la cancelación, que la inscripción no convalida los actos o contratos nulos, según el artículo 33 de la Ley, y el 99 de la misma declara nula la cancelación cuando se verifica por fraude; y hay que estimar que si no se intentó con la segunda subhipoteca y su presentación en el Registro antes que la primera para posponerla después, hubo algo de incorrección, como entiende la parte recurrida, que no es muy correcto pedir la cancelación por confusión de la primera subhipoteca con fines de ocupar su puesto, ascendiendo en rango con daño de 22.000 pesetas a un Montepío, que además, la eficacia de la escritura de posposición, aunque inscrita y bajo la salvaguardia de los Tribunales, hay que estimarla impugnabile ante los mismos, por la razón jurídica hipotecaria «de que nadie da lo que no tiene», y si la señora doña María Curiá tenía un crédito de 25 800 pesetas, al disponer de 22.000 a favor del Montepío, debió reservar a su hija política las 3 800 pesetas que le restaban:

Resultando que el Presidente de la Audiencia revocó la nota del Registrador de la Propiedad de Balaguer, acordando, en su lugar, la inscripción de la cancelación de la subhipoteca solicitada por el recurrente, sin perjuicio de la suspensión de la misma si aquel funcionario estimase la existencia de algún defecto formal de naturaleza subsanable, que impida su inscripción hasta que sea subsanado, en virtud de consideraciones análogas a las expuestas por el recurrente en su escrito, agregando que no puede en manera alguna ser obstáculo a la indicada cancelación, solicitada por la representación de la segunda subhipotecaria, la consideración aducida por el señor Registrador en la nota denegatoria y en el escrito de impugnación al presente recurso de que en el caso actual no se trata de gravámenes constituidos sobre las fincas en cuestión, sino de una subhipoteca constituida sobre hipotecas que tenía a su favor la señora Curiá, porque en virtud de tal subhipoteca, el repetido Montepío se subrogó por lo que respecta a 22.500 pesetas, que garantizaba, en los mismos derechos que por cantidad mayor tenía sobre las cinco fincas de la subhipotecante, hasta el punto de poder hacer efectivas sobre ellas la indicada cantidad; y, por consiguiente, los preceptos legales aplicables al hipotecante son de aplicación al subhipotecario, que las faltas formales advertidas por el Registrador, o sea, la falta de las equivalencias en el sistema métrico y la omisión de las diligencias de autenticidad y ratificación, siendo defectos que no afectan al fondo del asunto, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 65 de la Ley Hipotecaria, tienen el concepto de subsanables, y, por tanto, sólo podrán dar lugar a la suspensión de la cancelación solicitada hasta que se subsanen, pero en manera alguna a la denegación absoluta acordada por el Registrador de la Propiedad de Balaguer:

Resultando que el Registrador de la Propiedad se alzó de la anterior resolución presidencial ante este Centro, insistiendo en las razones alegadas en su escrito ante-

rior, agregando: que es necesario esclarecer en definitiva el criterio acerca de la subrogación en la materia que es objeto del recurso, y que la parte recurrente reconoce que el principio de la subrogación, relacionado con el precepto del número octavo del artículo 107 de la Ley, facilita una norma de justicia que aplicar, a base de una cancelación parcial por 22.000 pesetas de la hipoteca constituida por la señora Ballcels a la señora Curiá, y automáticamente la cancelación de la subhipoteca del Montepío, quedando un residuo de 3.800 pesetas para la subhipoteca segunda, constituida a favor de la señora Escoda;

Vistos los artículos 1.192 del Código Civil, 82, 83 y 107 en su regla 8.ª de la Ley Hipotecaria y la Resolución de este Centro de 19 de junio de 1888,

Considerando que por haber interpuesto el Registrador solamente, y no el interesado, la apelación del auto presidencial, ha de reputarse éste firme en lo relativo a los defectos subsanables de falta de ratificación y no expresión de la medida de los inmuebles en el sistema métrico;

Considerando que entre la subhipoteca, derecho real en cuya virtud se sujeta un crédito hipotecario al cumplimiento de una obligación, y la cesión del mismo derecho, hay unas diferencias casi tan esenciales como las existentes entre la transferencia de la propiedad de una finca y el gravamen hipotecario que sobre la misma puede constituirse, de suerte que, si bien por vía ejecutiva el acreedor subhipotecario puede llegar a obtener la adjudicación del crédito hipotecario, mientras esto no suceda, es incorrecto hablar de la subrogación, y para el Registro han de estimarse distintos los dos créditos, respectivamente asegurados por la hipoteca y la subhipoteca, cualquiera que sea su enlace;

Considerando que para declarar extinguida una obligación por confusión de derechos, exige el artículo 1.192 del Código Civil que se reúnan en una misma persona los conceptos de acreedor y deudor, supuesto que no se da en el caso discutido, porque no se trata de una sola obligación, sino de dos independientes: la asumida por doña Dolores Vives Ballcels, respecto de doña María Curiá no puede practicarse sin que conste el consentimiento de la Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Lérida; y aun en la hipótesis de que la citada Caja de Ahorros se hubiera subrogado en la deuda real y personal de doña Dolores Vives y pudiera discutirse la procedencia de la *compensación*, existirían dos créditos y dos deudas entre las mismas personas, no una sola persona que fuera acreedora y deudora en la única relación obligatoria existente;

Considerando que la cancelación del crédito hipotecario inscrito a favor de doña María Curiá no puede practicarse sin que conste el consentimiento de la misma o providencia judicial, con arreglo al artículo 82 de la Ley, toda vez que dicha señora conserva las facultades dispositivas del derecho de hipoteca, sin ninguna limitación jurídica por los gravámenes posteriores, como el dueño de una finca hipoteca puede siempre enajenarla sin consentimiento de los acreedores y sin perjuicio del derecho de éstos;

Considerando que la cancelación total o parcial de la hipoteca constituida a favor de doña María Curiá llevaría consigo inmediatamente la pérdida o disminución de la garantía correspondiente a los acreedores subhipotecarios, resultado diametralmente opuesto al que se solicita,

Esta Dirección General ha acordado, con revocación del auto apelado, confirmar la nota del Registrador.

Lo que, con devolución del expediente original, comunico a V. I. para su conocimiento y efectos consiguientes. Dios guarde a V. I. muchos años.—Madrid, 14 de septiembre de 1927.—*El Director General*, Pío BALLESTEROS.—*Señor Presidente de la Audiencia de Barcelona*

Ver, asimismo, las Resoluciones de 19 de julio de 1888, 21 de agosto de 1895, 16 de diciembre de 1902, 14 de mayo de 1903, con criterios un tanto disímiles. Un apunte, en CHICO, *Estudios*, II, págs. 1367-1368.

La Ley puertorriqueña no es más generosa que la de España en cuanto a la regulación de la subhipoteca, por cuanto el artículo 136, circunstancia cuarta, se limita a repetir el contenido del artículo 175.4.º del Reglamento Hipotecario español, al disponer que «Las inscripciones de subhipoteca, constituidas sin haberse notificado al deudor de acuerdo con el artículo 193 (50) podrán cancelarse en virtud de la escritura en que conste la resolución del derecho del acreedor subhipotecante. En el caso en que se hubiere cumplido dicho requisito será necesario, además, el consentimiento del acreedor subhipotecario o la consignación en el Tribunal de la cantidad asegurada por la subhipoteca, si fuese igual o inferior a la garantizada por la hipoteca».

El artículo 158.5.º autoriza igualmente la hipoteca del «derecho de superficie o cualquiera otro semejante de naturaleza real». A diferencia del texto hipotecario anterior, el vigente ha eludido toda referencia a los derechos de pastos, aguas, leñas y otros semejantes, claramente por su *aparente* desaparición en la vida puertorriqueña. Pero también cabe considerar que, al menos con respecto a los bosques, como quiera que la tala de árboles requiere de permiso y autorización del Departamento de Recursos Naturales, si su régimen jurídico no se reorienta hacia el sistema de concesiones. Ciertamente, la autorización no es una concesión, pero sin ella no es dable la tala misma.

Respecto del derecho de superficie, la regulación del mismo prevista en el Código Civil es de simple alusión o referencia (art. 1.503, párrafo tercero), lo que puede explicar el *intento regulador* del vigente Reglamento Hipotecario, francamente equivocado, en buena medida por seguir los pasos de ROCA SASTRE en este tema. En efecto, ya debe advertirse con relación a la obra del maestro, su señalamiento de fijar como figuras propias las *servidumbres personales*, limitadas al usufructo, uso y habitación, no sólo por prescripción del artículo 467 del Código Civil; y, si bien es verdad que tal precepto no existe en el Derecho español, la coincidencia de conceptos está puesta de manifiesto en la misma E. de M. de la Ley Hipotecaria, que, asimismo, identifica la servidumbre personal con aquellas modalidades de derechos reales (51). En

(50) Artículo 193 de la Ley Hipotecaria: «La enajenación, cesión o subhipoteca del crédito hipotecario afectará a tercero desde su inscripción en el Registro. El deudor hipotecario no quedará obligado por dicho contrato a más de lo que estuviere por el suyo y siempre que haya sido notificado de acuerdo con el artículo siguiente. El cesionario se subrogará en todos los derechos del cedente».

(51) «Regla general es que el usufructuario no pueda enajenar ni la cosa de que no es dueño, ni el mismo derecho de usufructo, que como personalísimo, no es comunicable, ni transmisible, dependiendo, por tanto, la duración de la *servidumbre*, de la vida del usufructuario, o de otra limitación que se haya prefijado; pero puede enajenar los frutos que le han de corresponder mientras exista la *servidumbre*. Consecuencia de esto es que la hipoteca quede extinguida, concluido el usufructo por un hecho ajeno a la voluntad del usufructuario. Mas no debe parar perjuicio al acreedor hipotecario la conclusión de la hipoteca por actos que, o no se desprenden de la naturaleza de esta *servidumbre personal*,

segundo lugar, por incidir en la misma confusión que ROCA SASTRE, identificando lo indefinido con lo perpetuo, con olvido de lo dispuesto en el artículo 1.500, párrafo segundo del Código Civil, pues no debe olvidarse que la superficie se rige por las normas de la enfiteusis en caso de indefinición. Todo lo cual apunta a una incomprensión del instituto.

Históricamente en el Derecho español antecedente del de Puerto Rico, la superficie simplemente es aludida en la 74 Ley de Toro, sancionando el retracto del superficiario, a diferencia del silencio mantenido por las *Partidas* (acogidas al riguroso principio de accesión). La Novísima Recopilación (Ley 4, Título XXIII, Libro VII, recogiendo la Real Provisión de 20 de octubre de 1788 en sus arts. 5 y 6) extendió a todo el Reino una disposición dada originalmente para la Villa de Madrid, que autorizó la concesión de solares a censo reservativo. Por lo que tiene explicación la afirmación de GONZÁLEZ y MARTÍNEZ, que, ante tales situaciones, los autores considerasen la superficie como un derecho de enfiteusis, perteneciendo al superficiario el dominio útil. La Ley Hipotecaria de 1861 y la de 1893 en su artículo 107, párrafos primero y quinto, admitían la hipotecabilidad de tal derecho, precisamente por considerarse, para su época, como un censo enfiteútico, resaltándose en el artículo 44 del Reglamento entonces vigente el carácter de gravamen o restricción de la superficie. Publicado el Código Civil, e impuesto el principio de accesión, se explica la mera alusión que hace el artículo 1.503, al decir de GONZÁLEZ y MARTÍNEZ por la incompatibilidad entre accesión y superficie. Pero, como se ha dicho en otro lugar (52), dentro del Código Civil son dables diversas situaciones en que aparece el derecho de superficie en distintas hipótesis de construcción, sea en suelo propio con materiales ajenos, sea en suelo ajeno con materiales propios; aparte que los artículos 297, 298 y 299 del Código Civil remiten la accesión a simple facultad, luego no es orden público, siendo perfectamente posible la convención particular generadora de las distintas hipótesis de superficie. Que la accesión se vea favorecida como presunción legislativa, no excluye aquel carácter potestativo, por lo que la superficie tiene, dentro del Código Civil, un amplio campo como derecho con características propias, como derecho diverso del dominio del suelo. La Ley Hipotecaria vigente mantiene en su artículo 158.5.º la hipotecabilidad del derecho de superficie como diverso de la fórmula general del artículo 38, primero, de dicho texto, y como instituto distinto del «edificio construido en suelo ajeno», asimismo hipotecable (art. 158, 13.º de la Ley Hipotecaria), en cuya fórmula amplia cabe la propia superficie, si bien dicha

o de un pacto ajeno a su constitución, porque de otro modo quedaría al arbitrio del usufructuario la suerte del derecho del acreedor» (E. de M., Ley Hipotecaria de 1861; énfasis añadido).

(52) *Tratado*, VIII

expresión, aunque recoge el texto del artículo 107 de la Ley de 1893, también sustenta la peregrina idea sentada en *BERROCAL v. Tribunal*, 1954, 76 DPR 38 (Decisión que, entre tantos preceptos, infringe directamente el art. 1.547, párrafo segundo del Código Civil).

El problema que se plantea con la superficie es que, omitida en el Código Civil su detallada regulación, aludida en la Ley Hipotecaria, ha sido el Reglamento el encargado de fijar su régimen jurídico. Que el Reglamento Hipotecario sigue los pasos del Derecho español es evidente; pero a los autores del Reglamento puertorriqueño se les *ha olvidado* que la norma española desarrolla su Ley del Suelo, inexistente en Puerto Rico; de manera tal que lo pertinente en el Reglamento español puede devenir, y de hecho deviene ilegítimo en el puertorriqueño. En efecto, dispone el artículo 39.1 del Reglamento Hipotecario:

«El derecho de superficie podrá constituirse mediante la inscripción del título en que se conceda, sobre el vuelo o bajo el suelo de cualquier finca inmatriculada, sea esta parcela de terreno o edificación. El derecho sobre la edificación en suelo ajeno podrá ser perpetuo o a término. Si nada se dice en el contrato se entenderá concedido a perpetuidad...»

Obsérvese que, de entrada, la redacción parece remitir a una inscripción constitutiva la existencia de la superficie, cuando un Reglamento no tiene jerarquía para imponerse sobre el Código Civil, que reconoce la existencia de tal derecho con total indiferencia al Registro de la Propiedad, debiendo estimarse dicha inscripción como meramente declarativa. Además, no es necesario que la finca esté incorporada al Registro, por lo que cabe la superficie en finca no inmatriculada. Seguidamente, el precepto parece que *se arrepiente* de la escisión entre superficie y construcción en suelo ajeno que sanciona el artículo 158 en sus apartados 5.º y 13.º Aparte, confunde lo indefinido con lo perpetuo (ciertamente, reiterando la idea del art. 1.500 del Código Civil, precepto que en su redacción original había que tomar en relación respecto de algunos Derechos forales, cuales gallego y catalán y la legislación especial sobre redención, españoles), pero con olvido de la exclusiva aplicación a la superficie del párrafo segundo de dicho artículo.

Seguidamente, tampoco el Reglamento Hipotecario es norma que pueda determinar el régimen de constitución de un derecho real, materia sustantiva que corresponde a norma de Derecho material.

Ciertamente, no es aquí el lugar para enjuiciar la regulación que se ha hecho en otro trabajo (53), pero sí dejar constancia de la insuficiencia y equívocos normativos, que hacen prácticamente inútil la hipotecabilidad, y no

(53) *Ibidem*

porque no fuese, desde el punto de vista práctico, suculento negocio la constitución de dicha hipoteca, sino porque el régimen de reversión o extinción hace que carezca de interés constituir superficie, pues lo que alienta a ella ha sido trastocado por el legislador en sentido opuesto.

El Reglamento diferencia dos situaciones diversas de superficie, la constituida a título gratuito y la creada a título oneroso. Ciertamente, el artículo 39.1 pretende unos requisitos comunes, pero previniendo unos efectos diversos.

La comunidad de requisitos va referida en las circunstancias 1.^a a 6.^a de dicho artículo:

«Deberá constar en escritura pública, además del consentimiento del propietario, del terreno, el de cualquier arrendatario, usufructuario, u ostentador del dominio útil sobre la finca, según aparezca del Registro». La exigencia, indudablemente, pone de manifiesto que no sabe el legislador de qué está hablando, por cuanto no tienen por qué guardar relación alguna el usufructo, menos aún el arrendamiento, con la superficie, aparte de ser un absurdo equiparar tales situaciones a otras de ostentar el *dominio útil*, siendo imperitante la exigencia de tal concurso de consentimientos, que convierte a un mero acreedor en titular de facultades dispositivas, o al titular de un derecho real limitado en dueño de las mismas.

Las circunstancias 2.^a a 5.^a, referentes a datos del asiento, no requieren comentario aquí, pero sí lo necesita la circunstancia 6.^a («En todo caso en que se conceda el derecho de superficie sobre terreno se precisará el área y lugar donde se efectuará la obra nueva»), porque parece manifestar que el Reglamento Hipotecario, como la jurisprudencia, se limita a ver el terreno, pero no *la finca*, concibiéndose una especie de *superficie parcial*, negándose la circunstancia 4.^a («Una vez terminada la obra se hará constar como finca nueva...»), y, claramente, que no se sabe qué es la superficie lo reconoce la circunstancia 5.^a («...expresarán los contratantes todos los acuerdos respecto al *uso y disfrute*...») (énfasis añadido).

En suma, ante una contradictoria e ignorante regulación material de la superficie, claro es concluir que su hipotecabilidad pasa al mundo de los sueños.

El artículo 158.6.º pretende la hipotecabilidad del derecho de arrendamiento inscrito. MUÑOZ MORALES (54) cita la Resolución de 21 de marzo de 1892, traída de BARRACHINA, calificando el arrendamiento inscrito como derecho real, en criterio asimismo recogido en FABIÁN & Co. v. *Registrador*, 1915, 22 DPR 801 (ponente, ¡tenía que serlo!, el Juez Wolf), y, luego, BECERRIL v. *Post*, 1915, 22 DPR 732, como fundamento de que la inscripción

(54) *Op cit.*, II, pág. 33

cambia el carácter del arrendamiento, convirtiéndole en un derecho real y, por ello, hipotecable. No he hallado la Resolución citada, pero sí es conocida la de 12 de marzo de 1902 (55), invocada por VALLET para configurar el arrendamiento, algunos arrendamientos inscritos como derecho real. En verdad, resulta fuerte estimar que un sistema de *inscripción declarativa* alcance carácter constitutivo, pues ello significaría convertir el arriendo en derecho real por mor de la inscripción; aunque, siempre y en todo caso, esté presente el artículo 1.450 del Código Civil, *a sensu contrario*, que imposibilita al arrendatario para poder disponer del objeto arrendado. Sensatamente escribe MUÑOZ MORALES que «...si consideramos el arrendamiento inscrito bajo el punto de vista del arrendador, éste puede ceder a un tercero su derecho a obrar los cánones de arrendamiento de la finca hipotecada; pero esta cesión es un contrato de carácter personal... Considerando el arrendamiento bajo el punto de vista del arrendatario éste no sólo puede subarrendar... sino que también puede hacer una completa cesión... En este caso cabría preguntar si equiparándose el arrendamiento al derecho de usufructo, podría el arrendatario hipotecar este derecho...» (56). Siendo la equiparación imposible, pues el usufructo es siempre un derecho real y el arrendamiento es siempre derecho personal, la pretendida hipotecabilidad se convierte simplemente en una cesión, como acredita el propio artículo 158.6.º, cuando determina como único efecto de la hipoteca del arrendamiento precisamente el prohibido a la hipoteca: el comiso. Y conviene no olvidar el peculiar objeto contemplado en aquella Resolución, así como en la de 15 de junio de 1929, que podrían explicar, pero no justificar, el sentido de dichas Resoluciones (57).

(55) Ver *Tratado*, XXI.

(56) *Op. cit.* II, *passim*, págs. 33-34.

(57) Cfr. VÁZQUEZ BOTE, *Tratado*, VIII y XV. Cfr. artículo 1.758 del Código Civil Resolución de 15 de junio de 1929:

Ilmo. Señor: En el recurso gubernativo interpuesto por el Notario de Santander, don Ignacio Alonso Linares, contra la negativa del Registrador de la Propiedad de Torrelavega a inscribir una escritura de constitución de hipoteca, pendiente en este Centro en virtud de apelación del recurrente,

Resultando que en la escritura pública otorgada en Santander el 26 de febrero de 1928 por don Fernando González Pinto y don Pedro López Martínez, expusieron que el primero llevaba en arrendamiento, por término de diez años, contados desde el 19 de enero de 1928, una finca urbana, constituida por un trozo de terreno, sita en término de Campuzano, Ayuntamiento de Torrelavega, de 17 áreas, 52 centiáreas, existiendo dentro del mismo un edificio construido a expensas de doña Josefa Blanco, destinado a fábrica de jabón, y junto a este edificio existen otros construidos por el arrendatario señor González Pinto, destinados a dependencias de dicha fábrica, que el expresado contrato de arrendamiento se formalizó por doña Josefa Blanco, como propietaria, ante el Notario de Torrelavega, don Adolfo Carrasco, el 19 de enero de 1928; que con garantía del derecho real que como arrendatario corresponde al señor González Pinto sobre el terreno y pabellón primitivo de que se ha hecho mérito, más con la que ofrecen los edificios contiguos a tal pabellón y las máquinas y utensilios de toda especie que se destinan a la industria del

jabón y obtención de aceites vegetales, solicitó de don Pedro López Martínez la concesión de un crédito de 100.000 pesetas, que le abrió durante tres años; que el cuentacorrentista, utilizando el crédito, podrá exigir del señor López Martínez el envío de las mercancías objeto de su negocio en Bilbao, puestas sobre vagón en la estación de origen; que para garantizar el reintegro de las 100.000 pesetas, cantidad máxima que el señor López Martínez se obliga a facilitar en mercancías al concesionario, señor González Pinto, constituye éste a favor de aquél hipoteca sobre las edificaciones de su propiedad y sobre el terreno y pabellón que lleva en arrendamiento, entendiéndose sujeto al gravamen hipotecario, a más del terreno y edificaciones dichas, la maquinaria, utensilios e instrumentos que se encuentran en los respectivos pabellones y útiles necesarios para la fabricación del jabón y obtención de aceites vegetales, que la hipoteca asegurará también 10.000 pesetas, en que se presuponen las costas y gastos que pueden originarse de la realización forzosa del crédito; y que el señor López Martínez podría utilizar el procedimiento regulado por los artículos 129 y siguientes de la Ley Hipotecaria;

Resultando que presentado el anterior documento en el Registro de la Propiedad de Torrelavega, fue denegada su inscripción por el Registrador, y a fin de subsanar los defectos consignados por el mismo, se otorgó nueva escritura por los mismos otorgantes de la reseñada anteriormente, el 25 de julio de 1928, ante el mismo Notario de Santander, don Ignacio Alonso, en la que se hace una referencia a la escritura de 26 de febrero en lo que respecta al crédito abierto por el señor López Martínez a favor del señor González Pinto, a su garantía hipotecaria, descripción de la finca, edificios, máquinas, etc., haciéndose constar además que, para satisfacer exigencias del principio de especialidad invocado por el Registrador en su nota calificadora, doña Josefa Blanco Herrero y don Fernando González Pinto otorgaron en 31 de mayo y 23 de junio otras adicionales de la de arrendamiento de 19 de enero de 1928: que, a consecuencia de estas escrituras y de una segregación al efecto practicada, tienen existencia independiente en los libros del Registro dos fincas: a) Una consistente en un trozo de terreno, sito en término de Campuzano, Ayuntamiento de Torrelavega, de 518 metros cuadrados; que dentro de su perímetro, y con autorización de doña Josefa Blanco, ha construido el señor González Pinto varios edificios, todos unidos y comunicados entre sí, destinados a la industria del jabón, existiendo dentro de esos edificios instaladas y funcionando máquinas y artefactos que se enumeran y detallan. b) Que la otra finca consiste en un trozo de terreno en el término de Campuzano, Ayuntamiento de Torrelavega, de 12 áreas, 34 centiáreas; que dentro de esta finca existe un pabellón a tejavana, propio de doña Josefa Blanco, por haberlo construido a sus expensas, de 304 metros cuadrados, dentro del cual existen instalaciones de máquinas y artefactos que se enumeran y que son de la propiedad de señor González Pinto; que la existencia en el Registro de dos fincas obliga a distribuir las responsabilidades de la cuenta de crédito ya referida, en armonía con lo dispuesto en el artículo 189 del Reglamento Hipotecario; que para ratificar en lo fundamental el enunciado contrato, los señores González Pinto y López Martínez formalizaron la presente escritura, declarando: a) Que los derechos que al señor González Pinto corresponden sobre los muebles e inmuebles a que se hace referencia en el antecedente letra a) y b), garantizan el cumplimiento de las obligaciones que le incumben como concesionario de la cuenta de crédito de 26 de febrero de 1928; b) Que ratifican la hipoteca constituida en la escritura de esa fecha, estimando susceptibles de tal gravamen, así el derecho de arrendamiento sobre la totalidad del terreno y pabellón a tejavana levantado por doña Josefa Blanco, como el de propiedad de los construidos por el señor González Pinto en la finca letra a) y sobre las máquinas e instrumentos instalados en los diversos pabellones para industria de jabón y obtención de aceites vegetales, c) Que el acreedor hipotecario, don Pedro López Martínez, al formalizar y suscribir la escritura de cuenta de crédito de 26 de febrero de 1928, conocía en todos sus detalles y particularidades el contrato de arrendamiento de 19 de enero de 1928, y juzgó como suficiente garantía el derecho real del señor González Pinto

como arrendatario de la superficie total de la primitiva finca y pabellón antiguo edificado por la arrendadora doña Josefa Blanco, y el de propietario condicional de los otros pabellones levantados por el señor González Pinto, dueño a su vez, y sin condición, de las máquinas e instrumentos, por estimar tales derechos enajenables e hipotecables, de conformidad a lo declarado en la Resolución de 12 de marzo de 1902 y en los artículos 107 y 109 de la Ley Hipotecaria: que las responsabilidades principal, costas y gastos que la hipoteca garantiza se distribuyen del modo siguiente: el derecho de arrendamiento sobre el suelo o terreno de la finca de la letra *a*) garantiza 2.000 pesetas, de principal, y 200, para costas y gastos, la edificación existente en la misma finca letra *a*) y la maquinaria instalada en tales pabellones responderán de pesetas 23.000, de principal, y de 2 300 para costas y gastos; el derecho de arrendamiento sobre el suelo y vuelo de la finca letra *b*) y la maquinaria instalada en el pabellón propio del hipotecante (?) garantizan 75.000 pesetas de capital y 7.500 pesetas para costas y gastos;

Resultando que el Registrador de la Propiedad de Torrelavega puso en el documento anterior la siguiente nota: «No admitida la inscripción en cuanto a los derechos sobre la finca *b*, por englobarse la responsabilidad entre la parte inmueble y la mueble que integran la garantía hipotecaria, siendo así que una y otra pertenecen a distintos propietarios»;

Resultando que el Notario autorizante de la escritura calificada interpuso recurso gubernativo, a fin de que aquélla se declarase extendida con arreglo a las formalidades legales, por las siguientes razones. que defiende la hipotecabilidad conjunta del derecho de arrendamiento sobre el suelo y vuelo de la finca letra *b*) y del de propiedad sobre la maquinaria de la misma colocada; que el artículo 334, número 5, del Código Civil, al asignar la cualidad de inmuebles a los bienes que expresa, claramente determina que no son inmuebles por sí mismos, sino en cuanto constituyen accesorios de la finca donde prestan servicio; que el artículo 110 de la Ley Hipotecaria, sin exigir expresamente la cualidad del propietario de la finca, faculta al deudor hipotecante para que sujete a tal gravamen los objetos muebles colocados de modo permanente para el servicio de alguna industria; que existe la inseparabilidad de la finca y maquinaria, no sólo en el aspecto físico, sino en el jurídico registral, puesto que tal maquinaria se ha descrito como elemento propio del inmueble y como parte integrante de él se menciona en el asiento del Registro; que fundamenta el derecho de que se trata las prerrogativas que la inscripción de su derecho como arrendatario concede al hipotecante don Fernando González, en orden a la estabilidad y permanencia del inmueble, y estas prerrogativas compensan sobradamente la de propietario que una exégesis extremada pudiera señalar como requisito, según el artículo 110 de la Ley Hipotecaria; que desintegrada la maquinaria de la finca, y no pudiendo ser considerada como accesorio de ella, habría que negar su hipotecabilidad a los artefactos y utensilios colocados permanentemente en el pabellón que forma parte del inmueble, contrariando el espíritu que informa la reforma hecha en el artículo 110 de la Ley Hipotecaria de 1909, y haciendo a los industriales y fabricantes de peor condición que a los labradores y ganaderos, en beneficio de los cuales se creó la hipoteca sobre prenda agrícola; que es manifiesta la tendencia que se observa en la doctrina de la jurisprudencia, de ensanchar cada vez más el campo de acción de la hipoteca y favorecer el desarrollo del crédito territorial en favor de aquéllos que sin ser propietarios de cosa inmueble en sentido estricto, gozan en otros inmovilizados, por su destino, de cuantas facultades integran el dominio y que no es necesario el consentimiento de la propietaria del suelo y vuelo para que la hipoteca pudiera en esta parte considerarse válidamente constituida, ya que no es la propiedad, sino el derecho arrendaticio lo que se afecta al cumplimiento de las obligaciones contraídas por el señor González Pinto,

Resultando que el Registrador de la Propiedad alegó en defensa de su calificación: que el eje del párrafo quinto del artículo 334 del Código Civil lo constituye el hecho de que sea el propietario de la finca quien coloque y utilice los artefactos que se mencionan; que de no concurrir esa circunstancia, no pueden considerarse bienes inmuebles por incorpo-

ración los que la naturaleza hizo muebles; que el artículo 11 de la Ley Hipotecaria no define cuáles sean los bienes muebles o inmuebles, pues tanto dicho artículo como toda la Ley se remite a la definición que de los mismos hace el artículo citado del Código Civil; y cuando expresa que no podrán hipotecarse con pacto expreso los objetos muebles colocados permanentemente en la finca hipotecada, se refiere tácitamente, como siempre, a dicho Código, y no deroga ni puede derogar el referido precepto legal; que siendo hipotecable el derecho de arrendamiento, como a su vez admisible la extensión de la hipoteca a los objetos muebles colocados en la finca por su propietario, es inscribible la hipoteca sobre la finca *a)* cuyos pabellones pertenecen al hipotecante, mas no sobre la finca *b)* propia íntegramente de tercera persona;

Resultando que el Presidente de la Audiencia confirmó la nota del Registrador de la Propiedad de Torrelavega, puesta en la escritura adicional de 25 de julio de 1928, por consideraciones análogas a las expuestas por dicho funcionario en su informe;

Resultando que el Notario recurrente se alzó de la anterior resolución presidencial ante este Centro por las siguientes consideraciones: que el problema a resolver no estriba en que deban estimarse muebles o inmuebles los instrumentos, máquinas y útiles, sino en la posibilidad o imposibilidad de que a esos objetos deba extenderse la hipoteca constituida sobre el derecho real que don Fernando González tiene sobre el suelo y vuelo de las fincas; que el artículo 110 de la Ley, al considerar hipotecables esos objetos, porque así lo convengan los otorgantes de la escritura, no altera la naturaleza de los bienes, puesto que muebles eran antes del contrato y muebles continúan siendo después, aunque la acción hipotecaria pueda ejercitarse contra ellos, y su valor en venta reintegrar al acreedor en lo que le adeuda; que no otra cosa significa la referencia que a ese artículo hace el cuarto de la propia Ley, que se invoca en uno de los considerandos del auto notificado; que esto aparte, en el punto concreto que se debate, no resulta tan clara la naturaleza mueble de las máquinas y artefactos propios del hipotecante y colocados por él en las fincas; que la inscripción del derecho arrendatario sitúa al disfrutador de los inmuebles en condiciones tales de legalidad y seguridad, que iguala, a veces aventaja, al propietario, y si el arrendamiento tiene un período de duración mayor que el asignado al contrato que asegura, es firme y no precaria la garantía, y tal le pareció al acreedor don Pedro López Martínez, que la aceptó como buena; que por lo demás, es forzoso insistir sobre la contradicción que refleja la nota del señor Registrador declarando inscribible la hipoteca sobre una de las fincas y denegándola en cuanto a la otra, siendo una misma la situación jurídica de los inmuebles; que el hecho de que en la finca *a)* los pabellones sean propios de don Fernando, y en la finca *b)* pertenezca el existente a la arrendadora doña Josefa Blanco, no justifica el criterio diferencial de la calificación, porque uno y otros pabellones, no son más que eso, «tejavanas» o «cobertizos» perfectamente desmontables, que sirven de protección o defensa de las máquinas y artefactos; que el terreno sobre el que se levantan es ajeno, y en ese terreno están colocados de una manera permanente, no suspendidos de la techumbre de los pabellones ni sujetos a sus paredes; que si el derecho real del arrendamiento que don Fernando González tiene sobre la total superficie de la finca *a)* permitió extender la hipoteca a los artefactos colocados en el terreno correspondiente a las tejavanas o cobertizos construidos por dicho señor, es incuestionable la procedencia de la extensión de la hipoteca a las máquinas enclavadas en el pabellón existente en la finca *b)* y propio de la arrendadora, porque del terreno y de la tejavana es arrendatario el hipotecante, y tal derecho aparece inscrito;

Vistos los artículos 138, número décimo del 334, 1.857 y 1.873 del Código Civil; 110 y siguientes de la Ley Hipotecaria; 138 del Reglamento para su ejecución y la Resolución de este Centro directivo de 24 de abril de 1913;

Considerando que en este recurso únicamente debe discutirse el problema relativo a la inscripción de los derechos del acreedor hipotecario sobre la finca *b)*, denegada por englobarse la responsabilidad entre la parte inmueble y la mueble que integran la garantía

hipotecaria, siendo así que una y otra pertenecen, según nota del Registrador, a distintos propietarios;

Considerando que, a tenor del número 10 del artículo 334 del Código Civil, son bienes inmuebles las concesiones administrativas de obras públicas y servidumbres y demás derechos reales sobre bienes inmuebles, por lo que ha de reconocerse que un arrendamiento inscribible, cuyas analogías con el usufructo temporal son patentes, y cuyos efectos a favor y en contra de terceras personas se hallan bajo la garantía del Registro de la Propiedad, funciona en la mayoría de los supuestos como verdadero derecho real, concepto que unido a la equiparación que se establece corrientemente entre propiedad de bienes inmuebles y titularidad de derechos reales sobre bienes raíces, permite atribuir al titular de una finca sujeta a reserva o fideicomiso, al enfiteuta, al usufructuario y también al arrendatario, derechos que aparecen concedidos con frase poco precisa al propietario de una finca;

Considerando que los objetos muebles incorporados a las fincas por actos o manifestaciones de los titulares de un derecho real, con la aquiescencia del dueño, pueden entrar en la categoría de partes integrantes de aquéllas, si no pudieran separarse de las mismas sin quebrantamiento de la materia o deterioro del objeto, por estar unidos al inmueble de una manera fija, o pueden adquirir la categoría de accesorios de la industria o explotación que se realice en un edificio o heredad al amparo de un derecho real, como las máquinas, vasos, instrumentos o utensilios que directamente concurren a satisfacer las necesidades de la explotación misma;

Considerando que la cuestión que se plantea al definir el alcance de los artículos 110 y siguientes de la Ley Hipotecaria sobre extensión de la hipoteca a las acciones, mejoras, indemnizaciones, muebles, frutas y rentas, no puede decidirse en el sentido de que tales preceptos solamente se aplican a la hipoteca constituida por el propietario absoluto, y nunca a los reservistas, enfiteutas, fiduciarios, usufructuarios y arrendatarios, porque con tal doctrina quedarían deficientemente reglamentadas la mayor parte de las hipotecas constituidas sobre derechos reales enajenables, a pesar de que en estos casos cabe aplicar la doctrina general sobre extensión de la responsabilidad hipotecaria con los matices y restricciones impuestos por cada figura jurídica;

Considerando que si la Ley se refiere en estos preceptos al propietario de los bienes hipotecados, y no al titular de los derechos reales objeto de la hipoteca, por ser la hipoteca constituida sobre el dominio, el caso más frecuente, y por las complejidades que los demás supuestos presentan, resultaría tan absurdo circunscribir a dicha hipótesis los artículos citados, como asegurar que la hipoteca de un derecho real no es posible en nuestro sistema, por exigir el artículo 1.857 del Código Civil, en su número segundo, como requisito esencial, que la cosa pertenezca en propiedad al que la hipoteca, o porque el artículo 138 de la Ley Hipotecaria aluda al dueño de los bienes sobre que se constituyan las hipotecas voluntarias;

Considerando que, una vez admitida la posibilidad de que el titular de un derecho real autorizado para elevar edificios o realizar otra clase de construcciones, pueda unirlos a la finca inscrita como partes integrantes, o introducir en ella, con el carácter de accesorios de su industria, las cosas que directamente concurren a satisfacer las necesidades de ésta, surge la posibilidad de extender a los mismos la hipoteca, con sujeción a los preceptos del artículo 110 y, en su consecuencia, es lícito que, por pacto expreso, queden sujetos a las responsabilidades hipotecarias la caldera, bomba, depósitos, motores, prensas, etc., a que se refiere el documento calificado;

Considerando que los objetos incorporados a un derecho real, o mejor dicho, a la finca, en cuanto sujeta a un derecho real dejan de hallarse sometidos en su transmisión, gravamen y embargo a las disposiciones dictadas para las cosas muebles, y se reputan adheridos al derecho inscrito para aumentar la garantía hipotecaria, de modo que el acreedor que estimase deteriorado o disminuido el valor del derecho hipotecario por los

Así, dispone el citado párrafo 6.º del artículo 158 que es hipotecable «el derecho de arrendamiento inscrito, a menos que esté impedido el arrendatario de ceder o subarrendar, pero quedando sujeta la hipoteca que se constituya sobre el mismo a la resolución del arrendamiento por causas ajenas a la voluntad del arrendatario. Si la resolución fuese por causas atribuibles a la voluntad del arrendatario, el titular de la hipoteca podrá subrogarse en el

actos realizados en contravención de lo pactado, puede ejercitar la acción que le concede el artículo 188 del Reglamento para la ejecución de la Ley Hipotecaria;

Considerando que las particularidades impuestas por la legislación, y en especial por el artículo 1573 del Código Civil a la doctrina de la extensión de la hipoteca, cuando ésta se constituye sobre un derecho real de arrendamiento, son análogas a las fijadas para el supuesto de las mejoras útiles o de recreo hechas por el usufructuario, y no pueden inducir a error al acreedor hipotecario que conoce hasta dónde llega su derecho y han de llegar, en general, las facultades del mejor postor o del adjudicatario, en el caso de enajenarse el derecho hipotecario para hacer efectivo el crédito;

Considerando que al admitirse la incorporación y unión de los pabellones, máquinas y utensilios necesarios para la explotación de una industria al derecho real, que constituye su base jurídica, se evitan las extrañas configuraciones denominadas «construcciones muebles», con que en otras legislaciones se ha tratado de solventar el problema, y se atiende a los precedentes de nuestro derecho, concediendo al industrial arrendatario una enérgica protección contra las personas que por medio de embargos trabados sobre talleres o aparatos tendieran a imposibilitarle para el ejercicio de una actividad lícita y productiva.

Considerando que con el anterior criterio se favorece y legitima la formal constitución de las entidades industriales, y se da a conocer con la claridad que las sobrias inscripciones del Registro consienten a las terceras personas interesadas, cuáles son los accesorios que corresponden al propietario, como tal y cuáles los muebles y valores que van unidos a un derecho real, y sobre los que pesa la responsabilidad hipotecaria constituida por el titular, evitando el peligro de que quien contrata con el dueño lo haga en vista de edificaciones, incorporaciones o adscripciones que arraigan o que dan sobre la finca, pero que no figuran en el inventario de los bienes y facultades atribuidos al mismo dueño;

Considerando que igualmente se atajan de ese modo las ventas formalizadas en documento público, pero consumadas tan sólo por medio de una tradición ficticia, que parecen llevadas a cabo, más para ganar un privilegio en el probable concurso, que para notificar a los terceros la transferencia de la industria o comercio, y se prosigue la evolución iniciada por la Comisión de Códigos en orden a los arrendamientos por largo plazo o inscribibles en el Registro de la Propiedad;

Considerando que si se circunscribe la presente resolución a la letra de la nota calificadora, tampoco cabe mantener el alcance de ésta, porque los objetos adscritos a un derecho real, o pierden su carácter mueble por tal incorporación, o continúan sujetos a la legislación mobiliaria, y en ninguno de los dos supuestos sería lógica la exigencia del Registrador, pues si se reputan cosas incorporadas o unidas a un derecho real inmobiliario, siguen el destino de lo principal, sin que sea lícito hipotecarlas por separado, y si, por el contrario, se estima que continúan independientes de aquél, no pueden ser hipotecadas como bienes inmuebles,

Esta Dirección General ha acordado revocar el auto apelado y declarar que la escritura calificada se halla extendida con arreglo a las formalidades y prescripciones legales.

Lo que, con devolución del expediente original, comunico a V. I. para su conocimiento y demás efectos. Dios guarde a V. I. muchos años.—Madrid, 15 de junio de 1929.—*El Director General, Pío BALLESTEROS.—Señor Presidente de la Audiencia de Burgos.*

lugar y grado del mismo en calidad de cesionario, bien por convenio entre los interesados o por decisión de un Tribunal competente, quien podrá así acordarlo como medida provisional de cautela o en forma definitiva, dentro de los términos del contrato inscrito y en todo caso determinando el Tribunal las alteraciones o modificaciones en la deuda original de acuerdo con la equidad del caso».

El apartado séptimo del artículo 158 autoriza la hipoteca de «las concesiones administrativas de minas, ferrocarriles, canales, puentes y otras obras destinadas al servicio público, y los edificios y terrenos que, no estando directa o exclusivamente destinados al referido servicio, pertenezcan al dominio particular, si bien se hallan agregados a aquellas obras, quedando pendiente la hipoteca, en el primer caso, de la resolución del derecho del concesionario».

El precepto copia literalmente el artículo 107.6.º de la Ley española, rectificando, así, la expresión previa del artículo 107.6.º de la Ley de 1893, que aludía a la hipoteca de «los ferrocarriles, puentes y otras obras», expresión aquella que supone una sensible mejora, por cuanto el objeto de la hipoteca que se autoriza no lo es el elemento objetivo, sino la *concesión administrativa* (derecho real inmobiliario). Claramente, la alusión a edificios y terrenos que no forman parte de la concesión quedan sujetos al régimen general de hipotecabilidad, debiendo, pues, deslindarse de la concesión misma; consiguiéndose, en el momento de producirse la reversión al Estado, dichos inmuebles de propiedad privada no siguen la trayectoria de la concesión, a cuyo efecto es menester tomar en consideración lo dispuesto en el artículo 104.3 del Reglamento Hipotecario, conforme con el cual «cuando las fincas, terrenos o edificios que estuvieren inscritos a favor del concesionario e incorporados a la obra pública para su servicio o explotación fueren declarados sobrantes, por ser innecesarios para estos fines, podrá consignarse esta circunstancia en el Registro y se describan aquéllos con arreglo al artículo 87 y concordantes de la Ley y se autorice la libre disposición de los mismos. Esta circunstancia se hará constar por nota al margen de las respectivas inscripciones. Si dichas fincas, terrenos, parcelas o edificios no estuviesen inmatriculados se inscribirán conforme al Título XII de la Ley. En las notas e inscripciones expresadas se harán constar las reservas que el título de adquisición contuviere a favor de anteriores titulares o de terceros interesados como titulares de servidumbres que hayan de quedar vigentes».

El artículo 158.8.º autoriza la hipoteca de bienes vendidos con pacto de retro.

La compraventa con pacto de retro, conocida en el Derecho romano como *pactum de retrovendo* y que el Derecho histórico calificó como *compraventa con carta de gracia*, ha sido subsumida en el Código Civil dentro de la regulación que dicho cuerpo legal otorga al retracto convencional, concebido

como cláusula añadida al normal contrato de compraventa, por cuya virtud el vendedor se reserva el derecho de recuperar la cosa vendida, normalmente cuando la misma se pretende ser cedida a un tercero por título de venta, subrogándose entonces aquel primer vendedor en la posición jurídica de este último comprador.

La figura ha suscitado buena polémica entre los autores. Sin faltar defensores del mismo —que hacen descansar sus argumentos en la libertad contractual—, abundan más los críticos, alegándose un conjunto de razones nunca lejanas a la realidad de las cosas:

a) Se ha dicho que el pacto es inmoral, por ser el expediente a que se suele recurrir para ocultar préstamos usurarios. La veracidad del aserto tiene, además, respaldo legal, y, así, determina el artículo 1.410 del Código Civil que «toda venta de propiedad inmueble con pacto de retroventa se presumirá que constituye un contrato de préstamo por el montante del precio, con garantía hipotecaria de la finca vendida en cualquiera de los casos siguientes:

1.º Cuando el comprador no hubiere entrado en posesión material de la cosa vendida.

2.º Cuando el vendedor pague interés al comprador por el precio de la venta, aunque se denomine canon de arrendamiento o se le dé otro nombre cualquiera.

3.º Cuando se hiciere figurar en el contrato, como precio de enajenación, una cantidad enteramente inadecuada», precisión ésta última que no parece nublar el deseo, como quedó de manifiesto en GALLARDO v. PETITÓN, Ref. C.A. 92-13, al prevenirse un precio de retro en exceso del 38 por 100 del consignado como de venta. El precepto, como ha destacado VÉLEZ TORRES, se aprobó con un muy concreto fin local: «...los campesinos puertorriqueños, dueños de pequeñas parcelas de terreno de las cuales extraen el sustento de ellos y de sus familias, necesitaron un día, el financiamiento que les permitiera dedicar sus terrenos a siembras que ellos consideraron productivas. Pero como su título de propiedad nunca ganó acceso al Registro de la Propiedad, sino que siempre se desenvolvió a espaldas de éste, cuando quisieron dar sus tierras en garantía de los préstamos que necesitaban con suma urgencia, no pudieron hacerlo por la circunstancia de que la garantía que representaba la hipoteca sobre el inmueble no podía nacer como derecho real porque no se podía inscribir. Entonces los prestamistas, muchos de ellos interesados en el título de propiedad de los terrenos envueltos en cada transacción, acudían a sus abogados y, éstos, siempre hábiles en esto de extraer soluciones de la normativa vigente, echaron mano a la figura del retracto convencional... Con esta práctica, que se generalizó en toda la isla, nuestros campesinos pusieron en manos de los prestamistas de los pueblos, muchos de ellos inescrupulosos, el futuro económico y el de su familia. Años después, empezó a

manifestarse la mano insensible y egoísta del Shylock tropical» (58). Para poner remedio al tema se aprobó la adición del precepto al Código Civil (59).

El precepto plantea, sin embargo, un serio problema técnico jurídico, ya que difícilmente puede estimarse préstamo con garantía hipotecaria un título que no tiene acceso al Registro de la Propiedad, en un sistema de inscripción constitutiva de la hipoteca, sujeta a rigurosa prioridad o rango, y se plantea el tema de si se trata de una hipoteca legal y tácita, como fórmula de conversión legal.

b) Económicamente, se rechaza por dificultar el tráfico jurídico, obstaculizando en la agricultura el buen cultivo de las fincas, dado que el comprador sometido a riesgo de retro, se preocupa más por obtener el máximo beneficio en menor tiempo, que en cuidar el inmueble por previsión a largo plazo, fomentando el agotamiento del suelo.

c) Jurídicamente, se objeta la complejidad de la construcción de la figura, fuente constante de litigios.

Dispone el artículo 158.8.º que son hipotecables «los bienes vendidos con pacto de retro, si el comprador o su causahabiente limita la hipoteca a la cantidad que deba recibir en caso de disolverse la venta, dándose conocimiento del contrato al vendedor, a fin de que si se retrajeran los bienes antes de cancelarse la hipoteca, no devuelva el precio sin consentimiento del acreedor, a no mediar para ello disposición judicial». Como hipótesis en que el comprador adquiere un dominio sujeto a potencial resolución, queda perfectamente diferenciado en la Ley Hipotecaria del derecho de retracto que aquel pacto otorga al vendedor, que es objeto de consideración en el apartado 9.º de dicho artículo 158. Indudablemente, se ha seguido aquí el pensamiento de ROCA SASTRE, y no porque los problemas que la regulación ofrece no hubieran sido planteados oportunamente (60). La Ley de 1893, en su apartado 9.º

(58) VÉLEZ TORRES, J. R., *Curso*, IV-2, págs. 213-214.

(59) Ver RODRÍGUEZ V. RIVERA, 1950, 71 DPR 290; GALLARDO V. PETITÓN, CA 92-13, y el breve comentario de VÁZQUEZ BOTE, «Análisis del término 1992-1993 del Tribunal Supremo», Sección de Derecho civil patrimonial, en *Rev Jur. UPR*, 1994, vol 63-2, pág. 268.

(60) «Sostienen los antiguos tratadistas (GALINDO y ESCOSURA) que este derecho de retracto es un derecho personal, con arreglo a la Ley 42, Título V, Parte V, y que este carácter no ha variado por las posteriores disposiciones del Código Civil y de la Ley Hipotecaria, fijándose además en que este artículo de la Ley supone que lo que hipoteca el vendedor no es el derecho a redimir sino la misma finca en su exceso de valor. Pero otros tratadistas modernos (MORELL, BARRACHINA, ARAGONÉS, LEZÓN), sostienen francamente que se trata de un derecho real.

Sin embargo, tanto GALINDO como BARRACHINA coinciden en que lo que es hipotecable y se hipoteca no es el derecho de retraer, sino la misma finca vendida en lo que exceda del precio recibido del comprador, y por otra parte la Resolución de la Dirección General de los Registros de España, de 1 de marzo de 1893, distingue entre el derecho de retraer

admitía la hipoteca de «los bienes vendidos con pacto de retroventa, o a carta de gracia, si el comprador o su causahabiente limita la hipoteca a la cantidad que deba recibir en caso de resolverse la venta, dándose conocimiento del contrato al vendedor, a fin de que si se retrajeran los bienes antes de cancelarse la hipoteca, no devuelva el precio sin conocimiento del acreedor, a no preceder para ello precepto judicial, o si el vendedor o su causahabiente hipoteca lo que valgan los bienes más de lo que deba percibir el comprador si se resolviese la venta; pero en este caso el acreedor no podrá repetir contra

y el mayor valor de los bienes vendidos suponiendo hipotecable *no aquel derecho* sino el *mayor valor*. A este propósito, observan los tratadistas BERAUD y LEZÓN que *no resulta muy hipotecario regular hipotecas de cantidad*. Efectivamente si la hipoteca del vendedor con derecho a retraer se entiende constituida sobre el mayor valor de la finca vendida y si ese mayor valor no resulta ni aparece determinado en la inscripción, tendremos entonces una hipoteca *indeterminada* en cuanto a su objeto, a no ser que se entienda como determinación el importe mismo de la hipoteca. De todos modos resulta algo anómala esta forma de hipoteca.

Y esta anomalía resulta porque siendo este derecho a retraer una condición suspensiva para el vendedor retrayente, éste se ha desprendido del dominio de los bienes que el comprador inscribe a su nombre; y por tanto, si constituye hipoteca sobre parte del valor de esos bienes está hipotecando una cosa que en el momento no le pertenece; una cosa que es ajena y que no puede gravar, aunque tenga la posibilidad de readquirirla cuando devuelva el precio, en cuyo caso será necesario el otorgamiento de una escritura de retroventa en virtud de la cual se verifique nuevamente la inscripción a su favor; y así será aplicable el número 2 del artículo 1.756 del Código Civil y la prohibición contenida en el número 5 del artículo 108 confirmada en el artículo 126 de la misma Ley.

Sin embargo, el tratadista cubano, señor MARTÍNEZ ESCOBAR, en opinión que su distinguido colega, señor DORTA DUQUE, estima muy discutible, sostiene que el vendedor con pacto de retro tiene un derecho expectante sobre los bienes vendidos subordinado al cumplimiento de la condición y, por consiguiente, considera hipotecable ese derecho real.

En la nueva Ley Hipotecaria española del año 1909 han sido suprimidos el citado número 5 del artículo 108 y el artículo 126 que hoy subsisten en la nuestra de 1893, a que nos estamos refiriendo, y explicando los motivos de esas supresiones el comentarista MORELL se detiene en un extenso y razonado comentario de cuya lectura no puede prescindirse (*ob. cit.*, tomo 3, págs. 677-784).

Llegado el momento de ejecutar esa hipoteca constituida por el vendedor con derecho de retracto, el acreedor hipotecario C no persigue ese *derecho real* de retracto que tiene su deudor A, sino que ha de acudir al comprador B, pagándole el precio de la venta para obtener así la retroventa a favor de A, y una vez verificada esta retroventa y su inscripción consiguiente, entonces persigue la finca retrovendida. Conviene aquí notar el comentario de los señores GALINDO y ESCOBURA señalando las dificultades de esta situación, y sosteniendo que al mandar la Ley que el acreedor no pueda repetir contra los bienes hipotecados sin retraerlos previamente en nombre del deudor, presupone que no puede salir de éste el derecho de retracto (GALINDO, tomo IV, págs. 81 y 82).

Sin embargo, y estando vigente aquí el mismo precepto legal a que se refiere GALINDO, la jurisprudencia de Puerto Rico en el caso de ROSADO v. *Reg.* 19 DPR 72 se refiere a una transferencia del derecho de retraer que constaba en el Registro» (MUÑOZ MORALES, *Leciones*, II, págs. 40-42. A veces no comprende uno por qué el legislador tiene la costumbre de mirar lejos de su país para enterarse de los problemas jurídicos y de sus posibles soluciones que, al menos con el fin elemental informativo, las tiene en propia casa. *Cosas veredes*

los bienes hipotecados sin retraerlos previamente en nombre del deudor en el tiempo en que éste tenga derecho y anticipando la cantidad que para ello fuere necesario». Precepto que, al decir de ROCA SASTRE, no ofrecía una clara perspectiva que hoy es compartida en general. Y, así, CHICO, siguiendo a MORELL y TERRY y a PUIG BRUTAU (61) distingue la fase de constitución de la hipoteca y sus limitaciones.

Respecto de la constitución, destaca que el objeto de la hipoteca es el bien inmueble (en ese dominio desdoblado, en que el comprador es titular bajo condición resolutoria y el vendedor es titular del retracto convencional, hipotecable vía circunstancia 9.^a), respecto del cual el comprador es propietario con plenas facultades para hipotecar, pero sujeto a las previsiones de los artículos 1.396 y 1.398 del Código Civil, así como al 1.407 de dicho cuerpo legal, constituyéndose efectivamente hipoteca sobre aquél, pero la suma que dicha hipoteca garantiza queda limitada a una igual a la que deba recibir para el caso de resolución de la venta. No se trata, ciertamente, que la hipoteca no pueda constituirse por una suma mayor, sino que, en tal caso, la hipoteca no asegura tal suma en exceso sino en el caso de que el vendedor no ejercite el retracto, pasando entonces la finca totalmente consolidado el dominio al adquirente o sus causahabientes. De ahí la calificación de *deplorable* que ROCA SASTRE atribuye a la redacción del precepto, al darse la impresión de que aquella cantidad ha de ser límite de la suma asegurada formalmente, cuando no es así. La necesidad de dar conocimiento del contrato al vendedor implica para éste no devolver al comprador el precio determinado, salvo disposición judicial en contrario; es claro, si el crédito hipotecario está todavía efectivo, sin acuerdo entre acreedor e hipotecante será menester la consignación judicial, en correspondencia con lo previsto en el artículo 161, párrafo segundo de la Ley Hipotecaria (62).

Ejercitado el retracto, como quiera que las cosas vuelven al estado original, el vendedor recibe la finca libre de hipoteca, razón por la cual ha de hacerse entrega de la suma prevista al acreedor hipotecario, siendo de apli-

(61) CHICO, *Estudios*, II, pág. 1376; MORELL, *Comentarios*, III; PUIG BRUTAU, *Fundamentos*, III-3.º. Ver, asimismo, ROCA SASTRE, *loc cit.*, IV, págs. 224-226.

(62) Artículo 161.2.º, Ley Hipotecaria:

«Conforme a lo dispuesto en el artículo anterior, se entenderán hipotecados conjuntamente con la finca, aunque no se mencionen en el contrato, siempre que corresponda al propietario:

1.º (...).

2.º Las indemnizaciones concedidas o debidas al propietario de los inmuebles hipotecados, bien por el aseguramiento de éstos siempre que haya tenido lugar el siniestro después de constituida la hipoteca, o bien por expropiación forzosa. Si cualquiera de estas indemnizaciones debiera hacerse efectiva antes del vencimiento de la obligación asegurada y quien haya de satisfacerla hubiere sido notificado previamente de la existencia de la hipoteca, se depositará su importe en la forma que convengan los interesados o, a falta de tal convenio, en la que disponga el Tribunal».

cación lo dispuesto en el artículo 136.6.º de la Ley Hipotecaria, a cuyo tenor, «Las inscripciones de venta de bienes sujetos a condiciones rescisorias o resolutorias podrán cancelarse, si resulta inscrita la causa de la rescisión, resolución o nulidad, presentando el documento que acredite haberse rescindido, resuelto o anulado la venta, y que se ha consignado en el Tribunal Superior donde radican los bienes, el valor de los bienes o el importe de los plazos que, con las deducciones que en su caso procedan, haya de ser devuelto. Si sobre los bienes sujetos a condiciones resolutorias se hubiesen constituido derechos reales, también deberán cancelarse las inscripciones de éstos con el mismo documento, siempre que se acredite la referida consignación» (63).

Determina el artículo 158.9.º, la hipotecabilidad del derecho de retracto convencional, que, como quedó apuntado, mantiene el vendedor como derecho real propio, inmobiliario, inscribible y, por todo ello, perfectamente hipotecable. A tal efecto, dispone el citado precepto ser hipotecable «el derecho de retracto convencional, si bien el acreedor hipotecario no podrá repetir contra los bienes afectados sin retraerlos previamente en nombre del deudor en el tiempo en que éste tenga derecho y anticipando la cantidad que para ello fuere necesario, ampliando la hipoteca en las sumas anticipadas por el acreedor, que devengarán intereses al tipo máximo contractual que la Ley permita. Si el vendedor ejerce el derecho de retracto, la misma hipoteca recaerá directamente sobre los bienes retraídos».

Como el vendedor con pacto de retro se reserva el derecho de resolver la venta recuperando la cosa vendida, no siendo un derecho personalísimo puede hacerle objeto de tráfico jurídico. Al respecto, resalta ROCA SASTRE que en la legislación anterior (recuérdese el art. 107.9.º de la Ley de 1893) la idea era que la hipoteca recaía sobre «lo que valgan los bienes», criterio al que respondía el dicho de BERAUD y de LEZÓN de no ser muy hipotecario regular hipotecas de cantidad, que podría incluso ser indeterminada afectándose el principio de especialidad. Error del legislador que ROCA SASTRE remite al entendido de ser la finca el objeto de la hipoteca en lugar del propio derecho de retracto; criterio que no parece muy exacto ante la lectura del artículo 158.9.º, que reclama en el acreedor hipotecario, en trámites de ejecución de su crédito, que ejercite previamente el retracto, actuando, así y luego, sobre la finca. ROCA SASTRE ha criticado duramente este sistema, escribiendo que, siendo el retracto enajenable «no se comprende por qué no se permite su enajenación directa por vía de ejecución hipotecaria. En vez de esta forma sencilla, la Ley exige que el acreedor, en *nombre* del deudor, ejercite previamente el retracto en el *tiempo* que aquél tenga derecho a hacerlo y anticipando para ello la *cantidad* que sea necesaria. El acreedor hipote-

(63) Ver artículo 128.7 del Reglamento Hipotecario.

cario deberá, pues, empezar por anticipar la cantidad necesaria para el retracto, lo cual constituye un obstáculo, sobre todo cuando el mayor valor de la finca no alcance a cubrir el importe de su crédito. Una vez efectuado el retracto deberá proceder ejecutivamente contra la finca» (64).

CHICO parece sustentar un criterio algo matizado, al resaltar el inconveniente del retracto, derivado de su plazo de duración (cuatro años y en todo caso no más de diez: art. 1.397 del Código Civil), cuya extinción supone la de la propia hipoteca que sobre él gravita. «El efecto sustancial a que hace referencia la Ley Hipotecaria en el artículo que comentamos no es el de la extinción de la hipoteca, sino el de la facultad que el vendedor pueda tener de ejercitar dicho retracto, ya que si lo ejercita “no sólo subsistirá, sino que ésta recaerá directamente sobre los bienes retraídos”. Como vemos en este caso la Ley parece estar dando a entender que lo que verdaderamente se hipoteca es el *derecho de retracto* y al ser ejercitado y desaparecer por su ejercicio el objeto de la hipoteca cambia y se altera *subrogándose* la cosa vendida o los bienes retraídos en lugar del derecho de retracto» (65).

La circunstancia de que la Ley sancione al titular del retracto con la suma de intereses al máximo parece alentar al vendedor para actuar su derecho, facilitando, así, al acreedor hipotecario el ejercicio de su auténtico derecho de hipoteca. Pero, a la hora de la verdad, ni facilita la posición de este acreedor hipotecario ni, desde luego, ha de lograr excitar el celo del vendedor, destacadamente si el mismo no se halla en situación de cómoda solvencia (que podría explicar el no ejercicio de su derecho, aparte la hipoteca del mismo). Realmente esta sanción, que tanto abunda en la legislación especial, parece responder a un insulso impulso de capitalismo financiero en que y con el que el legislador se lava las manos, evitando pensar soluciones más aiosas.

El artículo 158.10.º declara hipotecables «los bienes litigiosos, si la demanda original del pleito se ha anotado preventivamente, o si se hace constar en la inscripción que el acreedor tenía conocimiento del litigio, pero en cualquiera de los dos casos la hipoteca quedará pendiente de la resolución del pleito».

Planteadas las cuestiones de titularidad respecto de bienes inscritos, ínterin no recaiga sentencia al respecto, es claro que el dueño es quien aparece como tal en el Registro, pudiendo, en consecuencia, ejercer todas sus facultades, entre ellas la de hipotecar, si bien quedando sujeta la hipoteca a la efectividad de la demanda interpuesta. Pero, como efecto del principio de publicidad, se reclama la constatación registral del hecho de la demanda mediante anotación preventiva; o, como efecto de principio de buena fe (arts. 363 y 1.850 del

(64) ROCA SASTRE, *loc. cit.*, IV, págs. 230-231.

(65) CHICO, *Estudios*, II, pág. 1350.

Código Civil), que el acreedor hipotecante haya tenido conocimiento del hecho del pleito.

El apartado 11.º del artículo 158 autoriza la hipoteca de bienes «sujetos a condiciones resolutorias que consten expresamente en el Registro, quedando extinguida la hipoteca al resolverse el derecho de hipoteca».

El precepto se complementa con el artículo 136, circunstancia 6.ª, conforme con el cual, «Las inscripciones de venta de bienes sujetos a condiciones rescisorias o resolutorias podrán cancelarse, si resulta inscrita la causa de la rescisión, resolución o nulidad, presentando el documento que acredite haberse rescindido, resuelto o anulado la venta, y que se ha consignado en el Tribunal Superior donde radiquen los bienes, el valor de los bienes o el importe de los plazos que, con las deducciones que en su caso procedan, haya de ser devuelto. Si sobre los bienes sujetos a condiciones rescisorias o resolutorias se hubiesen constituido derechos reales, también deberán cancelarse las inscripciones de éstos con el mismo documento, siempre que se acredite la referida consignación».

El precepto continúa la tendencia del artículo 109 de la Ley de 1893, que significó un cambio radical respecto de la Ley de 1861, española, que limitaba la hipoteca a los frutos de bienes sujetos a aquellas condiciones, salvo que hubiere expreso consentimiento del beneficiado por las condiciones mismas (66).

Ambos preceptos no son sino manifestación del contenido de los artículos 108 y 109 de la Ley, manifestando el alcance de las acciones rescisorias y resolutorias inscritas, que afectan al tercero, y siendo éste el acreedor hipotecario, el efecto rescisorio o resolutorio provoca la extinción de la hipoteca misma, u otros derechos reales posteriores. Y, conforme con lo dispuesto en el artículo 96 de la Ley, «el cumplimiento de las condiciones suspensivas o resolutorias de los actos o contratos inscritos, se hará constar en el Registro, bien por medio de una nota marginal, si se consuma la adquisición del derecho, bien por una nueva inscripción a favor de quien corresponda, si la resolución llega a verificarse» (67).

La norma —ha escrito PUIG BRUTAU— podría encabezar el precepto del artículo 158, «pues muchas de las hipótesis previstas lo son de bienes o derechos pendientes de condiciones resolutorias» (68).

Es el efecto propio de cualquier condición resolutoria: quien adquiere bajo dicha espada de Damocles, convertido el álea en hecho cierto, provoca la retroacción inmediata y, por consiguiente, la extinción de la hipoteca cons-

(66) Ver MUÑOZ MORALES, *Lecciones*, II, pág. 59, ROCA SASTRE, *loc. cit.*, IV, pág. 176.

(67) Ver artículos 99.6 y 103.1 del Reglamento Hipotecario.

(68) PUIG BRUTAU, *Fundamentos*, III-3.º, pág. 111

tuitida bajo aquel acondicionamiento de modo tal que el acreedor hipotecario pasaría a serlo común.

Entre los autores es unánime la opinión de que, concebida en amplísimos términos la noción de revocabilidad y acondicionamiento, la hipótesis contemplada se extiende a una variedad muy generosa de alternativas (resolución del usufructo, reversión de donaciones, revocación de las mismas, supervenencia de hijos en el donatario, obligaciones recíprocas por incumplimiento, pacto de comiso en ventas a plazos, retro, sustitución fideicomisaria *sub conditione*, bienes reservables incluso) (69).

Pero el tema de interés en este punto es si puede extenderse la hipotecabilidad a bienes adquiridos bajo condición suspensiva, ya que, en tanto en cuanto el evento futuro e incierto se manifieste como álea, es claro que no hay adquisición, por lo que, admitirse la hipotecabilidad por el futuro adquiriente en firme significaría hipotecar bienes ajenos. La preocupación doctrinal tiene incluso apoyo en la Resolución de 17 de marzo de 1966 (70). CHICO se

(69) Cfr. ROCA SASTRE, *ibidem*, pág. 176; CHICO, *Estudios*, II, págs. 1382-1383; PUIG BRUTAU, *Fundamentos*, III-3.º, págs. 112-113.

(70) Resolución de 17 de marzo de 1966:

Excmo. Señor: En el recurso gubernativo interpuesto por el Procurador don Antonio Cot Mossegui, en representación de doña Cecilia Giraud Daudé, contra la negativa del Registrador de la Propiedad, número 6, de Barcelona, a inscribir una hipoteca legal, pendiente en este Centro en virtud de apelación del Registrador;

Resultando que don Ricardo Ramos Cordero ordenó en su testamento un prelegado de las casas números 16 y 17 de la plaza de Lesseps, de Barcelona, en favor de su hija doña María Ramos Dalmé, condicionado a que «si la legataria falleciese sin dejar descendencia, las casas que le prelega pasarán a sus otros hijos Roberto y Manolita y a su nieto Ricardo Ramos Cendoya, por iguales partes, y si en aquel entonces alguno hubiere fallecido, su parte pasará a sus hijos por derecho de representación»; que a consecuencia de la sentencia del Tribunal Metropolitano de Tarragona en la que se declaró la separación de los cónyuges don Ricardo Ramos Cendoya y doña Cecilia Giraud Daudé, el Juzgado de Primera Instancia, número 12, de Barcelona, en trámites de ejecución de la misma, ordenó, en Sentencia de 2 de marzo de 1962, que se constituyera hipoteca legal suficiente sobre los derechos que el marido ostentaba como fideicomisario en la tercera parte de las casas números 16 y 17 de la plaza de Lesseps, que estarían afectados desde el día 25 de mayo de 1961, para responder del pago de la pensión alimenticia mensual de 11.000 pesetas a que fue condenado por Sentencia de 15 de enero de 1955; y que pedida al Juzgado por la demandante, doña Cecilia Giraud Daudé, la constitución de la referida hipoteca legal, así fue acordado, expidiéndose por duplicado el oportuno mandamiento;

Resultando que presentado en el Registro el citado documento, fue calificado con la siguiente nota: «Suspendida la inscripción de la precedente sentencia, en cuanto en ella se acuerda la constitución de hipoteca legal sobre los derechos que don Ricardo Ramos ostenta como fideicomisario de la tercera parte de las fincas relacionadas, por el defecto de no estar determinados matemáticamente tales derechos, ni estar adquiridos en la actualidad, ni, por tanto, constar inscritos en el Registro a nombre del hipotecante, no pudiéndose cumplir con lo taxativamente ordenado en el artículo 20, párrafo 1.º, de la Ley Hipotecaria, ni conocerse hoy la extensión del derecho que se pretende hipotecar»;

Resultando que el Procurador que representaba a doña Cecilia Giraud Daudé interpuso recurso gubernativo contra la anterior calificación, y alegó que don Ricardo Ramos

Cendoya, con posterioridad a la sentencia de separación conyugal, procedió a realizar todos sus bienes y luego dejó de satisfacer la pensión alimenticia a cuyo pago había sido condenado, haciendo imposible con tal maniobra toda reclamación por vía de apremio; que el citado señor Ramos ostentaba como fideicomisario el derecho a una tercera parte de las fincas números 16 y 17 de la plaza de Lesseps, de Barcelona, para el caso de que su actual propietaria, doña María Ramos Dalmé, falleciera sin descendencia, que en evitación de que el deudor de los alimentos, don Ricardo Ramos Cendoya, pudiera enajenar tales derechos, como ya hizo con cuantos bienes poseía, era obligado adoptar las correspondientes medidas cautelares, por lo que se pidió la constitución de la hipoteca legal objeto de este recurso; que ordenado por el Juzgado tal constitución, la negativa del Registrador es infundada, puesto que don Ricardo Ramos Cendoya ostenta como fideicomisario derechos sobre las fincas aludidas que, de acuerdo con el artículo 197 de la vigente Compilación del Derecho Catalán, por la que debe regularse aquélla en virtud de la regionalidad del causante, puede el beneficiario enajenarlos, gravarlos, renunciarlos o designarlos para su embargo, aunque tales actos queden sin efecto si no se defiende el fideicomiso, y por otra parte, a tenor del párrafo 2.º del artículo 186 de la propia Compilación del Derecho Catalán, los actos de disposición y gravamen que pudiera realizar la fiduciaria sobre los bienes fideicomitidos, están supeditados a la efectividad de la institución, todo ello teniendo en cuenta que el fideicomisario adquiere su derecho a la sucesión desde el momento de la muerte del testador (arts. 784 del Código Civil y párrafo 2.º del 162 de la Compilación de Derecho catalán), en consecuencia, de acuerdo con lo establecido en el artículo 106.2.º de la Ley Hipotecaria, los derechos que don Ricardo Ramos Cendoya ostenta sobre los bienes fideicomitidos, en virtud de sus facultades de enajenación y gravamen, son susceptibles de hipoteca; que por lo dicho no cabe afirmar que don Ricardo Ramos Cendoya no tiene en la actualidad adquiridos derechos en los bienes sobre los que se acordó constituir la hipoteca, que figuran inscritos en el Registro, en el que también consta su condición de fideicomisario; que tampoco se puede decir que no se han determinado matemáticamente los citados derechos, puesto que se refieren a una tercera parte de las fincas aludidas, que, a mayor abundamiento, el señor Ramos Cendoya puede enajenar, gravar, renunciar y designar sus derechos como fideicomisario, y, por otra parte, los actos de gravamen y disposición que realice la fiduciaria quedan supeditados a la efectividad de la sustitución ordenada por el causante, y que como fundamentos de derecho señalaba los artículos 784 del Código Civil, 162, párrafo 2.º; 186, párrafo 2.º, y 197, párrafo último de la Compilación de Derecho catalán, 106 de la Ley Hipotecaria y 84 del Reglamento para su ejecución.

Resultando que el Registrador informó, que la calificación del documento suspendido se apoya en tres puntos a) la indeterminación matemática de los derechos sobre los cuales se constituye la hipoteca; b) el que estos derechos no están adquiridos en la actualidad por el hipotecante, y c) que lo que debe ser objeto de la hipoteca no está inscrito en el Registro; que el artículo 54 del Reglamento Hipotecario dispone que las inscripciones de partes indivisas de una finca o derecho precisarán con datos matemáticos la porción ideal de cada condueño; que para poder hipotecar unos derechos es necesario que previamente figuren inscritos a nombre del hipotecante, y en el presente caso, el señor Ramos no ha adquirido todavía, en virtud de la sustitución, ningún derecho sobre las fincas hipotecadas, ni siquiera se sabe si llegará a adquirirlo; que la sustitución condicional no implica la existencia de un derecho real; que entre los bienes hipotecables enumerados por los artículos 106 y 107 de la Ley Hipotecaria no figuran los sujetos a condición suspensiva; que el artículo 108 de la primitiva Ley Hipotecaria enumeraba los bienes que no se podían hipotecar, entre los cuales incluía los derechos reales sobre cosas que aun cuando se deban poseer en el futuro, no están aún inscritos a favor del que tenga tal derecho; que la Ley actual guarda silencio sobre este punto, y un ilustre tratadista entiende que la prohibición ha desaparecido, si bien la jurisprudencia la mantiene en dos

resoluciones (de 28 de agosto de 1911 y 6 de abril de 1912), en que no admite la hipoteca constituida por reservatarios, criterio que el citado comentarista atribuye a la gran inseguridad que en la reserva existe, por la exigencia de que el reservatario sobreviva al reservista: que la inscripción previa en favor del que transmite un derecho real es necesaria para la transmisión o gravamen se inscriban (art. 20 de la Ley Hipotecaria), y en el caso del presente recurso las fincas objeto del mismo no están inscritas en favor del señor Ramos, sino que en los correspondientes asientos sólo aparece mencionado el derecho que en el futuro tendrá si se cumple determinada condición referente al titular inscrito en la actualidad; y que la alegación por el recurrente del artículo 197 de la Compilación del Derecho catalán no es procedente, puesto que la hipoteca se constituye por su inscripción en el Registro;

Resultando que el Juez que intervino en el procedimiento informó: que puesto que don Ricardo Ramos Cendoya ostenta en virtud de fideicomiso el derecho a la tercera parte de cada una de las fincas que lo integran, es claro que está determinada matemáticamente la cuantía del mismo; que aunque estima no inscribibles hasta su consolidación los derechos de los reservatarios, el supuesto de los fideicomisos condicionales es distinto, puesto que su extensión no se puede modificar, y por añadidura, el artículo 197 de la Compilación del Derecho catalán permite su enajenación y gravamen; y que, por consiguiente, el derecho de don Ricardo Ramos Cendoya es hipotecable e inscribible la hipoteca en el Registro de la Propiedad, conforme al número 2.º del artículo 106 de la Ley Hipotecaria y 84 de su Reglamento;

Resultando que el Presidente de la Audiencia revocó la nota del Registrador por razones análogas a las expuestas por el recurrente y Juez que intervino en el procedimiento,

Resultando que el Registrador de la Propiedad se alzó de la decisión presidencial, y a lo dicho en su informe agregó que la finca objeto del recurso está inscrita como admite el auto presidencial, en favor de la fiduciaria, persona distinta del fideicomisario, y si forzando el argumento se considera inscripción previa en favor del hipotecante la transcripción en el Registro de la cláusula testamentaria del abuelo del mismo, es un error, pues en todas las inscripciones que se practican en el Registro consta un acta de inscripción que califica el derecho y además lo atribuye a una persona determinada, que es lo que da valor al asiento registral, extremos que no se dan en el presente caso, que el derecho del hipotecante es incierto, y actualmente indeterminado en cuanto a su extensión, sin que sea más que una expectativa, puesto que si premuere a la actual titular de las fincas fideicomitadas, no adquiriría nada, y si al fallecimiento de la fiduciaria falta alguno de los fideicomisarios nombrados, la parte de cada uno de los que quedan será diferente que si concurren todos, por lo cual no puede decirse ahora que esté determinada;

Vistos los artículos 73 del Código Civil, 162 y 197 de la Compilación de Derecho Civil de Cataluña; 9, 20, 23, 106 y 107 de la Ley Hipotecaria, y 54 y 84 del Reglamento para su ejecución;

Considerando que en este recurso se plantea la cuestión de si es inscribible una hipoteca legal constituida al amparo del artículo 73.6.º del Código Civil sobre los derechos que corresponden a un fideicomisario condicional sujeto a la legislación catalana, no inscritos a su nombre, en las fincas legadas objeto del fideicomiso;

Considerando que los fideicomisarios, siempre que fueren conocidos, podrán obtener la inscripción de su derecho al amparo del artículo 84 del Reglamento Hipotecario, sin que a ello obste el que sean condicionales, al permitirlo los artículos 9.2.º y 23 de la Ley Hipotecaria, y figuraran en el Registro como titulares de una expectativa protegida jurídicamente, por lo que los actos que sobre tal derecho se realicen, tendrán carácter provisional hasta que se haga constar en su caso, el cumplimiento de la condición que les afecta;

Considerando que según el artículo 197 de la Compilación de Derecho Civil especial de Cataluña, mientras el fideicomiso no se defiera al fideicomisario, podrá éste enajenar, gravar, renunciar y señalar para el embargo su derecho de adquirir la herencia o legado fideicomitidos, limitándose tales actos a los bienes que le correspondan al deferirse el fideicomiso, y quedará sin efecto si por ser la sustitución condicional no llegase a deferirse, por lo que, evidentemente, tal derecho es susceptible de hipoteca y a ésta no podrá negársele el acceso a los libros registrales. si reúne los demás requisitos necesarios para ello y siempre que no haya obstáculo de otra índole que lo impida;

Considerando que, si bien es cierto que conforme al artículo 54 del Reglamento Hipotecario, las inscripciones de partes indivisas de finca o derecho deben precisar con datos matemáticos la participación de cada uno de los varios cotitulares, hay que entender que ello sólo es preceptivo en los casos en que es posible hacerlo, pero no en aquellos otros como en el de los fideicomisarios condicionales del Derecho catalán, en los que por su propia esencia, el derecho está sometido a una doble indeterminación: de su misma subsistencia —según sobreviva o no el fideicomisario al fiduciario— y de su extensión cuantitativa —según sea mayor o menor el número de fideicomisarios que sobrevivan al fiduciario— a pesar de lo cual cabe que el fideicomisario disponga de su derecho, según el citado artículo 197 de la Compilación, por lo que tales actos dispositivos han de tener acceso al Registro de la Propiedad, pues de lo contrario se vulnerarían las bases mismas del sistema hipotecario que procura siempre la máxima concordancia entre aquél y la realidad extrarregistral:

Considerando que la indeterminación derivada de la posible premortencia del fideicomisario, no puede ser obstáculo para la inscripción de la hipoteca, ya que, además de la evidente validez de sus actos dispositivos con arreglo a la legislación especial de Cataluña, la Ley Hipotecaria admite expresamente la hipoteca en supuestos de indeterminación que afectan a la subsistencia misma del derecho, por lo que tales hipotecas pueden quedar sin ningún valor ni efecto en un momento futuro, como en los supuestos de hipoteca de bienes vendidos con pacto de retro, del artículo 107.7.º, o de bienes sujetos a condiciones resolutorias expresas del artículo 107.10, o que estén afectados, incluso de presente, de la inseguridad derivada de un pleito ya iniciado, como en el caso de hipoteca de bienes litigiosos del artículo 107.9.º de la Ley,

Considerando que si se admite la indeterminación en cuanto a la subsistencia del derecho mismo que se hipoteca, con mucha mayor razón debe admitirse con este carácter excepcional, la indeterminación en cuanto a los límites cuantitativos de aquél, derivados del posible supuesto de que algunos de los otros fideicomisarios premueran al fiduciario, con lo que su derecho acrecería al de los restantes, que verían aumentar sus cuotas, lo que redundaría en beneficio del acreedor, sin que se produzca perjuicio alguno al tráfico inmobiliario y sin que ello suponga infracción del artículo 54 del Reglamento Hipotecario que al establecer la regla general sólo puede imponer una determinación con datos matemáticos, en los supuestos en que lo admite la naturaleza misma del derecho que se hipoteca, y no en aquellos otros, como en el caso del número 9 del artículo 107 y sobre todo en el del fideicomisario condicional de la legislación catalana que, por su misma esencia, está siempre afectado de inseguridad en cuanto a su subsistencia, y en algunos casos, además, en cuanto a su extensión cuantitativa.

Considerando que, en el caso concreto que se examina, se advierte la existencia de un grave obstáculo registral, como es el de la falta de inscripción previa del derecho del fideicomisario, lo que impide que se inscriban los actos de disposición o gravamen de tal derecho hasta tanto no se practique dicha inscripción omitida, por imperativo del principio de tracto sucesivo, consignado en el artículo 20 de la Ley Hipotecaria,

Esta Dirección General ha acordado, con revocación parcial del auto apelado, confirmar la nota del Registrador en cuanto al defecto de falta de inscripción previa del derecho del fideicomisario.

hace eco de la opinión de PUIG BRUTAU, que la contempla como una especie de hipoteca de cosa futura respecto del patrimonio del deudor hipotecante, y vierte como opinión de ROCA SASTRE lo que éste afirma respecto de las hipotecas sujetas a condición resolutoria como si de suspensivas se tratase, en pequeño error de apreciación (71).

El artículo 158.12 autoriza la hipoteca de «los apartamentos» (*sic*) «de un edificio declarado en propiedad horizontal o condominio, sujetándose la hipoteca constituida a las disposiciones de la legislación vigente sobre propiedad horizontal». El precepto se relaciona con lo previsto en el artículo 82, párrafo tercero, circunstancias 1.ª y 2.ª, a cuyo tenor:

«Se inscribirán separadamente, con número distinto:

1.º Las edificaciones cuando los predios inscritos donde radiquen pertenezcan a distintos dueños y en el mismo caso, las habitaciones o pisos de una edificación.

2.º Con sujeción a lo establecido en las leyes especiales sobre la materia, los diferentes pisos, partes de pisos o apartamentos (*sic*) “susceptibles de dominio separado de un mismo edificio conocido bajo el nombre de propiedad horizontal”».

La primera hipótesis se refiere, claramente, a situaciones de enfiteusis, susceptibles de hipotecarse conforme lo dispuesto en el artículo 158.13.º, según el cual puede hipotecarse «el edificio construido en suelo ajeno pero sin perjuicio del propietario del terreno y entendiéndose sujeto a tal gravamen solamente el derecho que el mismo que edificó tuviere sobre lo edificado».

La segunda hipótesis se refiere al caso normal del apartamento sometido al régimen especial de horizontalidad, conforme determina la Ley especial.

No se trata en este tema de traer a colación la problemática que se contempla en el Derecho español, bien planteada por los autores, con referencia a la posibilidad reconocida allí, en cuanto facultativa, de que los pisos o apartamentos no consten en folio aparte sino simplemente en la escritura matriz, sino de un problema muy distinto, pero que podría verse como igual o semejante ante las conclusiones que algunos autores han sentado basándose en infelices expresiones del Tribunal Supremo, en concreto lo dicho marginalmente en *Ready Mix Concrete, Inc. v. Ramírez de Arellano & Co. Inc. et*

Lo que, con devolución del expediente original, comunico a V. E. para su conocimiento y efectos. Dios guarde a V. E. muchos años.—Madrid, 17 de marzo de 1966.—*El Director General*, FRANCISCO ESCRIVÁ DE ROMANÍ.—*Excmo. Señor Presidente de la Audiencia Territorial de Barcelona* («Boletín Oficial del Estado», de 12 de abril de 1966)

(71) Cfr. CHICO, *loc. cit.*, pág. 1384, ROCA SASTRE, *loc. cit.*, pág. 185; PUIG BRUTAU, *loc. cit.*

als., 1981, 110 DPR 869, pero, asimismo, por la obsesión legislativa de incorporar como norma todo lo que diga el Tribunal Supremo, sensato o absurdo, para convertirlo de inmediato en Ley. Por ello, es menester recordar el sinsentido de *BERROCAL v. Tribunal Superior*, 1954, 76 DPR 38 (en que el Tribunal Supremo se permitió *enseñar* el manejo de los Códigos, pero al modo estatutario del *common law*, con importación del Derecho francés) y el absurdo de *Castle Enterprise, Inc. v. Registrador*, 1963, 87 DPR 775; a lo que hay que unir el ya feo vicio del legislador de expresarse sin rigor alguno. Porque sin aclararse este tema, no sería extraño que en un próximo futuro entrase en Derecho puertorriqueño el problema que es propio del Derecho español y ajeno al de aquí.

En España se plantea el tema de la hipotecabilidad y su constatación registral de un piso o apartamento sometido a horizontabilidad, dada la *facultad* de no estar inscrito en folio aparte cuando se ha concluido la obra del inmueble previamente sometido y sin haberse abierto folio al piso o apartamento, por cuanto el inmueble se sometió comenzadas las obras pero no terminadas; y, también, cuando el piso o local tiene una simple referencia en la inscripción del solar del edificio proyectado y sometido al régimen especial (71 bis).

(71 bis) Resolución de 19 de julio de 1966:

Excmo. Señor: En el recurso gubernativo interpuesto por el Notario de San Sebastián, don Mario de Zubiaga y Ozamiz, contra la negativa del Registrador de la Propiedad de dicha capital a inscribir una escritura de préstamo con garantía hipotecaria, pendiente en este Centro en virtud de apelación del recurrente;

Resultando que por escritura autorizada en San Sebastián, el 11 de junio de 1963, por el Notario recurrente, la Caja de Ahorros Provincial de Guipúzcoa concedió a los esposos don Proceso Zabala y doña Marta Pérez Berasategui, un préstamo de 40.000 pesetas en garantía de cuya devolución hipotecaron a favor de la referida Caja la vivienda izquierda del piso primero de la casa señalada con el número 18 del Alto de San Bartolomé, de la indicada capital, que aparece inscrita bajo el mismo número de la finca de que formaba y sigue formando parte;

Resultando que presentada en el Registro primera copia de la citada escritura, fue calificada con la siguiente nota. «Se suspende la inscripción del precedente documento porque no solicitándose la inscripción del piso como finca independiente, de acuerdo con el artículo 8.º, número 5, de la Ley Hipotecaria, tampoco puede ser objeto de hipoteca independiente, según el artículo 107 de dicha Ley. Tampoco se consigna la descripción con las circunstancias que determina el artículo 5.º de la Ley de Propiedad Horizontal»;

Resultando que el Notario autorizante de la escritura interpuso recurso gubernativo contra la anterior calificación, y alegó: Que el Registrador da por resuelta, con manifiesta petición de principio, la cuestión de derecho intertemporal planteada por la Ley de Propiedad Horizontal en el sentido del carácter retroactivo de la misma en contra del criterio fundamental de irretroactividad de las leyes, proclamado desde antiguo y sancionado por el artículo 3.º de nuestro Código Civil, con la salvedad de que dispongan expresamente lo contrario, excepción limitada, a su vez, por el principio de respeto a los derechos adquiridos, que del examen de la referida Ley de Propiedad Horizontal se deduce bien a las claras que no le alcanzan ni comprende ninguna de estas causas de excepción que

podieran abonar su retroacción; que la única disposición transitoria de la misma sólo establece la retroacción para los Estatutos que estuvieren en contradicción con ella y que se han de adaptar durante el plazo señalado; que admitir la retroacción para los restantes supuestos implicaría el desconocimiento palmario de unos derechos adquiridos y derivados del principio fundamental en el orden hipotecario de la sustantividad e inatacabilidad de la inscripción, recogido y contenido en los artículos 1.º y 38 de la Ley Hipotecaria y confirmado por nutrida jurisprudencia; que resulta paradójico que sea precisamente el Registrador quien se oponga a la vigencia y efectividad de un asiento cuya custodia y defensa le están encomendadas; que aun admitiendo a efectos dialécticos la proyección al pasado de la Ley de Propiedad Horizontal, resultan infundados los tres defectos señalados en la nota; que la exigencia de inscripción del piso, de acuerdo con el número 5 del artículo 8.º de la Ley Hipotecaria, es inaplicable porque el piso ya estaba inscrito al reformarse el precepto de acuerdo con la Ley de Propiedad Horizontal, y, además, dicho número 5 no impone la inscripción separada, sino que, facultativamente, permite crear el folio autónomo, lo que se confirma, además, por el texto de la Exposición de Motivos; que éste es el criterio de la mayoría de la doctrina; que el texto literal del precepto habla de «los pisos o locales en régimen de propiedad horizontal, siempre que conste previamente en la inscripción la constitución de dicho régimen», lo que indica claramente su proyección hacia el futuro, eximiendo, lógicamente, a los pisos inscritos bajo el régimen de la legislación anterior, que resulta asimismo de oportunidad al caso la cita del artículo 218 del Reglamento Hipotecario, que ha quedado intocado por la reforma, y en cuya letra *a)* se sigue haciendo jugar y valer la situación de los «pisos inscritos bajo el mismo número de la casa a que pertenezcan»; que el segundo defecto señalado, al ser una consecuencia del primero, cae por su base con lo que se acaba de decir y en apoyo de su criterio recoge el comentario de un ilustre tratadista, sobre el número 11 del artículo 107 de la Ley Hipotecaria en su nueva redacción, que ha suprimido la exigencia de que conste el piso inscrito como finca especial; que en cuanto a no consignarse la descripción con las circunstancias que determinan el artículo 5.º de la Ley de Propiedad Horizontal, es debido a que tal norma se refiere al futuro, como indica la palabra «describirá» que emplea; que si tal inscripción se hiciese unilateralmente por los diversos propietarios separadamente daría lugar a contradicciones sin cuento, especialmente en lo referente a la participación de cada piso, expresada en centésimas, en relación con el total valor del inmueble, y que en el caso de que la cuestión apareciese dudosa, la Dirección General tiene declarado que en tales supuestos debe resolverse en el sentido más favorable a la libertad del dominio y que los Registradores, dentro de los límites del sistema, «han de procurar en todo lo posible el ingreso en los libros de los títulos para que gocen de protección y garantías, puedan ser objeto de sucesivas operaciones de tráfico y permitan a su titular el máximo rendimiento económico-jurídico»;

Resultando que el Registrador informó que la cuestión a dilucidar en sí puede inscribirse la hipoteca especial de un piso que no figura en el Registro como finca independiente; que la legislación aplicable es sin duda la vigente al otorgarse el correspondiente contrato sin que esto implique retroactividad alguna, que en tal momento el precepto vigente es el número 11 del artículo 107 de la Ley Hipotecaria en relación con el 8.º de dicho texto que exige para la hipoteca de un piso, con independencia de los demás de la finca, las dos condiciones de que se halle en régimen de Propiedad Horizontal y de que el piso se inscriba como finca separada del resto del edificio; que además, el piso habrá de ser descrito en la forma que exige el artículo 5.º de la Ley de Propiedad Horizontal, pues si no se expresan las circunstancias requeridas, es claro que no puede estar acogido al régimen de dicha Ley ni ser inscrito con independencia, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 9.º de la Ley Hipotecaria; que es evidente que en el caso objeto del recurso no se ha cumplido ninguno de los requisitos expresados; que los comentaristas de la Ley de Propiedad Horizontal están de completo acuerdo con la doctrina expuesta, que alega

el recurrente que aplicar la Ley de Propiedad Horizontal al contrato cuestionado sería ir contra el principio de irretroactividad de las leyes, pero ocurre que dicho contrato es notoriamente posterior a la referida ley; que con arreglo al criterio del recurrente, un edificio inmatriculado en 1870 seguiría rigiéndose por la legislación anterior al Código Civil; que además, si el artículo 107 de la Ley Hipotecaria por su actual redacción no fuera aplicable al caso debatido, lo sería en la anterior que exigía para la hipoteca de pisos que estuviesen inscritos como fincas especiales, lo que hace que en el fondo sean coincidentes ambas redacciones: que incluso el criterio de la Ley de Propiedad Horizontal es retroactivo, pues suprime el derecho de retracto entre copropietarios e impone la obligación de adaptar a la nueva Ley los Estatutos de la comunidad; que la claridad del Registro exige, aunque no se trate de hipoteca, de acuerdo con lo previsto al comienzo del artículo 8.º de la Ley Hipotecaria, que a cada finca registrada se abra un folio independiente; que no hacerlo así ocasionaría gran confusión, que sin duda por esto la Ley de Propiedad Horizontal sólo admite la inscripción conjunta de varios apartamentos de un mismo edificio, a título excepcional, para facilitar la inscripción, siempre que lo soliciten todos los titulares, que lo normal hipotecariamente es que cuando una finca se divide en porciones independientes a favor de distintos copropietarios, se hagan las oportunas segregaciones (arts. 46 y 47 del Reglamento Hipotecario) y que esa misma razón de separación e independencia hacen necesaria la inscripción en folio propio de cada uno de los pisos que se hipotecan, ya que con el gravamen se constituye una propiedad diferenciada;

Resultando que el Presidente de la Audiencia confirmó la nota del Registrador por razones análogas a las expuestas por este funcionario;

Resultando que el Notario recurrente se alzó de la decisión presidencial y a sus anteriores alegaciones agregó que el fundamento del auto se basa en el error de considerar subsistentes y vigentes preceptos legales que se encuentran derogados, como son el número 3 del artículo 8.º y el número 11 del artículo 107 de la Ley Hipotecaria que aparecen hoy con una redacción diferente; que si la Ley hubiera querido establecer el folio autónomo para los diferentes pisos, lo hubiera dicho así, y no lo habría dejado a la libre voluntad de los interesados y que la fecha de la inscripción es la determinante de los derechos adquiridos dimanantes de la misma,

Vistos los artículos 396 del Código Civil; 8, 9, 107 y 243 de la Ley Hipotecaria, y la Ley de Propiedad Horizontal de 21 de julio de 1960,

Considerando que la cuestión que plantea este recurso consiste en resolver si puede inscribirse una hipoteca constituida sobre un piso que figura inscrito a favor de sus propietarios dentro del folio general abierto a todo el edificio, conforme a la legislación hipotecaria vigente en la fecha de adquisición, o si, por el contrario, sería necesario inscribir previamente, en folio separado, como finca independiente, el mencionado piso, volviendo además a describirlo con las circunstancias que exige el artículo 5.º de la Ley de Propiedad Horizontal;

Considerando que uno de los fundamentos básicos de la legislación inmobiliaria lo constituye el llamado principio de especialidad, que tiende —entre otros aspectos— a evitar el confusionismo que puede resultar del cúmulo de asientos vigentes bajo un mismo número del Registro, lo cual impediría la debida claridad que han de tener los libros registrales, y que se traduce en la regla general sancionada en el artículo 243 de la Ley, de que cada finca o entidad hipotecaria aparezca inscrita bajo folio y número especial, con objeto de que los terceros puedan conocer cuanto haga relación al inmueble y a su situación jurídica, mas cuando se trata de fincas especiales, como en el supuesto presente, de edificios en régimen de propiedad por pisos, la Ley Hipotecaria, antes y después de su reforma por la Ley de Propiedad Horizontal de 21 de julio de 1960, permite, o la inscripción del inmueble en su conjunto con los distintos pisos o locales susceptibles de aprovechamiento independiente, o que se inscriba como finca independiente cada piso o

local, por lo que en el primero de los supuestos, todos los actos relativos a los pisos del mismo edificio figurarán en el mismo folio registral con el consiguiente riesgo de confusión y perturbación derivada de la falta de separación y claridad de los asientos que el mencionado principio de especialidad exige;

Considerando que en el presente caso el piso discutido aparece inscrito conforme a la legislación hipotecaria vigente en 1959, y aunque el artículo 5.º de la Ley de Propiedad Horizontal exige otros requisitos y circunstancias por lo que sería muy conveniente que al otorgarse un acto relativo a una finca inscrita antes, se modificase su descripción y se adaptara a las nuevas exigencias legales, con lo cual quedaría cumplida, además, la prevención del artículo 171 del Reglamento Notarial, es lo cierto que —dada la situación presente— el propietario del piso o apartamento no puede realizar tal modificación unilateralmente y necesitaría la comparecencia de los demás, al menos en lo que a fijación de la cuota se refiere, lo que sería tanto como exigir de nuevo el consentimiento de todos los titulares para la realización de un acto que afecta exclusivamente al poder dispositivo de uno solo de ellos, circunstancias que seguramente movieron al legislador en la Disposición Transitoria primera de la Ley de 21 de julio de 1960, a exigir sólo la adaptación de aquellos estatutos cuyo contenido estuviera en contradicción con los preceptos legales, mas sin establecer idéntica previsión para aquella descripción de las fincas que no se ajusten a lo dispuesto en el artículo 5.º de la misma Ley;

Considerando, por último, que, al no imponer la Ley como obligatorio el folio autónomo y menos por vía de segregación, concepto ya inaplicable cuando se ha constituido la Propiedad Horizontal conforme a la nueva ley y en consecuencia caber la posibilidad de que los pisos o apartamentos figuren y continúen inscritos dentro del folio abierto con carácter general, no hay ningún obstáculo que se oponga a la inscripción de la hipoteca constituida, pues el artículo 107 de la Ley Hipotecaria, que establecía la exigencia de que sólo podían constituirse dichos gravámenes cuando los pisos apareciesen inscritos como fincas independientes, ha sido modificado en su redacción actual, por la Ley de Propiedad Horizontal que ha suprimido esta exigencia y se remite directamente al artículo 8 de la Ley Hipotecaria que permite con carácter facultativo las dos formas de inscripción.

Esta Dirección General ha acordado revocar el auto apelado y la nota del Registrador.

Lo que, con devolución del expediente original, comunico a V. E. para su conocimiento y efectos. Dios guarde a V. E. muchos años.—Madrid, 19 de julio de 1966.—*El Director General*, FRANCISCO DE ROMANÍ.—*Excmo. Señor Presidente de la Audiencia Territorial de Pamplona* («Boletín Oficial del Estado», de 17 de agosto de 1966, rectificado en el de 24).

Resolución de 21 de julio de 1966:

Excmo. Señor. En el recurso gubernativo interpuesto por el Notario de San Sebastián, don Manuel de Pineda y Martínez Aixa, contra la negativa del Registrador de la Propiedad de dicha ciudad a inscribir una escritura de préstamo con garantía hipotecaria, pendiente en este Centro en virtud de apelación del recurrente;

Resultando que por escritura autorizada en San Sebastián, el 12 de marzo de 1963, por el Notario recurrente, la Caja de Ahorros Provincial de Guipúzcoa concedió a don José Julián Aramburu Alzola, un préstamo de 50.000 pesetas en garantía de cuya devolución, costas y gastos, el prestatario hipotecó a favor de la referida Caja de Ahorros, un piso de su propiedad situado en la planta segunda del número 8 de la calle de San Jerónimo de la indicada capital, que figura inscrito en el folio del edificio del que forma parte:

Resultando que presentada en el Registro primera copia de la anterior escritura, fue calificada con la siguiente nota: «Se suspende la inscripción del precedente documento porque no solicitándose la inscripción del piso como finca independiente, de acuerdo con el artículo 8.º, número 5, de la Ley Hipotecaria, tampoco puede ser objeto de hipoteca independiente, según el artículo 107 de dicha Ley. Tampoco se consigna la

descripción o las circunstancias que determinan el artículo 5.º de la Ley de Propiedad Horizontal».

Resultando que el Notario autorizante de la escritura interpuso recurso gubernativo contra la anterior calificación, y alegó: Que la nota del Registrador invoca solamente uno de los números del artículo 8.º de la Ley Hipotecaria, reformado por la de Propiedad Horizontal de 21 de julio de 1960; que existen en ese artículo otros dos números de indudable aplicación al caso, el 4, que admite la inscripción de pisos y locales bajo el mismo número y como parte del edificio en que están situados, y el 3, que admite la inscripción de fincas urbanas y edificios aunque pertenezcan a diferentes dueños en dominio pleno o menos pleno, que como la Ley no especifica cómo es esa coparticipación ni en qué consiste ese dominio pleno o menos pleno, es posible puesto que la Ley no distingue, admitir dos formas de concurrencia de propietarios en un mismo edificio: 1.ª, determinando la parte de cada uno, alícuotamente, con referencia al todo, por ejemplo, una cuarta parte, una quinta parte, etc., y 2.ª, por determinación topográfica de la parte correspondiente a cada dueño, por ejemplo, el piso 1.º, el local de la derecha entrando, etc.: que esta interpretación es la única que hace posible el mantenimiento del orden jurídico creado al amparo de la legislación anterior, del cual han surgido tantas situaciones registrales de propiedad de pisos y locales no descritos conforme a la Ley de 21 de julio de 1960, que la calificación resuelve *in continenti*, un caso de derecho transitorio, a favor de la absoluta retroactividad de la Ley de 21 de julio de 1960, sin tener en cuenta su artículo 5.º determinante de las circunstancias de la descripción de pisos y locales en un mismo edificio pertenecientes a distinto dueño; que la retroactividad de tal Ley no es clara y terminante, salvo para los estatutos de comunidad contrarios a la misma y los contractuales; que en los puntos no tratados especialmente hay que presumir se respetan los derechos adquiridos y la situación en vigor hasta que sea modificada por nuevas relaciones jurídicas; que el Código Civil de aplicación general dispone que las nuevas disposiciones que perjudiquen derechos adquiridos no tienen efecto retroactivo y según la Ley Hipotecaria los asientos del Registro, en cuanto se refieren a los derechos inscribibles en la forma señalada en ellos (arts. 1 y 38 de la Ley Hipotecaria, están bajo la salvaguardia de los Tribunales y producen todos sus efectos mientras no se declare su nulidad; que la calificación supone negar las facultades del propietario según los términos de la inscripción vigente; que el Registrador exige la inscripción de la vivienda como finca independiente y para ello pide que se describa con las circunstancias del artículo 5 de la Ley de Propiedad Horizontal; que esta pretensión es desorbitada, pues tales actos implican, dadas las condiciones legales, una auténtica división de la cosa común que requiere el acuerdo unánime de los copropietarios, en su defecto, resolución judicial: que si el funcionario calificador tenía alguna duda, la Resolución de 19 de diciembre de 1942 declara que las cuestiones dudosas deben resolverse en el sentido más favorable a la libertad del dominio, que si se quiere dar absoluta eficacia a la Ley de 21 de julio de 1960 y más concretamente a su artículo 5.º, lo que debe exigir el Registrador es su exacto cumplimiento, incluso en lo referente a la forma de describirse la finca, y que, para terminar, el artículo 107 de la Ley Hipotecaria admite como hipotecables los pisos y locales descritos conforme al artículo 8 de la misma, que hay que interpretar en la forma al principio indicada;

Resultando que el Registrador informó: que la cuestión a dilucidar es si puede inscribirse la hipoteca especial de un piso que no figura en el Registro como finca independiente; que la legislación aplicable es sin duda la vigente al otorgarse el correspondiente contrato, sin que esto implique retroactividad alguna; que en tal momento el precepto vigente es el número 11 del artículo 107 de la Ley Hipotecaria en relación con el 8 de dicho texto que exige para la hipoteca de un piso, con independencia de los demás de la finca, las dos condiciones de que se halle en régimen de Propiedad Horizontal y de que el piso se inscriba como finca separada del resto del edificio; que además, el piso habrá

de ser descrito en la forma que exige el artículo 5.º de la Ley de Propiedad Horizontal, pues si no se expresan las circunstancias exigidas es claro que no puede estar acogido al régimen de dicha Ley ni ser inscrito con independencia, según el artículo 9.º de la Ley Hipotecaria; que es evidente que en el caso objeto del recurso no se ha cumplido ninguno de los requisitos expresados; que los comentaristas de la Ley de Propiedad Horizontal están de completo acuerdo con la doctrina expuesta; que alega el recurrente que aplicar la Ley de Propiedad Horizontal al contrato cuestionado sería ir contra el principio de irretroactividad de las leyes, pero ocurre que dicho contrato es notoriamente posterior a la repetida ley; que con arreglo al criterio del recurrente, un edificio inmatriculado en 1870 seguiría rigiéndose por la legislación anterior al Código Civil, que a mayor abundamiento, si el artículo 107 de la Ley Hipotecaria en su actual redacción no fuera aplicable al caso debatido, lo sería en la anterior que exigía para la hipoteca de pisos que estuviesen inscritos como fincas especiales, lo que hace que en el fondo sean coincidentes ambas redacciones; que incluso el criterio de la Ley de Propiedad Horizontal es retroactivo, pues suprime el derecho de retracto entre copropietarios e impone la obligación de adaptar a la nueva Ley los Estatutos de la Comunidad; que la claridad del Registro exige, aunque no se trate de hipoteca, de acuerdo con lo previsto al comienzo del artículo 8.º de la Ley, que a cada finca registrada se abra un folio independiente; que no hacerlo así ocasionaría gran confusión; que sin duda por eso la Ley de Propiedad Horizontal sólo admite la inscripción conjunta de varios apartamentos de un mismo edificio, a título excepcional, para facilitar la inscripción, siempre que lo soliciten todos los titulares; que lo normal hipotecariamente es que cuando una finca se divide en porciones independientes a favor de distintos copropietarios, se hagan las oportunas segregaciones (arts. 46 y 47 del Reglamento Hipotecario); y que esa misma razón de separación e independencia hace necesaria la inscripción en folio propio de cada uno de los pisos que se hipotecan, ya que con el gravamen se constituye una propiedad diferenciada;

Resultando que el Presidente de la Audiencia confirmó la nota del Registrador por razones análogas a las expuestas por este funcionario;

Resultando que el Notario recurrente se alzó de la decisión presidencial y a sus anteriores alegaciones agregó, que Ley de Propiedad Horizontal es confusa, pues aunque estableció reglas claras para las situaciones futuras, respetó la legislación anterior, a veces, para las precedentes; y que el respeto a los derechos adquiridos debe referirse a la situación básica, en este caso el dominio, sin que al propietario inscrito se le pueda limitar su facultad de hipotecar por la aparición de normas adjetivas posteriores;

Vistos los artículos 396 del Código Civil; 8, 9, 107 y 243 de la Ley Hipotecaria; la Ley de Propiedad Horizontal de 21 de julio de 1960, y la Resolución de 19 de julio de 1966;

Considerando que este recurso plantea la misma cuestión decidida en la Resolución citada en los Vistos, acerca de si puede inscribirse una hipoteca constituida sobre un piso inscrito a favor de su propietario dentro del folio registral abierto a todo el edificio, conforme a la legislación hipotecaria vigente en la fecha de su adquisición, y si además, es necesario al describirlo, consignar las circunstancias que determina el artículo 5.º de la Ley de Propiedad Horizontal;

Considerando que, como ya declaró la mencionada Resolución, al aparecer inscrito el piso discutido conforme a la legislación hipotecaria vigente en 1959 y autorizar la misma Ley de Propiedad Horizontal la inscripción del inmueble en su conjunto con los distintos pisos o locales susceptibles de aprovechamiento independiente, suprimida además la exigencia contenida en el artículo 107 de la Ley Hipotecaria de que la hipoteca sólo podía constituirse sobre el piso inscrito como finca independiente, es obligado admitir la práctica del asiento solicitado, sin necesidad, por otro lado, de adaptar la descripción de la finca al contenido del artículo 5.º de la Ley de Propiedad Horizontal, dados los términos de la Disposición Transitoria primera,

Esta Dirección General ha acordado revocar el auto apelado y la nota del Registrador.

Ninguna de estas situaciones es dable en Puerto Rico, ya que, si bien la Ley especial nos ofrece una noción del apartamento como *cubo de aire* (art. 3, Ley de Propiedad Horizontal) (72), el artículo 27, párrafo tercero de dicha Ley impide su existencia como ente propio, al determinar que «Mientras las obras no estén comenzadas sobre el suelo del respectivo apartamento, no podrá inscribirse éste como finca filial o independiente...» Por consecuencia, si el apartamento está sólo proyectado son de aplicación los artículos 4 y 5 de la Ley de Propiedad Horizontal:

Art. 4: «Una vez se haya constituido el inmueble en régimen de propiedad horizontal, los apartamentos expresados en el artículo 3 podrán individualmente transmitirse y gravarse... con independencia del resto del inmueble...», lo que niega tajantemente el artículo 5.

Art. 5: «En los casos de transmisión o gravamen de un apartamento proyectado y no comenzado a fabricar, se entenderá adquirida por el nuevo propietario, o gravada la participación que corresponde al transmitente, o en su caso al deudor, en los elementos comunes del inmueble en proyecto y el derecho que tenga a que se le construya el apartamento, entendiéndose subrogado el adquirente en el lugar y grado de aquél, a todos los efectos legales».

En suma, estamos ante una situación de cesión con alcance simplemente obligacional y ante una pretendida hipoteca de cuota imposible, dado que la constatación registral que autoriza el artículo 4 queda sometida al régimen ordinario: «...y los títulos correspondientes serán inscribibles en el Registro de la Propiedad de acuerdo a lo dispuesto en esta Ley y en la Ley Hipotecaria». Y como «esta Ley» reclama que el apartamento esté iniciado en su construcción para abrir folio, mientras ello no ocurra no será sino un dato de la finca matriz, carente, pues, de existencia propia. No hay objeto y no hay, por tanto, hipoteca.

Ahora bien, no debe olvidarse la mala práctica existente, conforme a la cual, y al efecto de ahorrarse dinero, los constructores, los Registradores y las entidades financiadoras, cuando realizan la venta del piso, local o apartamento es que deciden abrir folio, convirtiendo así la venta de una cuota

Lo que, con devolución del expediente original, comunico a V. E. para su conocimiento y efectos. Dios guarde a V. E. muchos años.—Madrid, 21 de julio de 1966.—*El Director General*, FRANCISCO ESCRIVÁ DE ROMANÍ.—*Excmo. Señor Presidente de la Audiencia Territorial de Pamplona* («Boletín Oficial del Estado», de 19 de agosto de 1966).

(72) Artículo 3 de la Ley de Propiedad Horizontal: «A los efectos de esta Ley se entenderá por apartamento cualquier unidad de construcción, suficientemente delimitada, consistente en uno o más espacios cúbicos, cerrados, parcialmente cerrados o abiertos, y sus anejos, si algunos, aunque éstos no sean contiguos, siempre que tal unidad sea susceptible de cualquier tipo de aprovechamiento independiente, siempre que tenga salida directa a la vía pública o a determinado espacio común que conduzca a dicha vía».

proporcional en la venta del propio objeto independiente; es entonces que *liberalizan* la parte proporcional de la hipoteca en todo el inmueble y constituyen hipoteca sobre el local o apartamento. Todo ello muy práctico, pero antijurídico. Ya, la *liberalización* está declarada nula por el Tribunal Supremo, que reclama la cancelación parcial de la hipoteca sobre el total inmueble, como debe ser (*Casa Blanca Properties, Inc. v. Registrador*, C.A. 92-57).

Que lo dicho antes es totalmente cierto se concluye rápidamente comparando el artículo 5 de la Ley especial con lo dispuesto en el artículo 6: «Si la transmisión o gravamen se refiere al apartamento que ya hubiese comenzado a construirse, se entenderán adquiridas o gravadas las participaciones a que se contrae el artículo anterior, y de modo privativo lo que ya esté fabricado del apartamento en cuestión, entendiéndose también subrogado el adquirente en el lugar y grado del transmitente, a todos los efectos legales», lo cual no es cierto, pues si esa subrogación lo es a todos los efectos legales, o se constituye formalmente hipoteca sobre el piso o local, o no hay subrogación, pero sí ocurrirá que la división no operará frente al acreedor hipotecario de todo el inmueble, ínterin no dé su consentimiento (esa *liberalización* que implica hipoteca separada) (art. 174 de la Ley Hipotecaria).

Ahora bien, aquella mala práctica parece recibir reconocimiento en la *Decisión* recaída en *Ready Mix Concrete*, cit. Como se recordará, el tema era si una traba de embargo sobre un inmueble sometido al régimen de horizontalidad, en que varios de los pisos aparecían como objeto de dominio de constructor estaba bien trabado: «Luego de constituirse el régimen de propiedad horizontal, pero antes de anotarse dicho embargo, RAMÍREZ DE ARELLANO había enajenado ochenta apartamentos que fueron inscritos como fincas independientes. Luego del embargo, enajenó otros dieciséis apartamentos, que también fueron inscritos como fincas independientes, pero sujetos al referido embargo». Ejecutada la acción derivada de la traba, habría de surgir el punto: «...¿desde qué momento, desde el punto de vista jurídico, se individualizan como fincas los distintos apartamentos de un edificio sometido al régimen de propiedad horizontal...?»

«Ahora bien, el mero hecho de la inscripción de la escritura matriz, ¿opera *ex proprio* [sic] *vigore* como una segregación de los apartamentos...?» (...) Y luego de citar el fenómeno de inscripción y posterior individualización de los pisos o locales citando lo dicho por ROCA SASTRE, VENTURA-TREVESETT y BATLLE, añade el Tribunal: «Al anotarse el embargo en el Registro de la Propiedad, los *dieciséis* apartamentos afectados aparecían todavía sin inscripción y número de finca aparte, y sí descritos en el asiento de la finca matriz a nombre de *Ramírez de Arellano, Inc.*, dueña original del inmueble constituyente... Por tanto, los dueños de los apartamentos vendidos luego de trabado el embargo... tenían o debieron tener conocimiento de las cargas que

arrastraba la finca, cargas que pesaban también sobre los apartamentos que aún no habían sido segregados y vendidos...», declarando la traba perfecta y eficaz (73).

«...No habían sido segregados y vendidos...» ¡Terrible expresión que se repite posteriormente («Si ello es así cuando el apartamento constituye legalmente una finca separada, con más razón debe serlo cuando aún no ha sido segregado de la finca original y enajenado, sino meramente individualizado con miras a poder segregarlo y enajenarlo posteriormente»). El vicio del Tribunal Supremo, de ir más allá de lo conveniente, lleva a GODREAU a una osada afirmación:

«La inscripción de la escritura matriz, sometiendo el inmueble al régimen, si bien comienza el proceso de separar las áreas comunes de los apartamentos individuales, por sí sola no logra que las unidades se conviertan en fincas independientes. Para ello, que es el fin de todo el régimen, es preciso que, aparte de incluir la descripción de cada apartamento en la escritura matriz, *se realice el acto de enajenación de cada apartamento*, inscribiendo a su vez esta primera escritura de enajenación» (74); y, naturalmente, cita la invocación que hace el Tribunal Supremo del artículo 4 de la Ley especial, resaltando en letra **negrita** las palabras «podrán» y «transmitirse y gravarse», concluyendo, mi caro amigo, que «El Tribunal deposita el énfasis en el verbo “podrán” del artículo 4, para concluir que es necesaria la enajenación e inscripción del apartamento para independizarlo» (75). Obviamente, esto es un grave error de GODREAU (76). Porque, en efecto, resultaría que el objeto (apar-

(73) *Passim* READY MIX CONCRETE, INC. v. RAMÍREZ DE ARELLANO, cit.

(74) GODREAU, *El Condominio*, pág. 44. Ver VÁZQUEZ BOTE, «La propiedad horizontal en Derecho puertorriqueño», en *RCDI*, núm. 609, 1992, págs. 345 y sigs.

(75) GODREAU, *ibidem*, pág. 45.

(76) READY MIX CONCRETE, INC., demandante y recurrente, v. RAMÍREZ DE ARELLANO & Co., INC., y EDUARDO FERRER BOLÍVAR, demandados; Chicago Title Insurance Company, interventora recurrida.

[110 DPR 869 (1981)]

El Juez Asociado señor DÁVILA emitió la opinión del Tribunal.

[870] Para asegurar la efectividad de la sentencia en un pleito sobre cobro de dinero, Ready Mix Concrete, Inc. obtuvo mandamiento de embargo por la suma de \$45,000.00 contra los demandados Ramírez de Arellano & Co., Inc., y Eduardo Ferrer Bolívar.

[871] El embargo se ejecutó, anotándolo en el Registro de la Propiedad, sobre una finca en que se encuentran enclavados dos edificios de apartamentos, sometida anteriormente por Ramírez de Arellano al régimen de propiedad horizontal con el nombre de Condominio Garden Hills Estates.

Luego de constituirse el régimen de propiedad horizontal, pero antes de anotarse dicho embargo, Ramírez de Arellano había enajenado ochenta apartamentos que fueron inscritos como fincas independientes. Luego del embargo, enajenó otros dieciséis apartamentos¹

que también fueron inscritos como fincas independientes, pero sujetos al referido embargo de \$45,000.00, previamente anotado.

Algún tiempo después, la Chicago Title Insurance Co. presentó moción de intervención, alegando que era la aseguradora del título de varias hipotecas otorgadas por compradores de apartamentos en Garden Hills Estates, a favor del Chase Manhattan Bank, N.A. y que las pólizas emitidas por Chicago a favor del Chase aseguraban a éste que las hipotecas constituidas eran primeras hipotecas. Alegó, además, que de prevalecer el embargo de Ready Mix, ella (Chicago) sería responsable al Chase por cualquier pérdida que pudiera sufrir como consecuencia de tal embargo. En la súplica, Chicago pidió al Tribunal que decretase la nulidad del embargo. Obtuvo su levantamiento mediante la prestación de una fianza de \$45,000.00.

Chicago presentó moción en solicitud de que se dictara sentencia sumaria. El Tribunal la dictó. Determinó que el embargo era nulo y que procedía la cancelación de la fianza prestada por Chicago para levantarlo. Fundó su decisión en que los apartamentos se segregaron «como cuestión de derecho al otorgarse e inscribirse la escritura matriz, sometiendo el inmueble al Régimen de Propiedad Horizontal».

[872] Ready Mix recurrió y acordamos revisar. Apunta como primer error que Chicago Title Insurance Co. no tiene derecho a intervenir.

Chicago Title es una compañía aseguradora de títulos. En la póliza que emitió a favor del Chase, se obligó a garantizar que las hipotecas constituidas en la venta de los apartamentos en cuestión fuesen gravámenes preferentes. En el pleito principal de cobro de dinero, Chase, acreedor hipotecario, no compareció para impugnar la legalidad del embargo, como tampoco los titulares de los dieciséis apartamentos afectados².

La Regla 21.1 de Procedimiento Civil de 1979 dispone que cualquier persona tiene derecho a intervenir en un pleito cuando reclame algún derecho o interés en la propiedad o asunto objeto del litigio, que, de hecho, pudiese quedar afectado con la Disposición Final del caso³. Aun bajo el texto anterior de la regla que exigía como requisito adicional que el interés de la parte interventora estuviese inadecuadamente representado, Chicago Title Insurance Co., en las circunstancias presentes en este caso, tenía derecho a intervenir⁴. La [873] actual redacción de la regla recoge la tendencia expansionista que viene manifestán-

¹ Dichas enajenaciones se realizaron mediante el otorgamiento de escrituras públicas de «Segregación, liberación y compraventa».

² Chase únicamente se limitó a presentar una instancia al Registrador de la Propiedad de San Juan, Sección Sexta, donde sustancialmente alegó que el embargo trabado por Ready Mix fue sobre el terreno en donde se enclavaban los edificios de Garden Hills Estates, terreno que constituye un elemento común por existir sobre el mismo un régimen de propiedad horizontal. También expuso en la referida instancia que: «5 ... el Chase Manhattan Bank N.A. es parte interesada afectada por esta anotación, por ser la entidad financiera que está facilitando los préstamos hipotecarios sobre los apartamentos vendidos o en proceso de venta y dicha anotación de embargo afecta la validez y negociabilidad de los pagarés expedidos a favor de esta Institución con garantía hipotecaria sobre los apartamentos». «Chase», entonces, se circunscribe a solicitar del Registrador la rectificación de «error».

³ Dispone así dicha Regla:

«Mediante oportuna solicitud, cualquier persona tendrá derecho a intervenir en un pleito (a) cuando por ley o por estas reglas se le confiere un derecho incondicional a intervenir, o (b) cuando el solicitante reclame algún derecho o interés en la propiedad o asunto objeto del litigio que pudiese de hecho quedar afectado con la Disposición Final del pleito».

⁴ El texto anterior de la Regla 21.1 disponía:

«Mediante oportuna solicitud, cualquier persona tendrá derecho a intervenir en un pleito (a) cuando por ley o por estas reglas se le confiere un derecho incondicional a intervenir; o (b) cuando la representación del interés del solicitante por las partes ya en litigio fuere o pudiese resultar inadecuada y el solicitante fuere o pudiese ser afectado por la sentencia en el pleito; o (c) cuando el solicitante pudiese ser afectado adversamente por una distribución o cualquier otra disposición de propiedad que se hallare bajo la custodia o sujeta al control o poder de adjudicación del Tribunal».

dose en esta área procesal desde que en 1966 se enmendó la Regla 24 federal de la cual procede nuestra Regla 21 parte para permitir con mayor liberalidad la intervención de personas no incluidas originalmente como partes en un pleito. El criterio para determinar si se reconoce o no el derecho de intervención es práctico y no conceptual, 3B *Moore's Federal Practice: Civil* sec. 24.03. La utilidad de este mecanismo procesal estriba en ofrecer protección a un nutrido e indefinido grupo de personas con variados intereses, en ocasiones de tremenda importancia pecuniaria o legal, 3B Moore, *supra*, sec. 24.02 *et seq*.

En este caso, como los llamados en primer término a defenderse de los efectos del embargo no lo hicieron, Chicago Title podía ser afectada adversamente por la ejecución de la sentencia que pudiera dictarse en su día. Chase, por su relación de asegurado con Chicago Title, tenía una forma de resarcirse por la posible pérdida de su garantía hipotecaria, más no así Chicago Title, quien garantizaba a Chase que las hipotecas tenían rango preferente. Cualquier declaración en contrario del Tribunal, obligaba a Chicago Title a indemnizar a Chase conforme a los términos pactados en la póliza. El hecho de haberse anotado el embargo, unido ello a la incomparecencia de Chase y de los titulares de los apartamentos, así como las posibles consecuencias últimas del embargo, constituían un interés en el asunto objeto del litigio lo suficientemente importante como para justificar el reconocerle a Chicago Title derecho a intervenir en el presente caso al amparo de la Regla 21.1(b).

[874] Los demás señalamientos de error que apunta la recurrente pueden estimarse comprendidos en la siguiente interrogante: ¿en qué momento, desde el punto de vista jurídico, se individualizan como fincas los distintos apartamentos de un edificio sometido al régimen de propiedad horizontal? El fijar ese momento resulta determinante en la solución de la controversia que plantea este recurso, o sea, si en efecto el embargo trabado por la recurrente Ready Mix grava o no los dieciséis apartamentos vendidos e inscritos con posterioridad a la anotación del embargo.

La constitución del régimen de propiedad horizontal comienza con el trámite de inscribir en el Registro de la Propiedad la escritura matriz del edificio que desea someterse a dicho régimen al amparo de la Ley de Propiedad Horizontal. *Consejo de Titulares v Vargas*, 101 DPR 579, 522 (1973).

Ahora bien, el mero hecho de la inscripción de la escritura matriz, ¿opera *ex proprio vigore* como una segregación de los apartamentos constituida en régimen horizontal? El hecho de estar sometido un edificio al régimen de propiedad horizontal y que dicho edificio tenga disponible apartamentos susceptibles de propiedad separada, ¿equivale en su efecto jurídico a la creación extrarregistral, por operación de ley, de fincas autónomas y separadas?

El artículo 4 de la Ley de Propiedad Horizontal, 31 LPRA, sec. 1291b, dispone como sigue:

Una vez se haya constituido el inmueble en régimen de propiedad horizontal, los apartamentos expresados en la sec. 1291a de este título podrán individualmente transmitirse y gravarse y ser objeto de dominio o posesión... con independencia total del resto del inmueble de que formen parte, y los títulos correspondientes serán inscribibles en el Registro de la Propiedad de acuerdo con lo dispuesto en este capítulo y en la Ley Hipotecaria (énfasis suplido).

La Ley, como se ve, claramente exige que los apartamentos sean previamente señalados e individualizados dentro [875] de la finca matriz. Lo que arguye entonces la recurrente es que una vez así señalados e individualizados, en efecto constituyen para todo propósito práctico o legal, fincas separadas. No tiene razón. ROCA SASTRE sostiene que «[l]a constitución de propiedad horizontal no implica división material de la finca edificada o en estado de edificación, sino sujeción o sometimiento de la propiedad de la misma al régimen específico de propiedad horizontal, pues incluso en el caso de división de finca en copropiedad para sujetarla a propiedad horizontal, hay que distinguir entre la división,

propriadamente dicha, como cese de la comunidad y la constitución del régimen de propiedad horizontal» *Derecho Hipotecario*, 7.^a ed., 1979, Vol. III, pág. 363.

Y VENTURA-TRAVERSET, comentando una disposición análoga a la Sec. 1291b, antes transcrita, opina que un inmueble sometido al régimen horizontal: «... pierde tal carácter unitario para convertirse en un conjunto de apartamentos diferenciados .. susceptibles de aprovechamiento independiente, que jurídicamente adquieren singularidad al devenir objeto de propiedad separada». *Derecho de Propiedad Horizontal*, 3.^a ed., Barcelona, Ed. Bosch, 1976, pág. 70. Aún más, es de opinión, dicho autor, que el acto constitutivo de someter un edificio al régimen de propiedad horizontal, de un lado, y la individualización de los apartamentos en fincas separadas, de otro, ocurre jurídicamente en dos momentos distintos, aun cuando en el espacio y el tiempo ambas transacciones se consignan en un mismo instrumento público. A tales efectos, señala:

El propietario o propietarios de un edificio en su conjunto quieren vender de momento un solo piso. Al efecto hacen la declaración formal de que han decidido constituir el régimen de propiedad horizontal.

Esta declaración se inscribe en la finca matriz...

Al parecer, hay que distinguir dos momentos: la constitución del régimen y la separación de cada uno de los pisos. *Op. cit.*, pág. 148.

[876] BATLLE igualmente entiende que la constitución de un edificio en régimen horizontal no opera automáticamente para hacer de los apartamentos fincas autónomas (*sic*) de la finca matriz. En cuanto a ello comenta:

«Este negocio jurídico no entraña un acto de división material del edificio... [c]uando previamente no hay comunidad, como sucede en los casos del propietario único que vende por pisos y de los constructores que previamente han establecido esta forma de propiedad, que no es comunidad, es un contrasentido hablar de división». BATLLE, *La propiedad de casas por pisos*, 7.^a ed., Alcoy (España), Editorial Marfil, 1973, pág. 83.

Al anotarse el embargo en el Registro de la Propiedad, los *dieciséis* apartamentos afectados aparecían todavía sin inscripción y número de finca aparte, y sí descritos en el asiento de la finca matriz a nombre de Ramírez de Arellano & Co., Inc., dueña original del inmueble constituyente del régimen de propiedad horizontal, según lo ordenado en el artículo 26 de la Ley de Propiedad Horizontal, enmendado 31 LPRA, sec 1292d. Por tanto, los dueños de los apartamentos vendidos luego de trabado el embargo, como también Chase y Chicago, tenían o debieron tener conocimiento de las cargas que arrastraba la finca matriz, cargas que pesaban también sobre los apartamentos que aún no habían sido segregados y vendidos. Dicho conocimiento se presume por la esencial publicidad que hacía el Registro de estos hechos en sus anotaciones en la finca matriz. A estos efectos resultan pertinentes los siguientes comentarios.

...el tercero debe considerar que le afecta tanto lo que consta en la inscripción separada del local o piso que adquiere, como lo que consta en la inscripción del edificio total, del que el mismo forma parte, bien sean los Estatutos, las reglas del título constitutivo, así como las cargas, hipotecas y demás gravámenes que puedan estar constituidos sobre el total del edificio.

El Registro para el tercero y para todos estará siempre formado por ambos folios registrales: el del edificio total y el del piso o local independiente. C. ALTARRIBA SIVILLA, «Los principios [877] hipotecarios y la Propiedad Horizontal», 51 *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, pág. 93

Si ello es así cuando el apartamento constituye legalmente una finca separada, con más razón debe serlo cuando aún no ha sido segregado de la finca original y enajenado, sino meramente individualizado con miras a poder segregarlo y enajenarlo posteriormente.

Procede, por tanto, revocar la sentencia recurrida y dictar otra en que se declaren válidos los embargos trabados en los apartamentos envueltos en el presente recurso.

El Juez Asociado, señor Rigau, no intervino.

tamento) nace con la venta, lo que es imposible a tenor de lo dispuesto en el artículo 1.334 del Código Civil, y lo único que podría existir en una cesión de cuota en comunidad de bienes (art. 326 del Código Civil). Parecería que es por la venta que surge el objeto, siendo el fenómeno real inverso: porque hay objeto, el piso o local, es que puede venderse como objeto separado.

En consecuencia y por lo indicado hasta ahora, si no hay apertura de folio para el piso o local, no es dable más hipoteca que la del inmueble todo, apertura que reclama, al menos, que se inicien las obras en el concreto piso o local.

De otro lado, conviene precisar la expresión del artículo 158.12.º, cuando autoriza la hipoteca de un edificio declarado «en propiedad horizontal o condominio», pues la expresión pudiera entenderse como alternativa: *se puede hipotecar un piso tenido en condominio, o se puede hipotecar un piso tenido en horizontalidad*. En el primer caso, estaríamos ante el problema que se discute en Derecho español.

Pero la interpretación es sencilla, dado que el legislador, nuevamente, se apunta al léxico popular, imperfecto y atécnico, que califica a los edificios en altura como *condominios* (en expresión aún más llana, *condemonios*, dado el fomento de la casa terrera que se alienta por los dueños del suelo y que ha pasado a ser obsesión de la población).

Se trata de una equiparación semántica, como también acredita el título de la obra de GODREAU, que no trata del *condominio*, sino de la *horizontalidad*.

Consiguientemente, el artículo 158.12.º tiene directa relación con el artículo 82, párrafo tercero, circunstancia segunda; correspondiendo al artículo 158.13.º, ser correspondiente con el artículo 82, párrafo tercero, circunstancia primera: «Las edificaciones cuando los predios inscritos donde radiquen pertenezcan a distintos dueños y en el mismo caso las habitaciones o pisos de una edificación», se inscriben separadamente.

Ahora bien, que se inscriban separadamente los pisos y habitaciones de un mismo edificio cuando pertenezcan a dueños distintos, no es un caso de enfiteusis, que tiene su encaje más propio en el artículo 158.5.º (que declara hipotecable la superficie), en relación con los artículos 39.1 a 39.5 del Reglamento, en lo que sean aplicables a tal hipótesis. Quedaría, pues, como alternativa, la situación de la propiedad de casas por pisos, alumbrada en el artículo 330 del Código Civil y que tenía su correspondencia en el artículo 8 de la Ley Hipotecaria de 1893, según quedó redactado por la Ley n.º 422, de 13 de mayo de 1951. El problema estriba en que la Ley de Propiedad Horizontal, si bien no pone fin a dicha posibilidad, la restringe enormemente, al disponer su artículo 47 que «las disposiciones del artículo 330 del Código Civil y del artículo 8 de la Ley Hipotecaria serán aplicables únicamente a aquellos edificios cuyos pisos estén, a la fecha de vigencia de esta Ley,

constituidos a virtud de los referidos preceptos legales...», que quedan autorizados a someterse al régimen de horizontalidad resultando, así, un régimen a extinguir. Naturalmente, en este caso estamos ante una situación de hipotecabilidad normal y corriente, por el efecto individualizador que provoca el artículo 330 del Código Civil.

Ahora bien, la alusión del artículo 82, párrafo tercero, circunstancia primera, tiene también otro sentido, derivado del fallo recaído en *BERROCAL v. Tribunal* (77), cit., en que ante un claro caso de arrendamiento con facultad para edificar una casa de madera, convertida la edificación en casa de cemento armado (hormigón o *concreto*), arrendador y arrendatario modificaron el contrato original al efecto de asegurarse el propietario el retiro de lo construido al término del contrato. Acuerdo impugnado en su momento por no haber consentido la esposa (al tratarse de un consentimiento sobre contrato *relativo a inmueble*), lo que llevó al ponente a traer la figura del arriendo enfiteúutico del Código Civil francés, afirmar que el derecho del propietario del suelo no puede actuarse sin efectuar el pago de las mejoras (por lo que, ínterin, el edificio no accedería al suelo; y, entonces, manteniéndose como material añadido y separado sin ser inmueble: ¿por qué el consentimiento de la esposa?) y, en fin, alterando sensiblemente el régimen jurídico del Código Civil. Pero, al ser una *Decisión*, el legislador se siente obligado a convertirlo en ley formal.

Si esto es cierto, surge entonces una modalidad de superficie que no es superficie, sino arrendamiento con construcción consentida que provoca una accesión inversa. Producida ésta, estamos ante una situación normal y corriente (obligada segregación de la parte de suelo en que se ha construido), pero, mientras se llega a ello, titularidad sobre el edificio distinta de la del suelo y sin ser superficie o enfiteusis, susceptible de hipotecarse.

Pero, a la luz del desastre que significó *Castle Enterprise, Inc.*, autorizando una agrupación de fincas urbanas no colindantes, sometida una de ellas a régimen de horizontalidad para ser la otra elemento común de servicio (estacionamiento), dado que, entendió el Tribunal Supremo en su supina ignorancia, que no había norma ninguna que lo prohibiera (en contra, la Ley Hipotecaria, su Reglamento y la propia Ley especial sobre régimen horizontal), el Tribunal, usando por primera vez de la interpretación «*constructiva e imaginativa*», admitió la agrupación de fincas urbanas no colindantes. Y como se trataba de un caso de horizontalidad, el legislador, fiel amanuense, volcó la hipótesis en el artículo 86 de la Ley Hipotecaria, autorizando la agrupación de «las fincas que, aun cuando no sean colindantes, se unan a edificio de propiedad horizontal para que en calidad de elementos comunes y como anejos inseparables presten servicio a los apartamentos o se destinen al manteni-

(77) VÁZQUEZ BOTE, *Tratado*, XXI.

miento del edificio quedando dichos inmuebles así agrupados, sometidos al régimen legal de la propiedad horizontal, como elementos comunes voluntarios, generales o limitados, según los casos». Naturalmente, la perspicacia del legislador autoriza entonces a agrupar edificios situados en circunscripciones diferentes (art. 84), pero, respecto del tema que nos ocupa, solamente aparecerá una hipoteca, ya sobre el entero inmueble expresado en dos o más edificios separados, o respecto de los correspondientes apartamentos. Esto es, un caso normal dentro de la aberración de la hipótesis.

Resumiendo, pues, si bien el Derecho puertorriqueño plantea aquí problemas muy peculiares, no guardan éstos relación alguna con los problemas que tiene el Derecho español. La advertencia es importante porque, dada la costumbre del Tribunal Supremo de leer a los autores (españoles en este caso; en general, de cualquier parte en que haya un Código), pero con desconocimiento absoluto de las normas (las propias y las ajenas), no sería extraña una *Decisión* que trajese el problema español al paio de una cuestión local.

En fin, el artículo 158.13.º permite hipotecar «el edificio construido en suelo ajeno pero sin perjuicio del derecho del propietario del terreno y entendiéndose sujeto a tal gravamen solamente el derecho que el mismo que edificó tuviere sobre lo edificado», hipótesis que responde al caso de *BERROCAL v. Tribunal*, cit., a situaciones de superficie (arts. 38.1.º, 82 de la Ley; y arts. 39.1 y sigs. del Reglamento Hipotecario), de enfiteusis (arts. 38.1.º y 82 de la Ley, y 39.1 y sigs. del Reglamento) o de construcción en suelo ajeno (arts. 82 de la Ley, y 39.1 y sigs. del Reglamento). Superficie y enfiteusis no plantearán problema alguno; sí surgirá la particularidad de construcciones en suelo ajeno, que, en cuanto derecho temporal, deberán regirse especialmente por lo previsto en el artículo 39.3 del Reglamento Hipotecario. No obstante, debe hacerse constar que, parece ser el pensamiento del legislador, la superficie suele ser perpetua, y la construcción en suelo ajeno algo temporal (lo que llevaría a un arrendamiento con facultad de disposición, según previene el art. 1.547 del Código Civil).

2. EXTENSION OBJETIVA DE LA HIPOTECA

Bajo la perspectiva de la noción del *crédito hipotecario* (78), cuando se hace referencia a la extensión de la hipoteca cabe hacer dos enfoques diversos, pues esa hipoteca puede ser analizada con relación a la obligación cuyo cumplimiento tiende a asegurar, como con respecto al bien inmueble o derecho real inmobiliario. Esto no obstante, la expresión *extensión objetiva de la hipoteca* tiene ya consagrado un significado concreto entre los estudios de la

(78) *Vide supra*.

materia (79) para aludir exclusivamente a la extensión de la hipoteca a una serie de bienes, siguiendo el destino del inmueble objeto de garantía. Son razones de carácter económico y fomento del crédito territorial, facilitando la posición del acreedor, indudablemente, las que explican el fenómeno de esa extensión. «La garantía hipotecaria no se contrae a la materialidad de la finca y a los edificios, sino que se entiende que constituyen su dotación, formando un conjunto al que podríamos dar el nombre de “patrimonio básico”. Esta tendencia expansiva de la responsabilidad sobre la finca tiene por principal objetivo el fomento del crédito hipotecario, aunque también responde, en parte, a otros intereses de índole económica. Supongamos que el acreedor hipotecario saque a subasta una finca rústica: si de ella se separasen los ganados y los instrumentos de labor, necesarios para su cultivo, aniquilaríanse las bases económicas de la explotación» (80). Nada se diga si objeto de hipoteca lo es un complejo de naturaleza industrial. Y, la circunstancia de que buena parte de las hipotecas que en Puerto Rico se constituyen se refieran a la casa-habitación, no excluye, ciertamente, otras variables. Pero es que, además, en cierta medida la extensión objetiva viene determinada, jurídicamente, por la mecánica propia del principio de accesión. Lo que explica la subsiguiente aseveración de NUSSBAUM (81), de que «la responsabilidad que sujeta al “patrimonio básico” no puede ser tan estrecha que el propietario necesite contar con el hipotecarista para disponer de cualquier objeto de su pertenencia. Se comprende, sin necesidad de más explicación, que pueda, por ante sí, enajenar o gravar nuevamente la finca en su totalidad. Más bien debe ser libre para disponer de algunas cosas muebles a que se extiende la garantía, por ejemplo, de las cosechas o de las rentas o alquileres. La responsabilidad hipotecaria presenta, pues, un carácter especial. De momento, es sólo potencial y latente, y no se convierte en actual y efectiva hasta que el hipotecarista “embargue” la finca para hacer valer sus derechos sobre ella ejecutivamente».

Hay, pues, un cierto equilibrio de intereses, que varían, naturalmente, según la estructura económico-social de cada país en su correspondiente momento histórico.

Desde el primer punto de vista, con relación a la obligación hipotecariamente asegurada, el artículo 166 de la Ley Hipotecaria previene que «Salvo pacto en contrario, la hipoteca constituida a favor de un crédito que devengue intereses sólo asegurará, con perjuicio de tercero, además del capital, los intereses de los dos años últimos transcurridos y la parte vencida de la anua-

(79) Cfr. MUÑOZ MORALES, *Lecciones*, II, pág. 62; CHICO, *Estudios*, II, pág. 1307; PUIG BRUTAU, *Fundamentos*, III-3, págs. 19 y sigs.; ROCA SASTRE, *op. cit.*, IV, pág. 240; MORELL, *loc. cit.*, vol. 3.

(80) NUSSBAUM, *Derecho hipotecario alemán*, cit., pág. 111.

(81) *Ibidem*.

lidad corriente. En ningún caso podrá estipularse que la hipoteca asegure intereses por un plazo superior a cinco años. Cuando se fije en la escritura una cantidad global para responder del pago de intereses no podrá el mismo exceder del importe correspondiente a los intereses de cinco anualidades».

Sin embargo, el artículo 167 de la Ley autoriza que «para asegurar los intereses vencidos y no satisfechos que no estuvieren garantizados conforme al artículo anterior el acreedor podrá exigir del deudor ampliación de la hipoteca sobre los mismos bienes hipotecados. Esta ampliación no perjudicará en ningún caso los derechos reales inscritos con anterioridad a ella. Si la finca hipotecada no perteneciere al deudor, no podrá el acreedor exigir que se constituya sobre ella la referida ampliación, pero podrá ejercitar igual derecho respecto a cualesquiera otros bienes inmuebles o derechos del deudor que puedan ser hipotecados».

En tema de extensión de la hipoteca por razón de intereses, de los tres sistemas existentes como modelo, el sistema de garantía con tope máximo, de garantía indefinida y de ampliación de hipoteca, el texto vigente, al igual que el de la Ley de 1893, se acoge a los tres en un régimen híbrido, en función de los intereses en juego (82). Así, en tanto en cuanto la relación entre

(82) El sistema de garantía indefinida se funda «en la idea de que es natural que la garantía de lo principal se extienda a lo accesorio, de igual manera que ocurre con la extensión objetiva de la hipoteca. Constando en el registro la cuantía del crédito y el tipo de interés que produzca, quedan suficientemente cumplidas las exigencias del principio de especialidad hipotecaria».

El sistema de tope máximo se funda «en la ventaja de proporcionar plena seguridad a todo posterior adquirente del dominio o de un derecho real sobre la finca hipotecada, favoreciendo con ello el crédito territorial. El primer sistema ofrece el inconveniente de que se vayan acumulando intereses impagados aumentando sucesivamente, por desidia o mala fe del acreedor, el volumen de responsabilidad hipotecaria, lo que dificulta contratar sobre la finca hipotecada, ya que obligará a quien pretenda hacerlo con seguridad, a una serie de investigaciones para comprobar la verdadera cuantía de los intereses que quedan por satisfacer, a fin de descontarlos del precio de la adquisición. Todo ello provoca clandestinidad, imprecisión e inseguridad, o sea, falta de publicidad y especialidad. Claro está que prescribiendo a los cinco años la acción para reclamar intereses vencidos (art. 1.866, 3.º del Código Civil), el perjuicio no puede ser grande, pero no hay que olvidar que la prescripción puede haber quedado interrumpida y que el acreedor ya cuidará de que suceda así.

En cambio el sistema de tope máximo elimina estos peligros e inseguridades, estimulando a la vez la diligencia del acreedor con ventaja suya y del mismo deudor, pues a éste le será más difícil pagar al vencer el capital una gran masa de intereses acumulados; además, impide que deudor y acreedor se confabulen en contra de un posterior adquirente, presentando como no pagados, intereses que en realidad ya lo están».

El sistema de ampliación de la hipoteca «tiene la desventaja de que el acreedor, para estar seguro, a cada período (trimestre, semestre o anualidad) deberá reclamar la constitución de una hipoteca especial con todas sus complicaciones inherentes, constituyendo todo ello un estímulo para que el acreedor opte por exigir ejecutivamente el pago de cada devengo de intereses, con lo cual resultaría perjudicado el deudor, pues no gozaría del respiro que proporcionan los otros dos sistemas.

deudor y acreedor se mantenga sin intervención de terceros, la hipoteca asegura todos los intereses producidos y no devengados, de conformidad con lo estipulado en el artículo 190 de la Ley («Se considerará asegurado con la hipoteca el interés del préstamo en la forma que prescriben los arts. 166 y 167 únicamente cuando la estipulación y cuantía de dicho interés resulte de la inscripción misma. *El acreedor hipotecario podrá repetir* contra los bienes hipotecados para el pago de los intereses vencidos, cualquiera que sea la época en que deba verificarse el reintegro del capital...»; énfasis añadido). Pero si se produce la intervención de terceros, el mismo precepto determina un freno a la garantía («...mas si hubiese un tercero interesado en dichos bienes, a quien pueda perjudicar la repetición, no podrá extender la cantidad que por ella se reclama de la garantizada con arreglo al art. 166»). Si el tercero no es sólo interesado, sino además tercer adquirente del inmueble o derecho real constituido sobre el mismo, se recurre el sistema de tope máximo, fijado en el citado artículo 166, criterio que reitera el artículo 190, proposición última. Y en las situaciones en que la finca no pasa a manos de un tercer poseedor, el acreedor hipotecario puede solicitar la ampliación de la hipoteca a otros bienes del deudor, criterio recogido en el artículo 167, que dispone: «Para asegurar los intereses vencidos y no satisfechos que no estuvieren garantizados conforme al artículo anterior, el acreedor podrá exigir del deudor ampliación de la hipoteca sobre los mismos bienes hipotecados. Esta ampliación no perjudicará en ningún caso los derechos reales inscritos con anterioridad a ella. Si la finca hipotecada no perteneciere al deudor, no podrá el acreedor exigir que se constituya sobre ella la referida ampliación, pero podrá ejercitar igual derecho respecto a cualesquiera otros bienes del deudor».

Naturalmente, para el caso de insuficiencia de la acción real, previene el artículo 191 la reclamación obligacional correspondiente, salvo que se haya pactado límite de responsabilidad a los bienes hipotecados: «La parte de intereses que el acreedor no pueda exigir por la acción real hipotecaria, podrá reclamarla del obligado por la personal, salvo en el caso previsto en el artículo 184», que establece aquella limitación en cuanto pactada.

Naturalmente, para que la suma de intereses pactada quede asegurada hipotecariamente en perjuicio de tercero es necesario que acceda al Registro

Además, como entre la inscripción de la hipoteca principal y la de esta hipoteca supletoria, pueden haberse constituido otras intermedias y hasta haberse enajenado la finca gravada, entonces surge el problema de la *prelación* que deba atribuirse a dicha hipoteca especial por intereses. Si surte efectos *con el mismo rango* de la hipoteca principal, perjudica a dichos posteriores adquirentes, con lo cual el sistema viene a transformarse en el primero, pero con complicaciones; en cambio, si sólo produce efectos *desde la fecha* en que la hipoteca ampliatoria se inscribe, puede ésta quedar fácilmente inutilizada, deviniendo casi inoperante» (ROCA, *op cit.* IV, *passim*, págs. 268-270).

tanto la estipulación al respecto como la determinación exacta de su cuantía, conforme determina el artículo 190: «Se considerará asegurado con la hipoteca el interés del préstamo en la forma que prescriben los artículos 166 y 167 únicamente *cuando la estipulación y cuantía de dicho interés resulten de la inscripción misma...*»; énfasis añadido).

En todo caso, queda excluido el anatocismo, pues, como indica PUIG BRUTAU, «los intereses de los intereses quedan excluidos de la garantía hipotecaria», pues la Ley se refiere solamente a los intereses del capital (83).

La Ley vigente no cambia, pues, el régimen de la de 1893 esencialmente, tal como reconoce la E. de M., tan raquíta en este tema de hipotecas, por cierto, al aludir al Título X sobre Hipotecas: «Este título ha permanecido casi idéntico desde el proyecto del Código hipotecario de 1967. Sólo se han hecho algunos ajustes para mantener el acuerdo con alguna disposición ya propuesta» (84).

Del mismo modo, no responderá nunca la finca hipotecada de gastos judiciales, costas u honorarios de abogado, sin pacto al respecto y exacta precisión de su cuantía: «Los bienes hipotecados no responden de las costas y honorarios de abogados que se ocasionen por la reclamación judicial del crédito hipotecario a no constar inscrito en el registro la cantidad convenida para este propósito» (art. 201, párrafo tercero de la Ley).

En el sentido técnico y preciso de *extensión objetiva* se alude, como se ha indicado, a la serie de situaciones o hipótesis en que unos bienes, que no fueron objeto de la hipoteca constituida, se entienden no obstante hipotecados. En general alude al punto el artículo 1.776 del Código Civil, al disponer que «la hipoteca se extiende a las accesiones naturales, a las mejoras, a los frutos pendientes y rentas no percibidas al vencer la obligación, y al importe de las indemnizaciones concedidas o debidas al propietario por los aseguradores de los bienes hipotecados o en virtud de expropiación por causa de utilidad pública, con las declaraciones, ampliaciones y limitaciones establecidas por la Ley, así en el caso de permanecer la finca en poder del que la hipotecó, como en el de pasar a manos de un tercero». La norma es reiterada por el artículo 160 de la Ley Hipotecaria, al determinar que «la hipoteca se extiende a las acciones naturales, a las mejoras y al importe de las indemnizaciones concedidas o debidas al propietario por los aseguradores de los bienes hipotecados o en virtud de expropiación forzosa, y al exceso de cabida de la finca hipotecada, aunque el mismo se haya hecho constar en el Registro con posterioridad a la inscripción de aquélla» (85).

(83) PUIG BRUTAU, *op. cit.*, III-3, pág. 124.

(84) Ver MUÑOZ MORALES, *op. cit.*, págs. 79 y sigs.

(85) Mismo régimen establece para los censos el artículo 168 de la Ley al disponer que «el acreedor por pensiones atrasadas de censo no podrá repetir contra la finca cen-

Dos criterios distintos, aunque no encontrados, parecen ilustrar el criterio del legislador. De un lado, que la tradicional idea de que lo accesorio sigue a lo principal es una regla que «es preciso entender en la actualidad sometida a principios como el de la valoración que podía tener en la determinación del objeto hipotecado la presunta voluntad manifestada por los interesados» (CHICO ORTIZ), esto es —a efectos de evitar la aparente contradicción [*presunta voluntad manifestada*]— un más moderno criterio capitalista que prima la idea. De otro lado, «la extensión objetiva de la hipoteca tiene una diversa repercusión según nos fijemos en aquellas fincas de carácter normal y aquellas otras que tienen un carácter excepcional y en las que suele predominar la unidad orgánica, bien de explotación o de destino. Puede afirmarse que las fincas normales tienen un sustrato material, tangible, compuesto de un trozo de superficie terrestre individualizado por su delimitación geométrica y geográfica, como elementos que son de la naturaleza susceptibles de apropiación. Por el contrario, la base económica de las fincas anormales es obra del hombre, y su delimitación tiene, por tanto, los rasgos impresos en la naturaleza de la actividad humana. De aquí la importancia que asume la consideración del destino como factor individualizador» (86).

Bajo estos dos enfoques diversos, cabe separar una *extensión natural* y una *extensión pactada*.

El citado artículo 160 se refiere a la primera modalidad, concebida bajo tres manifestaciones diversas:

1.^a Las accesiones naturales. La accesión, como es sabido, se configuró en el Derecho romano como uno de los modos de adquirir *secundum quid* (*Ius adquirendi quod rei nostrae adiungitur incrementum*. Instituta), correspondiéndose con el artículo 287 del Código Civil, cuyos preceptos subsiguientes regulan la accesión natural, la industrial y la mixta. Correspondientemente, el artículo 161, párrafo primero, determina que «se entenderán hipotecados conjuntamente con la finca, aunque no se mencionen en el contrato, siempre que corresponda al propietario... la agregación de nuevos terrenos por accesión natural»; así como las servidumbres, dado que no son hipotecables «a menos que se hipotequen juntamente con el predio dominante» (art. 159.1.º de la Ley), así como los elementos comunes en la horizontalidad (art. 6, respecto del 8 de la Ley de Propiedad Horizontal) y los anejos de los elementos privativos (art. 3 de la Ley de Propiedad Horizontal).

suada con perjuicio de otro acreedor hipotecario o censualista posterior, sino en los términos y con las restricciones impuestas en los artículos 166 y 167, pero podrá exigir hipoteca en el caso y con las limitaciones que tiene derecho a hacerlo en la finca acensuada».

(86) CHICO, *Estudios*. II, págs. 1397-1398.

El citado artículo 161, párrafo primero, extiende, asimismo, la hipoteca a «las mejoras que consistan en nuevas plantaciones, obras de riego o desagüe, obras de reparación, seguridad, transformación, comodidad, adorno o elevación de edificios, o cualquiera otras (*sic*) semejantes». No obstante, el artículo 162.4.º excluye de dicha accesión «las nuevas construcciones de edificios donde antes no los hubiera», provocando, así, y por vía de constitución *ex lege*, una situación de enfiteusis en modalidad superficiaria; ciertamente, tal efecto se produce «salvo pacto expreso o disposición legal en contrario» (art. 162, inicio). Como resalta CHICO (87), «este pacto deberá constar en el Registro de la Propiedad para que pueda afectar a terceros, pues en el caso de ejercitar la acción hipotecaria y salga a subasta, debe tener derecho preferente para el cobro del valor de lo construido el dueño del inmueble. El tema no sólo es de indemnizaciones por el juego de la accesión, sino de una constitución obligada de un derecho de superficie. Las Resoluciones de 23 y 26 de octubre de 1987 deniegan la inscripción de un pacto en que se pretendía la extensión de la hipoteca a edificaciones futuras hechas por un tercero, pues sobrepasan los términos del artículo [163] de la Ley Hipotecaria. Cabe citar también la Resolución de 6 de febrero de 1986, que declaró inscribible una escritura en la que se mencionaba un inmueble, aunque no se hubiera declarado la obra nueva».

2.ª A tenor del artículo 161, párrafo segundo, también se extiende la hipoteca a «las indemnizaciones concedidas o debidas al propietario de los inmuebles hipotecados, bien por el aseguramiento de éstos, siempre que haya tenido lugar el siniestro después de constituida la hipoteca, o bien por expropiación forzosa. Si cualquiera de estas indemnizaciones debiera hacerse efectiva antes del vencimiento de la obligación asegurada y quien haya de satisfacerla hubiera sido notificado previamente de la existencia de la hipoteca se depositará su importe en la forma que convengan los intereses o, a falta de tal convenio, en la que disponga el Tribunal». Habiendo desaparecido el inmueble en todo o en parte, reduciéndose así, su valor en garantía, se decreta por la Ley una subrogación en beneficio del acreedor hipotecario, subrogación que tiene naturaleza real (88). Tratándose de inmueble sometido al ré-

(87) *Ibidem*, pág. 1399.

(88) En tema de censos, determina el artículo 1.517 del Código Civil: «Si por fuerza mayor o caso fortuito se pierde o se inutiliza totalmente la finca gravada con censo, quedará éste extinguido, cesando el pago de la pensión. Si se pierde sólo en parte, no se eximirá el censatario de pagar la pensión, a no ser que prefiera abandonar la finca al censalista».

Por su parte, determina el artículo 1.518 del Código Civil: «En el caso del párrafo primero del artículo anterior, si estuviere asegurada la finca, el valor del seguro quedará afecto al pago del capital del censo y de las pensiones vencidas, a no ser que el censatario prefiera invertirlo en reedificar la finca, en cuyo caso revivirá el censo con todos sus efectos, incluso el pago de las pensiones no satisfechas. El censalista podrá exigir del censatario que asegure la inversión del valor del seguro en la reedificación de la finca».

gimen de horizontalidad, previene el artículo 44 de la Ley especial que «en caso de siniestro, la indemnización del seguro del inmueble se destinará... a la reconstrucción del mismo», pero hace excepción de lo dispuesto en el artículo 111.5.º de la Ley Hipotecaria por referencia a la de 1893; precepto que disponía la extensión de la hipoteca a «las indemnizaciones concedidas o debidas al propietario de los inmuebles hipotecados...», precepto correspondiente con el actual artículo 161, párrafo segundo de la vigente Ley Hipotecaria.

El alcance de tal subrogación, como dice PUIG BRUTAU siguiendo a ROCA SASTRE, provoca una modificación inmediata del crédito hipotecario, que pasa a convertirse en pignoraticio (89).

La solución impuesta en beneficio del acreedor hipotecario solamente se explica, para MORELL y MUÑOZ MORALES en que no hay precepto que garantice al acreedor que el deudor aplicará el importe de la indemnización al fin restaurador, mientras que ARAGONÉS considera la norma injusta, porque la entrega total de la indemnización al acreedor hipotecario (90) perjudica al propietario, quien reconstruyendo el inmueble restablece la garantía (91). El mismo ROCA SASTRE indica que, en Alemania, «el artículo 1.127 del Código Civil dispone que la sujeción de la indemnización por seguro al derecho del acreedor hipotecario cesa cuando el objeto asegurado es reconstituido o reemplazado. Algo semejante establece el artículo 822 del Código Civil suizo y

(89) «El derecho de crédito contra el asegurador o la cantidad pagada por indemnización del siniestro no son bienes inmuebles, de modo que la subrogación real significará que la hipoteca se convertirá en prenda. La cuestión tiene poca importancia práctica, pues lo que interesa es que se produzca la eficacia real de la subrogación. Prenda e hipoteca desempeñan la misma función de garantía respecto de una obligación. Pero en todo caso el siniestro ha de haberse producido después de constituida la garantía.

La misma conversión de garantía inmobiliaria en mobiliaria se produce cuando en la ejecución de la finca gravada con hipotecas posteriores a la que ha servido para seguir el procedimiento, existe sobrante en la subasta y remate. La suma que pasa a disposición de los acreedores posteriores es igualmente una cosa mueble.

La actual redacción del número 2.º del artículo 110 de la Ley exige que el pagador del seguro haya sido previamente notificado de la existencia de la hipoteca, lo cual significa que la empresa aseguradora no tiene la obligación de averiguar si la finca está hipotecada y puede pagar la indemnización al propietario con plenos efectos liberatorios sin intervención del acreedor; pero solamente cuando no haya mediado la indicada notificación.

Todo ello, siempre que la indemnización por seguro haya de pagarse antes del vencimiento de la obligación garantizada con hipoteca. La Ley no habla del caso de tenerse que pagar el seguro después del vencimiento de la hipoteca, pero no hay duda que, si no ha habido notificación, el asegurador puede pagar al propietario» (PUIG BRUTAU, *loc. cit.*, págs. 133-134).

(90) La excepción del artículo 1.518 del Código Civil para el censo tiene, para ROCA SASTRE (IV, pág. 248, nota 1) su razón en ser el censo un gravamen de larga duración frente a la transitoriedad de la hipoteca.

(91) MUÑOZ MORALES, *loc. cit.*, pág. 75.

el artículo 2.742 del nuevo Código Civil italiano. Es muy usual en Alemania —dice NUSSBAUM— la cláusula llamada de “restauración”. Se destina el importe de la indemnización del seguro a la reparación de la finca, cuando el asegurador se ha obligado a abonar la cantidad necesaria para reparar el edificio siniestrado y así lo hace. Con ello —dice dicho autor— se quita al asegurado la perspectiva de recibir dinero contante en caso de un siniestro, cortándose por lo sano los incendios especulativos. Evidentemente que, sobre todo tratándose de edificios, la conveniencia de estimular la edificación imponía al reformador hipotecario de 1944-46 seguir estas directrices de los Derechos alemán e italiano, adoptando las oportunas precauciones para la efectiva inversión del importe de la indemnización en la reconstrucción del edificio destruido o deteriorado. Es verdaderamente absurdo que no habiendo vencido el crédito hipotecario no pueda el propietario de la finca optar por sí solo por la reconstrucción o reparación, lo cual hoy esto sólo puede lograrse por medio del oportuno acuerdo entre dicho propietario y el acreedor, o en virtud de un pacto anterior» (92).

Asimismo se extiende la hipoteca a las indemnizaciones derivadas de procedimientos de expropiación forzosa (93).

Como bien destaca PUIG BRUTAU (94), el régimen de dichas indemnizaciones es referible a cualesquiera y, por consiguiente, «no sólo las procedentes de seguro y expropiación forzosa, sino igualmente las que ha de percibir el concesionario cuando quede resuelto su derecho sobre la concesión hipotecada», tal como, en efecto, resulta de lo dispuesto en el artículo 135, circunstancia tercera de la Ley Hipotecaria, al disponer que «las inscripciones de hipotecas constituidas sobre obras destinadas al servicio público, cuya explotación conceda el Estado y que estén directa y exclusivamente afectas al referido servicio, se cancelarán, si se declarase resuelto el derecho del concesionario, en virtud del mismo título en que se haga constar su extinción y del documento que acredite haberse consignado en debida forma para atender el pago de los créditos hipotecarios inscritos, el importe de la indemnización que en su caso deba percibir el concesionario».

3.^a «Las mejoras consistentes en nuevas plantaciones, obras de riego o desagüe, obras de reparación, seguridad, transformación, comodidad, adorno o elevación de edificios, o cualquiera otras semejantes», relación en la cual no sólo se incluyen las mejoras en sentido más propio (95), sino en realidad los simples gastos que, sin implicar incremento de valor, suponen conservación del objeto hipotecado, excluyéndose la agregación de terrenos en sentido

(92) ROCA SASTRE, *loc. cit.*, págs. 248-249; NUSSBAUM, *op. cit.*, págs. 121-122.

(93) Ver Ley de 12 de marzo de 1903 y sus enmiendas.

(94) *Loc. cit.*, pág. 134

(95) VÁZQUEZ BOTE, *Tratado*, VII.

técnico, esto es, de una finca para con otra (art. 85 de la Ley Hipotecaria), sino, como bien dice el artículo 161, solamente las naturales. Por ello, se extiende la hipoteca al «exceso de cabida de la finca hipotecada, aunque el mismo se haya hecho constar en el Registro con posterioridad a la inscripción de aquélla» (art. 160, proposición última), que no es sino una aplicación del principio contenido en el artículo 1.360 del Código Civil.

Ahora bien, cabe, mediante pacto al respecto, ampliar aún más la base objetiva de la hipoteca, en función de la libertad de pactos consagrada en el artículo 1.207 del Código Civil, posibilidad que tiene su desarrollo en el artículo 162 de la Ley Hipotecaria por vía de exclusión de aquella extensión objetiva, si las partes no lo determinan así expresamente:

«Salvo pacto expreso o disposición legal en contrario, la hipoteca, cualquiera que sea su naturaleza y forma de obligación que garantice, no comprenderá:

1.º Los objetos muebles que se hallen colocados permanentemente en la finca hipotecada, bien para su adorno, comodidad o explotación, o bien para el servicio de alguna industria, a no ser que no puedan separarse sin quebranto de la materia o deterioro del objeto (96).

2.º Los frutos, cualquiera que sea la situación en que se encuentren. Dejando de lado los frutos civiles —rentas e intereses no quedan vinculados por la hipoteca, salvo pacto expreso entre las partes, en cuyo caso la garantía se extiende directamente al crédito, no empece ser cosa mueble—, ciertamente la expresión no distingue ni diferencia entre frutos, pero debe observarse qué frutos naturales, cuales crías y productos de animales no entran dentro de la garantía hipotecaria, por ser cosas muebles; pero en todo caso debe prevenirse la presencia de un pacto anticrético.

3.º Las rentas vencidas y no satisfechas al tiempo de exigirse el cumplimiento de la obligación garantizada». Se trata de frutos civiles (art. 289.3.º del Código Civil), por lo que excluidos dado también su carácter mobiliario, aparte de pertenecer enteramente al patrimonio del deudor hipotecario. Carece la legislación hipotecaria puertorriqueña de una norma semejante al artículo 131, circunstancia sexta de la Ley Hipotecaria española, dada la limitada perspectiva del legislador puertorriqueño respecto del procedimiento de ejecución por la vía sumaria, al haber atendido simplemente a la rutina de los *acreedores institucionales*, como tantas veces ocurre, los cuales, obviamente, no tienen interés alguno en la garantía, sino en su conversión dineraria y en el producido del préstamo. Aparte, naturalmente, la legislación sobre préstamos agrícolas, que fijó un régimen jurídico completamente distinto, así como la otra legislación de contratos de refacción agrícola.

(96) Cfr artículo 263 del Código Civil, *a c s.*

4.º En fin, y como se ha indicado, «las nuevas construcciones de edificios donde antes no los hubiera».

No obstante lo expuesto, surge en este punto, y en tanto en cuanto la finca hipotecada no pase a manos de un tercer poseedor, un interesante problema de determinación conceptual que, quizá con menos precisión y propio de la oscuridad del momento, planteaba ampliamente MUÑOZ MORALES con referencia a la Ley de 1893 y que la vigente tampoco concreta (97) y es el relativo al juego de la extensión de la hipoteca a las denominadas *partes integrantes, pertenencias y accesiones o mejoras*.

Cuando se hace referencia a *partes integrantes* de una cosa, no suele hacerse referencia a los elementos que constituyen las cosas simples, sino que se trata de aquellos otros que son componentes de un todo, aunque ofrecen cierta autonomía, pero que se hallan coaligados entre sí para formar aquél.

Por este doble matiz es que algunos tratadistas, siguiendo las pautas del BGB, distinguen las partes integrantes *esenciales* y las *no esenciales*, según que la posibilidad de separarse del todo sin detrimento de éste y de la parte se dé o no.

El tratamiento jurídico de las partes integrantes se disciplina del siguiente modo: *a)* el poseedor de la cosa principal posee también sus partes integrantes (98); *b)* el propietario de la cosa principal puede reivindicar el todo del tercer poseedor; *c)* la venta o disposición, en general, de la cosa principal, se extiende también a las partes integrantes; *d)* si el todo es inmueble, se consideran también inmuebles las partes integrantes del mismo.

Como ha escrito LEHMANN, para el ordenamiento jurídico es sólo relevante el conocer la existencia de una parte de la cosa cuando se trate simplemente de una parte ideal, sino de una parte corporalmente delimitada; y es que la parte integrante entra en consideración para el ordenamiento jurídico sólo desde el punto de vista de la posibilidad de reconocer la existencia de derechos separados sobre la misma. El admitir la existencia de derechos separados sobre la parte integrante de una cosa conduciría con frecuencia a destruir valores económicos importantes para conseguir una ventaja relativamente insignificante. Así ocurre cuando se introduce en la construcción de un edificio un material ajeno. De ahí que las XII Tablas vedaran la *vindicatio* de las partes de un edificio. En los casos en que a la parte de la cosa le falte la

(97) MUÑOZ MORALES, *Lecciones*, cit., II, págs 69-73 y 77-79.

(98) Un sector de la doctrina alemana divide las partes integrantes en esenciales y no esenciales; en las primeras —que FERRARA llama *no separables*— no puede existir el dominio separado, de tal manera que la titularidad real sobre el todo se extiende necesariamente a las partes incorporadas al mismo, siendo ineficaces, como concluye CASTÁN TOBENAS, incluso la reserva de propiedad que expresamente pudiera hacerse de tales elementos. En cambio, las otras pueden ser objeto de derechos separados.

delimitación corporal en sentido amplio, es decir, cuando se trate de partes puramente ideales, quedará prácticamente excluida la admisibilidad de derechos separados sobre esas partes ideales; las diferentes partes de las que consta la cosa tienen necesariamente idéntica situación jurídica.

El Código Civil de Puerto Rico no recoge una configuración jurídica de la parte integrante al modo como la ha llevado a cabo la doctrina alemana, pero menciona el concepto en algunos preceptos (99), suponiendo la idea de otros artículos. Pero, al carecer el Código de una disposición semejante a la del *BGB*, conforme a la cual, las partes integrantes no pueden ser objeto de derechos separados, no existe, en principio, inconveniente alguno para reconocer que las partes integrantes pueden actuarse como objetos propios de relaciones jurídicas independientes, salvo que expresamente se prohíba por el Derecho en vigor.

En esta línea, el artículo 335 del Código Civil determina una prohibición al ordenar que «sin embargo de lo dispuesto en el artículo anterior, los copropietarios no podrán exigir la división de la [cosa] común, cuando de hacerlo resulte inservible para el uso a que se destinaba». Otra prohibición determina el artículo 1.015 del Código Civil, al prevenir que si una cosa desmereciese con su división, podrá adjudicarse a uno, de entre los herederos, a calidad de abonar a los otros el exceso en dinero; «pero bastará que uno sólo de los herederos pida su venta en pública subasta y con admisión de licitadores extraños, para que así se haga».

Pero no faltan autores que favorecen una interpretación del Código Civil con una orientación similar a la alemana, en consideración a que, si bien es cierta la ausencia de una prohibición de alcance general y completa, de la regulación dada por dicho cuerpo legal a los bienes, se desprende el criterio de que es opuesto a que sobre partes integrantes se constituyan relaciones jurídicas. Así se expresa, por ejemplo, CASTÁN TOBEÑAS, quien, en tesis opuesta a los anotadores de la traducción castellana de la obra de Enneccerus (PÉREZ GONZÁLEZ y ALGUER), niega a las partes integrantes calificación de objetos singulares.

Respecto de las *pertenencias*, su noción deriva de la referencia a una cosa respecto de otra, que le es principal, de carácter inmueble, conforme con la técnica usada por el Código Civil (art. 263); y, a diferencia del Derecho alemán, en que la unión de cosas muebles es determinante de la relación de pertenencia, el Derecho puertorriqueño conoce esa modalidad con la denominación de parte integrantes (100). Al respecto, es conocida la distinción de

(99) Artículo 263 2.º del Código Civil: «Son bienes inmuebles 2.º Los árboles y plantas y los frutos pendientes, mientras estuvieren unidos a la tierra o formaren parte integrante de un inmueble».

(100) El *Codice civile*, de 1942, desarrolla con una gran precisión y buena técnica la doctrina de las pertenencias, definiéndolas como cosas destinadas de modo duradero al

los inmuebles por su naturaleza, por incorporación, por destino y por analogía (101). En los dos primeros supuestos se desarrolla el concepto de referencia. Si la cosa principal es inmueble, se califican también de inmuebles las partes integrantes de la misma. Este carácter, que explica la inmovilización del concepto jurídico de pertenencia, es de particular relieve. De ahí el singular interés con que la doctrina lo ha estudiado, fijando como notas para la inmovilización, las siguientes: *a)* que quien destina la cosa al servicio del fundo sea el propietario de éste (siendo suficiente la presencia de *legitimación* bastante); *b)* que la inmovilización sea actual, o realizada, y que se hallen las cosas en el fundo, por lo cual no hay inmovilización si la cosa fue separada del mismo o si la intención de inmovilizar por parte del propietario o legitimado no se concretó efectivamente; *c)* que esa inmovilización tenga carácter estable; *d)* que al destinar las cosas al servicio del fundo, se haga con finalidad de utilizar el fundo económicamente (102). Bajo este esquema, se pueden considerar las pertenencias como aquellas cosas que, conservando su individualidad, son puestas en relación de subordinación respecto de otra principal, para servir como adorno o complemento de la misma (v.gr.: los acondicionadores de aire en un edificio). Se distinguen de las partes integrantes en que no son, como éstas, elementos constitutivos de la cosa, sino que son *cosa* en su propia consideración, pero cuya función se adscribe a otra distinta (103).

La doctrina y la realidad cotidiana del Derecho común alemán contribuyó notablemente a la declaración doctrinal y al encuadramiento del instituto de las pertenencias. Se utilizó destacadamente de las fuentes romanas todo lo que fuese útil a tal finalidad, y fue situada la figura de las pertenencias en la amplia no bien definida categoría de las accesiones, junto a la accesión natural, faltando una investigación fundamental sobre la diferencia con las par-

servicio u ornato de la cosa principal. La destinación puede realizarse por el propietario o por el titular de un derecho real: respecto de su régimen jurídico, los actos que tengan por objeto la cosa principal, comprenden asimismo las pertenencias, salvo pacto en contrario, admitiéndose la independencia de éstas para ser objeto propio de relaciones separadas. La cesación del carácter de pertenencia no es oponible a terceros que hayan adquirido anteriormente derechos sobre la cosa principal; del mismo modo que el destino de una cosa al servicio u ornato de otra no perjudica los derechos previos a favor de tercero.

(101) VÁZQUEZ BOTE, *Tratado*, VII

(102) ROYO MARTÍNEZ, «Notas sobre la consideración jurídica de gusano de seda», en *RCDI*, núm. 79, pág. 489.

(103) En ocasiones, la diferencia entre qué sean pertenencias y cuáles las partes integrantes, suscita serios problemas, lo que explica la relativa imprecisión doctrinal existente al respecto. Buscando soluciones, OERTMANN estima que la distinción debe buscarse menos por el lado de la solidez de la unión que mediante una noción general. Solamente será el criterio general, esto es, económico-social, el determinante, por lo que todo lo que signifique complemento de una cosa ha de considerarse como parte de la misma

tes integrantes. Una ulterior elaboración, decisiva, tuvo lugar en la dogmática y legislación alemanas del pasado siglo, resaltando el carácter objetivo de la pertenencia. Y ha sido la conexión económica entre la pertenencia y la cosa principal la que ha inducido al ordenamiento jurídico —dice LEHMANN— a someter, en determinadas situaciones, la pertenencia al régimen propio de la cosa principal, pero dicha adscripción sólo se produce en los casos previstos legalmente y, en general, mediante presunción que admite prueba en contrario. En conclusión, cabe precisar: a) las pertenencias son independientes, desde el plano de su esencia y función, del todo, por cuanto pueden separarse de éste sin afectar su función, pues es la función o destino económico-jurídico lo que las une en subordinación de una para con otra; b) dicho destino, determinación por parte del titular, y su estabilidad, hacen posible diferenciar las pertenencias de las cosas accesorias.

Porque, en efecto, no es lo mismo la pertenencia que la *cosa accesorio*. Como ha destacado BONET RAMÓN, la noción de accesorio es más abarcadora que el concepto de pertenencia, pues se extiende no solamente a las partes integrantes, sino a todo aquello vinculado a la cosa que engendra un vínculo de trascendencia real, pero incluso por convención.

En el Código Civil, el caso típico de la pertenencia está constituido por los inmuebles por destino a que se refiere el artículo 263, en sus circunstancias 4.ª, 5.ª, 6.ª, 7.ª y 9.ª En la doctrina se amplía el concepto jurídico de pertenencia a los animales destinados al cultivo del fundo, pero no estando incluidos en los inmuebles por destino en el Código Civil, los autores como SÁNCHEZ ROMÁN entiende que no es dable en ello el fenómeno de inmovilización agrícola. Como efectos jurídicos se determinan: a) las pertenencias son susceptibles de dominio separado y no han de estar siempre ligadas al destino de la cosa principal, pudiendo ser concebidas independientes en función de pacto; b) si una cosa se convierte en pertenencia, no es suficiente tal hecho para convertir en propietario de ella al titular dominical de la principal, pudiendo continuar en el patrimonio de su original dueño, quien conserva derecho a reivindicar; c) las disposiciones jurídicas respecto de la cosa principal comprende las pertenencias solamente si eran tales al momento del acto dispositivo; d) el poseedor obligado a restituir cosa ajena, debe restituir junto a la principal, sus partes integrantes, aunque no viene obligado a hacerlo con las cosas propias que hubiese unido a la ajena como pertenencia.

Correspondientemente con lo dicho, cuando se trata de parte integrante, no cabe hablar en buena técnica de extensión objetiva de la hipoteca, desde el momento en que no es autorizado individualizar parte integrante y cosa en que se manifiesta la integración. Todas y cada una de las partes integrantes forman el objeto hipotecado. No es lo mismo, sin embargo, respecto de las pertenencias, por cuanto, no siendo parte del inmueble hipotecado en sentido propio, la hipoteca se proyecta respecto de ellas, implicando una clara fun-

ción accesoria (104). Ahora bien, no debe confundirse o identificarse la pertenencia con la accesoriedad, como ya se indicó, por cuanto son conceptos que responden a diverso criterio sistematizador. Mientras la pertenencia es pertenencia, pierde su individualidad jurídica, quedando, por así decirlo,

(104) Resolución de 19 de noviembre de 1943:

Excmo Señor: En el recurso gubernativo interpuesto por el Notario de Zamora, don Ramiro Themudo Hurtado, contra la negativa del Registrador de la Propiedad de Valladolid a inscribir una escritura de constitución de hipoteca, pendiente en este Centro, en virtud de apelación del recurrente;

Resultando que por escritura otorgada en Zamora ante el Notario don Carlos Balbontín, don Agustín Larruscaín hipotecó al Banco de España, representado por el Director de la Sucursal de dicha ciudad, debidamente autorizado a tal efecto, en garantía del descuento de una letra de cambio librada a su cargo por importe de cien mil pesetas, las siguientes fincas, cuya descripción es como sigue. «Una fábrica electro-harinera, denominada Santa Agueda, situada en Villafáfila, que consta de edificio de dos plantas de forma rectangular, construido de piedra y ladrillo, de una extensión superficial de trescientos metros cuadrados, midiendo treinta metros de fachada y diez de fondo, con un cubierto y dos dependencias unidas al edificio por el lado Norte, una de ellas destinada a garaje, con una superficie de cuarenta metros cuadrados aproximadamente. Por los puntos Norte y Sur, la fábrica está enclavada entre dos parcelas de terreno, de cabida de dos fanegas cada una, equivalentes a una hectárea, doce áreas y ocho centiáreas, cuyas parcelas se destinan al cultivo de hortalizas. Linda el todo, por el Norte, con calle de la Botica; Este, con la del Sacramento; Sur, con la del Triunfo, y Oeste, con la de las Pilas y los Majuelos. En la parte situada al Sur del edificio existe un pozo artesiano, de un rendimiento de trescientos setenta y cinco litros por minuto, cuyo pozo suministra a la fábrica y a los trozos de terreno el agua necesaria. En el cuerpo principal del edificio está instalado todo el conjunto de máquinas R. Wolf, clase H.T.V., con cuatro grupos de cilindros, sistema Suizo-Davero, necesarios para la molturación de trigos, y una piedra para piensos. En las dependencias se halla instalado un motor, accionado por vapor recalentado, marca Wolf, y la central eléctrica, que consta de alternador marca A.S.E.A., trifásico, de una potencia de veinte kilovatios, de una tensión de doscientos treinta voltios y cuadro distribuidor de mármol blanco, pulimentado, con tres amperímetros y un voltímetro aperiódicos, un conmutador de voltímetro, un interruptor tripolar de palanca, tres cortacircuitos unipolares y un brazo para el alumbrado del cuadro. Igualmente, don Agustín Larruscaín es dueño de la red de distribución para el alumbrado de Villafáfila, cuya red se compone de conductor desnudo de cobre, aisladores de porcelana blanca, soportes curvos de hierro galvanizado, rosca para madera, cortacircuitos aéreos, brazos de hierro para el alumbrado público con portalámparas y pantallas de retención y demás material accesorio y necesario, cortacircuitos unipolares, hilo aislado, alambre para conservación normal de la red», y otra finca urbana radicante en Zamora, plaza de Fray Diego de Deza, número 21, siendo inscrito el documento en los respectivos Registros como se acredita con las notas puestas al pie del título;

Resultando que por otra escritura otorgada posteriormente en la misma capital ante el Notario don Ramiro Themudo, don Agustín Larruscaín vendió a don Eloy Esteban Uvero y a don José Vizcaíno Marcos la fábrica electro-harinera con las parcelas de terreno, pozo, maquinaria, utensilios y artefactos inherentes a la misma, y la red de distribución para el alumbrado de Villafáfila, que se especifica en el citado apartado a), quienes adquirieron en la proporción de dos terceras partes indivisas don Eloy, y una tercera parte don Marcos; que los compradores se hicieron cargo de la hipoteca que gravaba la finca Fábrica Electro-Harinera constituida en la escritura otorgada ante el señor Balbontín; que en la misma escritura compareció el Director de la Sucursal del Banco de España de

Zamora, debidamente autorizado, quien canceló totalmente la hipoteca que gravaba la casa sita en Zamora, plaza de Fray Diego de Deza, número 21, conviniendo con los adquirentes en que las cantidades de que respondía la referida hipoteca constituida sobre la casa las garantizase en lo sucesivo la finca «Fábrica Electro-Harinera», a cuyo efecto se amplió la hipoteca, fijando las cantidades a que por principal, intereses y costas quedaban afectas las participaciones indivisas de los señores Uvero y Marcos;

Resultando que, presentada esta escritura en el Registro de la Propiedad de Villalpando, causó la siguiente nota. «Denegada la inscripción del precedente título: 1.º Por falta de la previa inscripción de la red de alumbrado de Villafafila y cambiarse el sentido de la finca inscrita y gravada. 2.º Porque en la hipoteca que se amplía por el presente documento, en parte se distribuye y en parte no la responsabilidad de la misma entre las porciones ideales de los condueños. Y si se da valor a la cláusula E del título que afirma hay dos hipotecas, hay evidente ambigüedad. 3.º Por oscuridad en las estipulaciones C y D de significación dudosa los términos de sus respectivas primeras líneas. 4.º Porque en caso de que se admita la distribución de la responsabilidad conforme al título, falta de designación del tipo para la subasta de las participaciones proindivisas que pudieran enajenarse en el procedimiento del artículo 131 de la Ley Hipotecaria»; y que presentada como título complementario la escritura, de la cual dio fe el señor Balbontín, se extendió otra nota, cuyo tenor es como sigue: «Suspendida la inscripción del precedente documento por los mismos motivos que se indicaron en la nota *ut supra* de 21 de octubre último, supuesto que la escritura ante don Carlos Balbontín, otorgada en Zamora el 14 de febrero de 1939, presentada como complementaria, ni subsana los defectos, ni por sí solo las dificultades originadas por el Registro, probando solamente que éstos no son consecuencia de una nulidad radical de los derechos que se tratan de inscribir».

Resultando que don Ramiro Themudo interpuso recurso gubernativo contra la calificación alegando, respecto del primer extremo, que se atemperó en la descripción de la finca a reproducir lo que constaba en el título otorgado ante el señor Balbontín y que con arreglo a esa reseña estaba inscrita en el Registro, no cabiendo la argumentación de que se cambia el sentido de la finca, que el no estar previamente inscrita la red de alumbrado no es defecto que impida la inscripción del título objeto del recurso, ya que la referida red tiene una naturaleza jurídica de «pertenencia» de la fábrica hipotecada y aunque en nuestra Ley Hipotecaria y Código Civil no aparezca expresamente la distinción que establece el Código Civil alemán de «partes integrantes», «esenciales y no esenciales» y «pertenencias», no hay duda que sobre varios textos legales se puede construir esta doctrina, a ello conduce el examen del artículo 334 del Código Civil en su número 5.º y hay que admitir que la hipoteca constituida se extiende a las pertenencias sin necesidad de la previa inscripción de éstas, porque forman en unión del inmueble gravado y principal lo que Nasbaum llama «patrimonio básico» y que el artículo 110 de la Ley Hipotecaria parece recoger esta orientación; que si la referida red se hubiese considerado como finca independiente se habría hecho la distribución del crédito como previene el artículo 119 de la Ley Hipotecaria y, finalmente, que del contexto de la descripción de la fábrica se deduce que es una sola finca hipotecaria, pues todo se comprende dentro del apartado A) de la escritura otorgada ante el señor Balbontín cuya descripción se reprodujo, que respecto del segundo punto de la nota, en la escritura recurrida lo que se constituye es una segunda hipoteca sin que pueda prosperar la afirmación del Registrador de que hay una parte de la hipoteca distribuida y otra no, pues lo que existe es una primera hipoteca que fue la constituida por escritura ante el señor Balbontín que se mantiene en todas sus partes, salvo el cambio de deudores reales y personales, en la cual no está distribuida la responsabilidad hipotecaria entre los deudores, y la constitución de una segunda de idénticas condiciones a la primera en la cual, aun cuando no lo exige el artículo 290 del Reglamento Hipotecario aparece dicha distribución la cual no tiene más finalidad que regular en el campo obligacional la responsabilidad personal de cada uno de los deudores

que asumen la deuda existente sobre la casa Fray Diego de Deza, número 21, y que trasladan la garantía real a la Fábrica de Santa Agueda; que tampoco hay ambigüedad en la cláusula E que demuestra claramente la constitución de una segunda hipoteca, que respecto del tercer punto no existe significación dudosa en las estipulaciones C y D ni por su letra ni por su espíritu, por expresar claramente la C que los señores Esteban y Vizcaíno entregan el precio en la proporción que adquieren la finca, estando determinadas perfectamente sus participaciones, y la D determina las cantidades por que responden cada uno de ellos en la nueva hipoteca; sobre el cuarto punto de la nota no existe falta de designación del tipo para la subasta de las dos hipotecas, porque en la estipulación E los otorgantes tasan, de común acuerdo, la finca en la cantidad de 27.500 pesetas y para la totalidad de las dos hipotecas, o sea, por la cantidad total de 125.000 pesetas, que es la cifra en que para ambas hipotecas queda gravada la finca y que la palabra empleada, *tasan*, se refiere al tipo de subasta;

Resultando que el Registrador en su informe sostuvo que la red del alumbrado de un pueblo cabe que tenga significación distinta; puede referirse a una Entidad hipotecaria aparte, a un conjunto de derechos sobre bienes muebles e inmuebles *de jura in re aliena*, servidumbre de paso de corrientes eléctricas, o bien, puede revestir la forma de concesión afectando a distintos términos municipales o tal vez se designan con tal expresión los materiales e instrumentos necesarios que se utilizan en una serie de contratos con los particulares para una explotación complementaria de la finca a la que se ha llamado red del alumbrado del pueblo de Villafáfila, que este conjunto de elementos cuyo nexo y relación con la finca se ignoran, se citan fuera de la descripción del inmueble aparte de su reglamentaria determinación, es decir, se menciona que no puede alegarse mala redacción del asiento y que se ha colocado fuera de su lugar un elemento de la descripción: 1.º Porque todo asiento debe reputarse bien hecho mientras no se pruebe lo contrario. 2.º Porque para que la red del alumbrado formase parte de la finca, era preciso que así se indicase normalmente. 3.º Porque en la escritura autorizada ante el señor Balbontín que causó la inscripción tercera, en donde aparece por primera vez en el Registro de la red de alumbrado de Villafáfila, no hay referencia alguna de la relación que tiene la red con la Fábrica Electro-Harinera inscrita, confirmando el carácter de mención que la red del alumbrado tiene en la inscripción; que el hecho de que a la red del alumbrado se extienda la hipoteca, no permite la conclusión excesiva de que la finca y la red forman un todo orgánico, pues quizá se quiso afectar a la red del alumbrado la hipoteca al amparo del artículo 29 de la Ley Hipotecaria, entendiéndose propiamente constituida la hipoteca sobre la red mediante la inscripción especial que, en su día, se practicase conforme a dicho artículo 29; que al dar en la escritura autorizada por el recurrente por incluida en la Fábrica Electro-Harinera la red del alumbrado y por constituido sobre ésta un gravamen que amplía circunstancias que no constan en el Registro, quedaba infringido el artículo 20 de la Ley Hipotecaria, pues faltaba el antecedente inscripcional indispensable; que interesaba conocer si la red de alumbrado es o no pertenencia para aplicar, en su día, la doctrina aducida por el recurrente, el cual daba por segura tal afirmación, que carecía, sin embargo, de base en el documento que autorizó, en aquél que le sirvió de antecedente y en el Registro; que no era posible admitir que una declaración incidental, somera e indirecta como aquella consignada por el Notario en la estipulación C del documento discutido, aspire a resolver las incógnitas implícitas en la mención de la red del alumbrado; que éste era un problema que incumbía aclarar a los interesados por declaración expresa, pues por afectar a la extensión del derecho es acto de riguroso dominio, y que era criterio del Centro directivo reflejado en las Resoluciones de 10 de febrero de 1928 y 20 de octubre de 1916, el exigir para la determinación de la finca la voluntad expresa; que respecto de la distribución de la responsabilidad hipotecaria existe evidente confusión en la escritura y a tal efecto se copian diversos párrafos de la misma para poner de relieve esta circunstancia; que en cuanto al tipo de subasta el artículo 131 de la Ley Hipotecaria

da por supuesto que este punto es cuestión terminantemente resuelta en la escritura, cosa que no ocurre en el documento autorizado por el recurrente y que finalmente la escritura autorizada por el señor Balbontín obrante en el procedimiento que fue presentada en el Registro como complementaria, no sólo no subsana los defectos consignados en la nota, sino que alguno lo corrobora o confirma;

Resultando que el Presidente de la Audiencia consideró existente el primer defecto señalado en la nota, porque no apareciendo inscrita en el Registro de la Propiedad la red del alumbrado se hacía preciso estimar que al constituirse un gravamen sobre la misma se producía un manifiesto desacuerdo entre el título y el Registro, careciéndose del antecedente requerido en el artículo 20 de la Ley Hipotecaria, sin que pueda admitirse —por no existir en los autos elementos bastantes para ello— que la mencionada red sea una pertenencia, parte integrante o meramente accesorio, forme un todo orgánico, o sea, algo destinado a servir exclusivamente al fin económico de la cosa principal, y sin que tampoco sea útil a estos efectos la referencia que hace el recurrente al número quinto del artículo 334 del Código Civil, puesto que no hay constancia alguna de que la red del alumbrado de Villafáfila se destine por el propietario de la finca Electro-Harinera a la industria o explotación que en ésta se realiza, ya que de la descripción de aquélla aparece simplemente que se trata de una red de distribución para el alumbrado de Villafáfila compuesta de los útiles necesarios exclusivamente a este servicio, aun en el caso de que el arranque o iniciación radicasen en la Electro-Harinera, no existiendo siquiera datos referentes a este último particular, ni a la relación o dependencia que entre ambos pudiera existir, y si a esto se añaden los peligros y las dificultades que se derivan de la indeterminación y desconocimiento de la verdadera naturaleza y significación jurídico-legal de la red del alumbrado, de la diversidad de derechos que la integran y de los que por desconocidos pudieran lastimarse, aparte de otras consideraciones, se hacía preciso reputar procedente este extremo de la nota; y que, respecto de los demás defectos, no se consideraban existentes, porque la denominación que se dé a un contrato nada significa con respecto a su realidad jurídica, ya que habrá de calificarse conforme a su verdadera naturaleza, no teniendo tampoco, en definitiva, importancia, las ambigüedades o aparentes contradicciones en la redacción, siempre que, conforme al buen sentido y a las reglas de hermenéutica legal no haya de quedar duda respecto a las declaraciones de voluntad de los contratantes y en el caso objeto del recurso determinada la proporción en que adquieren los compradores, puede concretarse también la responsabilidad hipotecaria a que queda afecta la finca, la cual, además, fue objeto de tasación;

Resultando que el Notario recurrente se alzó de la anterior decisión en cuanto estimaba subsistente el primer defecto e insistió en su punto de vista contenido en el escrito de interposición del recurso, de considerar la red de alumbrado, «pertenencia» de la Fábrica Electro-Harinera, por formar con la misma un todo orgánico, y después de comentar la doctrina civilista alemana, argumentó que los artículos 110 y siguientes de nuestra Ley Hipotecaria parecen inspirados en esos principios y, finalmente que, aunque existieran peligros y dificultades en caso de reclamación por los dueños de los predios que atraviesa la red, como ésta existía físicamente con anterioridad al 31 de octubre de 1925, y después de tal fecha constaba jurídica y registralmente, no apareciendo en el Registro anotada ninguna reclamación judicial, ni administrativa contra su establecimiento hay que admitir que los aludidos titulares han consentido y aceptado legalmente, incluso por prescripción, el tendido de la repetida red;

Resultando que este Centro directivo, para mejor proveer, reclamó al Registrador de la Propiedad de Villalpando certificaciones literales de las inscripciones en las que se describe la finca «Fábrica Electro-Harinera», y de la obrante al tomo 800, libro 47 de Villafáfila, folio 152, finca número 3.395, inscripción tercera que fue remitida, consta: «...Don Luis Trabadillo Ganado, mayor de edad, soltero, propietario y vecino de Villafáfila, es dueño de esta finca con la maquinaria descrita con más la red de distribución

para el alumbrado de Villafáfila, cuya red se compone de conductor desnudo de cobre, aisladores de porcelana blanca, soportes curvos de hierro galvanizado, rosca para madera, corta-circuitos aéreos, brazos de hierro para el alumbrado público con portalámparas y pantallas; cortacircuitos unipolares, hilos aislados, alambre de retención y demás material accesorio y necesario para conservación normal de la red, por compra, cual consta de los asientos anteriores; y ahora la vende con todos sus accesorios y maquinaria indicados a don Agustín Larruscáin Solozábal, mayor de edad, viudo, propietario y vecino de Zamora, por el precio de setenta y cinco mil novecientas treinta y nueve pesetas que el vendedor confiesa haber recibido»;

Vistos los artículos 333 y 334 del Código Civil: 13, 29, 30, 110 y siguientes de la Ley Hipotecaria, y la Resolución de este Centro directivo de 13 de junio de 1929;

Considerando que por no haber sido objeto de apelación el auto del Presidente de la Audiencia, en cuanto desestimó los defectos consignados en los números 2º, 3º y 4º de la nota, ha de circunscribirse esta Resolución al examen de la cuestión planteada en el número 1º, relativa a la inscripción previa de la red de alumbrado de Villafáfila;

Considerando que aportadas a este recurso para mejor proveer las certificaciones literales referentes al asunto discutido, aparece la mencionada red formando parte del contenido del inmueble hipotecado, pues su descripción, indicaciones, elementos de que consta, etc., son datos que permiten unirla económica y jurídicamente al predio, como una de tantas *qualitates proediorum*, y, aunque la fe pública registral no actúa en estos casos y sobre los muebles incorporados, con la plenitud que de ordinario alcanza en su desenvolvimiento normal, porque el Registro no puede garantizar las complejas situaciones jurídicas que nacen de ese estado de hecho, sí permite, en cambio, dar a conocer la presunta extensión y alcance del dominio, de tal suerte que el acreedor hipotecario podrá apreciar los límites del derecho que le ampara y extender el alcance de la hipoteca a los bienes ya descritos en el Registro de esa manera peculiar, y cuyo valor, en muchos casos, será el principal móvil que le induce a la aceptación de la hipoteca;

Considerando que para realizar la inscripción solicitada el Registrador no necesita plantear ni discutir los problemas relativos a si existen derechos de superficie, cargas o servidumbres sobre los predios a quien afectan, posibles perjuicios para los dueños de los mismos, necesidad del consentimiento de éstos, etc. sino que limitando su función calificadora al examen del contenido del título presentado, deberá resolver solamente si procede o no la constitución de la hipoteca por estimar inscrita la red, sin preocuparse de cuáles sean las relaciones jurídicas que acaso existan entre los propietarios de la Electro-Harinera y los dueños de otras fincas inscritas o no, y que en nada resultarán perjudicados por la descripción del predio dominante cuando proceda la aplicación de los artículos 13 y 30 de la Ley Hipotecaria;

Considerando que en el caso discutido, sobre la «Fábrica Electro-Harinera» que se describía como parte de la finca y formando una explotación industrial con la repetida red, se había constituido una primera hipoteca por escritura otorgada ante el Notario señor Balbontín y en el título objeto de este recurso vuelve a constituirse una nueva hipoteca sobre la misma finca, descrita de análoga manera en las dos escrituras, por lo que no puede prosperar la afirmación del Registrador de que se altera ahora su descripción, pues existe a este respecto identidad absoluta entre los dos documentos autorizados,

Considerando que en la legislación patria no existe un concepto técnicamente elaborado de las partes integrantes y accesorias, pero puede descubrirse un criterio análogo respecto de las últimas en las llamadas cosas inmuebles por destino, especificadas en los números 4, 5, 6, 7 y 9 del artículo 334 del Código Civil, y por lo que hace referencia a la hipoteca los artículos 110 y siguientes de la Ley permiten la extensión a tales pertenencias, si media pacto expreso para ello,

Considerando que el criterio permisivo de considerar extensiva la hipoteca a los bienes registrados en la manera especial que lo está la red de alumbrado de Villafáfila

adsorbida si no absorbida por la cosa principal, en tanto la cosa accesoria, aunque anexa a la función de la principal, puede a la vez tener vida propia y propio régimen jurídico, considerada fuera de la función de accesoriedad, lo que es imposible en la pertenencia.

Obsérvese, así, la diferencia que otorga la Ley Hipotecaria a lo dispuesto en su artículo 161, primero («obras de comodidad o adorno»), respecto de lo previsto en el artículo 162, párrafo segundo («muebles... colocados permanentemente... para su adorno» que no puedan separarse sin detrimento de la materia u objeto). En ambos casos se trata de bienes puestos para adorno. En el primer caso, se trata, claramente, de partes integrantes y accesorias igualmente, mientras que en la segunda hipótesis son pertenencias y, asimismo, accesorias. Cabe, así, la accesoriedad respecto de las partes integrantes como de las pertenencias, pues lo que separa es el momento de consideración y su función.

Recogiendo CHICO el sentir doctrinal al respecto, pone de relieve lo poco claras que en este tema están las ideas, ciertamente por la propia deficiencia con que la Ley Hipotecaria se refiere al respecto. Y, así, escribe (105) que «...ROCA SASTRE, al enfocar el problema, da al concepto [de cosa accesoria] una amplitud extraordinaria, comprendiendo las máquinas, vasos, instrumentos, utensilios, abonos, estatuas, etc., precisando que para que la hipoteca se extienda a los mismos es necesario un pacto expreso en que así se establezca. La calificación de elementos accesorios o pertenencias (*sic*) tiene una indudable trascendencia respecto de la maquinaria instalada en la finca objeto de hipoteca y destinada a la explotación industrial de la misma, tema discutido doctrinalmente y que la Sentencia de 3 de enero de 1906 recogió diciendo que “la hipoteca se extiende a las mejoras realizadas en la finca hipotecada conforme a lo prevenido en el artículo 110 de la Ley Hipotecaria, confirmado en el artículo 1.877 del Código Civil, entendiéndose hipotecados, según dispone el artículo 111 en su número 1.º de la misma Ley, juntamente con el edifi-

—que mientras no constituya un gravamen real o se transforme en una concesión administrativa no puede ser objeto de inscripción especial y separada— robustece considerablemente el crédito territorial y, en definitiva, supone un favorable desarrollo para la industria, una fuente de recursos para los necesitados de numerario y una garantía más firme y sólida para los acreedores,

Esta Dirección General ha acordado, con revocación parcial del auto apelado, declarar que la escritura objeto de este recurso se halla extendida con arreglo a las formalidades y prescripciones legales.

Lo que, con devolución del expediente original, comunico a V. E. para su conocimiento y efectos. Dios guarde a V. E. muchos años.—Madrid, 19 de noviembre de 1943.—*El Director General*, JOSÉ MARÍA DE PORCIOLES.—*Excmo. Señor Presidente de la Audiencia Territorial de Valladolid*

Ver, asimismo, nota 57.

(105) CHICO, *Estudios*. II, págs. 1408 y sigs.

cio, los objetos muebles colocados permanentemente en el mismo para el servicio de alguna industria, aunque su colocación se haya verificado después de constituida la hipoteca...”»

«El tema de la maquinaria de carácter industrial ha planteado el problema de si puede o no encuadrarse dentro del concepto como parte integrante o accesorio. ROCA SASTRE, siguiendo las directrices marcadas por el Derecho alemán, distingue la maquinaria que está unida al inmueble y que forma parte integrante de la finca, de aquella otra que puede ser sustituida y que hay que calificar como elemento accesorio. En el todo económico integrante de una explotación los elementos componentes de aquella unidad sólo son separables si son fungibles, esto es, cambiables por otros, sin perjuicio de mantenimiento de la base sobre que se sustente, por más que sean identificables con características propias. Para ROCA SASTRE esta distinción es clara y la hipoteca se extenderá a la maquinaria en ambos casos, pero la diferenciación entre partes integrantes y accesorios determinará o no la posible preferencia que los terceros puedan tener sobre dicha maquinaria frente al crédito hipotecario». Aunque no puede concluirse muy bien qué entiende el maestro por *maquinaria sustituable* porque, por definición, cualquier maquinaria lo es; dando la impresión que parece referirse a aquella maquinaria que es esencial a la explotación misma, de aquella otra que, sin reunir tal carácter, colabora a la función. Por ejemplo, los sistemas de pasteurización de una industria lechera serían maquinaria insustituible, no siéndolo, sin embargo, la flotilla de camiones que provocan el reparto de la leche. Naturalmente, si el objeto de la hipoteca no lo es la *industria entera*.

«ANTONIO DOTAL —continúa CHICO— entiende que en nuestro Derecho la Ley Hipotecaria marca la pauta de la distinción en la *separabilidad* sin “quebranto de la materia o deterioro del objeto”. El criterio subjetivo de la intencionalidad del dueño, en definitiva, de la voluntad, que preside la extensión de la hipoteca, queda en estos casos relegado a un segundo plano, frente al criterio objetivo de la conservación y defensa de las unidades de explotación. Para este autor, en nuestro Derecho debe resolverse el problema siguiendo los principios de mantenimiento de la unidad de explotación como conjunto unitario y ordenado. Cuando la maquinaria industrial forma parte de una unidad económica, aunque físicamente sea separable, no lo será jurídicamente». Y es la idea que parece manifestarse en el artículo 162, párrafo segundo, circunstancia segunda, al excluir de la hipoteca, salvo pacto en contrario, «los frutos, *cualquiera que sea la situación en que se encuentren*» (énfasis añadido), ya que, si no están separados, debieran estimarse parte de la cosa a que están materialmente unidos, pero la Ley Hipotecaria, en propia armonía con el Código Civil (arts. 288 y sigs., y 380 del Código Civil), los sustrae del objeto para adjudicarlos según su función.

Tampoco parece adecuado referirse a una extensión objetiva de la hipoteca en las situaciones en que opera el principio de *subrogación real*.

En la doctrina se configura la subrogación real como denominación que se ofrece al fenómeno por cuya virtud un bien o una cosa es sustituido por otro bien o por otra cosa dentro del patrimonio de una misma persona, de manera tal que el nuevo bien viene a ocupar el lugar del antiguo, sometiéndose al mismo régimen jurídico. Sin embargo, conviene advertir que este concepto de la subrogación real es poco operante, pues no supone tal fenómeno, en su valoración más técnica, un cambio o sustitución de *cosa por cosa*, o de *bien por bien*, individualmente considerados; sino que, como destaca PLANIOL (106), la subrogación mira más bien al valor peculiar de la cosa o bien, a su valor en cambio o económico y no al valor en uso o afectivo. El cambio de cosa por cosa sólo tendría interés en los supuestos excepcionales de patrimonios separados (107), precisamente para cuya explicación la vieja doctrina estableció el principio general común a las universalidades: *res succedit in locum pretii et pretium in locum rei*. Ciertamente, la subrogación no es sino una manifestación de eficacia del artículo 1.811 del Código Civil, con fines de evitar su elusión. Y fue sobre aquella base que la doctrina francesa elaboró la teoría de la subrogación real; que, en su sentido más general, no es sino una afirmación del legislador por cuya virtud en cuanto un bien sale de un patrimonio, el objeto que lo sustituye pasa a ocupar su lugar, adquiriendo su régimen jurídico (*subrogatum sapit naturam subrogati*). Sin embargo, cuando se trata de situaciones diversas a los juicios universales o patrimonios, sino situaciones referidas a bienes concretos, es imposible aplicar la teoría de la subrogación real, al ser imposible de concebir la fungibilidad, salvo que la expresión legislativa concreta, o el pacto particular, así lo establezcan. Y entonces no interesa tanto el valor de la cosa como su afectación en sí. A esta última idea responde la Ley Hipotecaria concretamente, al configurar unas situaciones en que la hipoteca, desaparecido su objeto propio, alcanza como objeto de garantía el bien sustituto. Es la idea que informa al artículo 161.2.º de la Ley, cuando estima que se entenderán hipotecadas «las indemnizaciones concedidas o debidas al propietario de los inmuebles hipotecados, bien por el aseguramiento de éstos siempre que haya tenido lugar el siniestro después de constituida la hipoteca, o bien por expropiación forzosa. Si cualquiera de estas indemnizaciones debiera hacerse efectiva antes del vencimiento de la obligación asegurada y quien haya de satisfacerla hubiere sido notificado previamente de la existencia de la hipoteca se depositará su importe en la forma que convengan los interesados o, a falta de tal con-

(106) PLANIOL-RIPERT, *Traité*, III, págs. 32 y sigs.

(107) VÁZQUEZ BOTE, *Tratado*, VII.

venio, en la que disponga el Tribunal», dándose, así, lugar al derecho de prenda como indica PUIG BRUTAU recogiendo un sentir general entre los autores, como ya quedó indicado. Otra situación semejante de subrogación se produce en la hipótesis prevista en el artículo 162, circunstancia 3.^a, *a contrario sensu*: cuando se pacta que las rentas vencidas y no satisfechas al tiempo de exigirse la obligación garantizada con hipoteca sean objeto de garantía. E igual fenómeno se produce en situaciones de subrogación en concesiones administrativas a que se refiere el artículo 136, circunstancia tercera, de la Ley Hipotecaria, al indicar que «las inscripciones de hipotecas constituidas sobre obras destinadas al servicio público, cuya explotación conceda el Estado y que estén directa y exclusivamente afectas al referido servicio, se cancelarán, si se declarase resuelto el derecho del concesionario, en virtud del mismo título en que se haga constar esa extinción y del documento que acredite haberse consignado en debida forma para atender el pago de los créditos hipotecarios inscritos, el importe de la indemnización que en su caso deba percibir el concesionario». En fin, la situación, también aludida, prevista en el artículo 44 de la Ley de Propiedad Horizontal.

En aquellas *situaciones en que la finca pasa a manos de un tercer poseedor*, dispone el artículo 163 de la Ley Hipotecaria: «Cuando la finca pasare a manos de un tercer poseedor que no advenga deudor obligacional, no será extensiva la hipoteca a los muebles colocados permanentemente en los edificios, ni a las mejoras que no consistan en obras de reparación, seguridad o transformación, siempre que unos u otros se hayan costado por el nuevo dueño. El dueño de las accesiones o mejoras que no se entiendan hipotecadas según el artículo 161, podrá exigir su importe en todo caso, o bien retener los objetos en que consistan, si esto último pudiera hacerse sin menoscabo del valor del resto de la finca. Si exigiere su importe no podrá detener el cumplimiento de la obligación principal bajo el pretexto de hacer efectivo su derecho, sino que habrá de cobrar lo que le corresponda con el precio de la misma finca cuando se enajene para pagar el crédito. Si las accesiones o mejoras no pudieren separarse sin menoscabo de la finca, el dueño de las mismas cobrará su importe, aunque la cantidad restante no alcance para cubrir el crédito hipotecario; mas si pudieran ser separadas sin dicho menoscabo y aquél optado, sin embargo, por no llevárselas, se enajenarán con separación del predio, y su precio, tan sólo quedará a disposición de dicho dueño».

Como escribe CHICO (108), «La exégesis de dicho artículo da lugar a que ROCA SASTRE distinga dos casos, según que la hipoteca se extienda, naturalmente, o bien exija un pacto expreso:

(108) *Estudios*, II, págs. 1416 y sigs.

«a) La hipoteca en un principio se extiende “*naturalmente*” a los mismos elementos antes indicados por imposición legal con exclusión de las mejoras que no consistan en obras de reparación, seguridad o transformación que hubiesen sido costeadas por el nuevo dueño. ROCA SASTRE entiende, atendiendo a la clasificación que se hace de las mejoras en necesarias (obras de reparación y seguridad), útiles (obras de riego, desagüe, nuevas plantaciones, elevación de edificios y otras análogas) y voluntarias (obras de comodidad y adorno), atendiendo a que a todas ellas debe hacerse extensiva la normativa legal. La duda, sin embargo, se plantea respecto a las obras de transformación que resultan difíciles de clasificar en alguno de los grupos anteriormente citados. Si se consideran como “*mejoras útiles*” para ROCA SASTRE el artículo [161] es digno de severa crítica y si se clasifican como “*mejoras necesarias*” (obras de reparación y seguridad) el precepto es aceptable, porque estas obras por ser de reparación o seguridad son indispensables para la subsistencia normal de la finca hipotecada. No aumentan el valor ni la productividad de la cosa, sino que simplemente conservan su valor, compenetrándose con la finca y compensándose con sus naturales rendimientos. Por todo ello, concluye dicho autor, resulta que el concepto de *obras de transformación* tiene un contenido elástico, ya que según los casos puede expresar mejoras útiles (y hasta voluntarias) o mejoras necesarias; en el primer caso no quedan afectadas por la hipoteca, pero sí en el segundo.

b) Extensión por “*pacto expreso*” que así lo determine. A pesar de la existencia de pacto expreso la hipoteca nunca se extiende a aquellos elementos que en virtud del mismo puedan comprenderse dentro del objeto sujeto al gravamen hipotecario. La existencia del pacto de extensión es imposible, dado que el concepto de tercer poseedor en el momento constitutivo de la hipoteca es inconcebible».

Se explica, por ello, la disposición del artículo 162 de la Ley Hipotecaria, según el cual: «Salvo pacto expreso o disposición legal en contrario, la hipoteca, cualquiera que sea la naturaleza y forma de la obligación que garantice, no comprenderá:

«1.º Los objetos muebles que se hallen colocados permanentemente en la finca hipotecada, bien para su adorno, comodidad o explotación, o bien para el servicio de alguna industria, a no ser que no puedan separarse sin quebranto de la materia o deterioro del objeto.

2.º Los frutos, cualquiera que sea la situación en que se encuentren.

3.º Las rentas vencidas y no satisfechas al tiempo de exigirse el cumplimiento de la obligación garantizada.

4.º Las nuevas construcciones de edificios donde antes no los hubiera».

Consiguientemente, la no extensión de la hipoteca reconoce que el tercer poseedor es el propietario o dueño de los bienes, razón por la cual se le reconoce, en hipótesis de ejecución, dos derechos: bien el de exigir su importe o el de retención (art. 163, párrafos segundo, tercero y cuarto) (109).

EDUARDO VÁZQUEZ BOTE
Profesor de la Universidad
de Puerto Rico

(109) «La exégesis del precepto —escribe CHICO— contempla dos supuestos claros:

1. La opción para cobrar el importe se condiciona: 1.º Si las accesiones o mejoras pudieran ser separadas sin menoscabo, se enajenarán con separación del predio, y su precio, tan sólo, quedará a disposición de dicho dueño, 2.º Si, por el contrario, tales afecciones o mejoras no pudieran ser retiradas sin menoscabo de la finca, el propietario sólo podrá obtener su importe, sin que le esté permitido detener el cumplimiento de la obligación principal bajo el pretexto de hacer efectivo su derecho, sino que habrá de cobrar lo que le corresponda con el precio de la misma finca cuando se enajenase ésta para la satisfacción del crédito. Siempre cobrará su importe aunque la cantidad restante no alcance para cubrir el crédito hipotecario.

2. En el caso de que opte por retener los objetos en que consistan dichas accesiones o mejoras, esta opción queda condicionada a que pueda hacerla sin menoscabo de la finca, gozando del *ius tollendi*, pudiendo ejercitar el derecho de separación» (*loc. cit.*, II, pág. 1418)

El derecho de tanteo y retracto en la Ley española de Arrendamientos Rústicos de 1980. Referencia al derecho de *prelazione* y *retrato* en Italia

SUMARIO: I. INTRODUCCION.—II. ELEMENTOS DEL TANTEO: II.1 CONCEPTO DE TANTEO. II.2. NATURALEZA JURÍDICA DEL TANTEO. II.2.1. *En el Derecho español* II.2.2. *En el Derecho italiano*. II.2.2.1. La *prelazione* como relación obligatoria. II.2.2.2. La *prelazione* como derecho potestativo. II.3. FINALIDAD DEL TANTEO. II.4. EL TANTEO COMO LÍMITE EXTERNO AL DERECHO DE PROPIEDAD. II.5. ACTOS QUE DAN LUGAR AL TANTEO. II.5.1. *Actos que permiten el tanteo* II.5.2. *Los Censos en España y la enfiteusis en Italia*. II.6. ACTOS QUE EXCLUYEN LA *PRELAZIONE*. DIFERENCIAS EN RELACIÓN AL TANTEO. II.6.1. Actos que excluyen la *prelazione*. II.6.2. Supuestos Concretos. II.6.2.1. la permuta. II.6.2.2. La donación. II.6.2.3. Cesión de la nuda propiedad. II.6.2.4. Destino no agrario de los terrenos. II.6.2.5. Disolución de una sociedad. II.6.2.6. Aportación a una sociedad de una finca rústica arrendada. II.6.2.7. La venta en condiciones personalísimas. II.7. El objeto del tanteo. II.7.1. El fundo. II.7.2. Una participación indivisa del fundo. II.7.3 Parte del fundo. II.7.3.1. Sujeto sólo parte del fundo a arrendamiento. II.7.3.2 Sujeto todo el fundo a arrendamiento. II.7.4. Un fundo con pluralidad de arrendatarios. II.7.5. Varios fundos en bloque por un único precio. II.8. Los sujetos del tanteo. II.8.1. Sujeto activo. II. 8.1.1. Requisitos subjetivos del arrendatario. II.8.1.2. Otras condiciones subjetivas. II.8.2. Sujeto pasivo. III. EJERCICIO DEL DERECHO DE TANTEO: III.1. Notificación de la transmisión proyectada. III.2. Revocabilidad de la decisión del propietario de enajenar la finca. III.3. Ejercicio del derecho de adquisición preferente en el mismo precio y condiciones. III.4. Renuncia al derecho de tanteo. III.5. Violación del derecho de tanteo. IV. EL RETRACTO: IV.1. El retracto y su relación con el tanteo. IV.2. Ejercicio del retracto. IV.2.1. Presupuestos. IV.2.2. Las partes. IV.2.2.1. Sujeto activo. IV.2.2.2. Sujeto pasivo. IV.2.3. Plazo y modos para el ejercicio del retracto. IV.4. El reembolso del precio y otros gastos.

I. INTRODUCCION

El Derecho español contempla varias figuras que pretenden una preferente adquisición en favor directamente de determinados agricultores: el retracto de comuneros, regulado en el artículo 1.522 del Código Civil; el retracto entre colindantes, artículo 1.523 del Código Civil; los derechos de tanteo y retracto en los censos y figuras análogas, ordenados por los artículos 1.636 al 1.642 del mismo texto legal (1); el artículo 1.656 que regula un caso particular de retracto derivado de un contrato censal determinado (censo de primeras cepas); el derecho de adquisición preferente regulado en el artículo 45.1º de la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario, y por último el artículo 27 de la Ley 19/95, de 4 de julio, de modernización de las explotaciones agrarias (2).

Además de los aludidos, están los derechos de adquisición preferente concedidos al arrendatario por la Ley de Arrendamientos Rústicos de 1980, que inciden con fuerza sobre el poder dispositivo del propietario y que favorecen el acceso a la propiedad de los arrendatarios rústicos. Se tiende a convertir al arrendatario que disfruta del uso y goce de la tierra a través de una relación jurídica obligacional, en propietario de la finca, reconociéndole ciertos «derechos de preferente adquisición» en las enajenaciones *inter vivos*. Concretamente, los artículos 86 al 97 del citado texto legal, anteponen el derecho del arrendatario a acceder a la propiedad de la finca que explota, frente a cualquier derecho de un adquirente extraño a la misma, a través de los derechos de *tanteo*, *retracto* (3) y preferente adquisición como formas de acceso a la propiedad (4).

(1) Existen además figuras censales que viven al arrimo de la tradición y costumbres locales —entre otras, los foros, característicos de las explotaciones en Galicia y la institución catalana llamada *censo a rabasa morta*—.

(2) Para un estudio de estas figuras, véase GARCÍA CANTERO, G., *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, tomo XIX, segunda edición, dirigidos por Manuel Albaladejo y Silvia Díaz Alabart, Editorial de Derecho Privado, Madrid 1991, págs. 644 a 675; LLOMBART, M. D., «Los derechos de adquisición preferente de fincas rústicas a favor de los arrendatarios», *Revista de Derecho Privado*, abril de 1983, págs. 337 a 360.

(3) En relación con la configuración jurídica del retracto arrendaticio la doctrina mantiene gran variedad de criterios: véase a CASALS COLLDECARRERA, *El retracto en los arrendamientos de fincas rústicas según la doctrina del Tribunal Supremo*, Bosch, Barcelona, 1946, pág. 63; DE BUEN, *Enciclopedia jurídica SEIX*, tomo XXIX, pág. 139; BADENES GASSET, *La preferencia adquisitiva en el Derecho español Tanteo, retracto y opción*, Barcelona, 1958, pág. 28; IGNACIO NART, *Ex arrendamientos*, Anuario de Derecho Civil, 1951, pág. 954; PÉREZ TEJEDOR y SERRANO MORENO, *Arrendamientos rústicos*, Gerona, 1951, pág. 306, ROCA SASTRE, *Derecho Hipotecario*, vol. III, Barcelona, 1948.

(4) Sobre los derechos de tanteo, retracto y adquisición preferente en la Ley de Arrendamientos Rústicos de 1980, vide, entre otros, LLOMBART, M. D., *Los derechos de adquisición preferente de fincas rústicas a favor de los arrendatarios*, op. cit., págs. 348 a 360; DELGADO DE MIGUEL, J. F., «Acerca de los presupuestos de validez para el ejercicio de los tanteos y retractos rústicos», *Anuario de Derecho civil*, julio-septiembre de 1988,

En los supuestos de enajenación onerosa, el arrendatario se ve favorecido por la Ley de Arrendamientos Rústicos, que obliga al enajenante a ofrecer la finca al arrendatario —tanteo—, o le concede el poder de subrogarse, sustituyendo al comprador —retracto—. Igualmente en caso de enajenaciones a título gratuito o en circunstancias excepcionales, se ofrece al arrendatario la posibilidad de comprar, con preferencia a determinadas personas —preferente adquisición—.

Dentro de la expresión «derechos de adquisición preferente», la doctrina estudia tanto los supuestos que tienen lugar a través de la técnica del «tanteo», que ofrece un derecho de preferencia mediante el pago del importe que debiera pagar una tercera persona, a la que el ejercicio del derecho del adquirente le priva de su adquisición, como los supuestos incluidos en la figura jurídica que completa la anterior, es decir, los que acontecen a través del «retracto», cuando el tanteo no puede ejercitarse por su titular, al ignorar la enajenación por causas ajenas a su voluntad, y que le permite subrogarse y ocupar el lugar del comprador en un contrato ya perfeccionado.

En España los derechos de tanteo y retracto o de adquisición preferente están regulados en los artículos 84 al 97 de la Ley 83/1980, de 31 de diciembre, de arrendamientos rústicos (5). El artículo 84 establece que el arrendatario de una finca rústica tendrá la facultad de acceder a la propiedad de la misma, entre otros medios, mediante el ejercicio de los derechos de tanteo y retracto o del de adquisición preferente. El artículo 86 de la Ley española de Arrendamientos Rústicos reconoce el derecho de tanteo —y en su caso el derecho de retracto— en toda enajenación *inter vivos* de fincas rústicas arrendadas, de su nuda propiedad, porción determinada o de una participación indivisa de las mismas. Además, el artículo 89 del mismo texto legal añade que «en los contratos de donación, aportación a sociedad, permuta, adjudicación en pago o cualesquiera otros distintos de la compraventa el arrendatario podrá ejercitar su derecho de adquisición preferente en la misma forma establecida para el tanteo y el retracto».

El objetivo primordial de estos derechos es conseguir que la misma persona, el arrendatario rústico, tenga la titularidad tanto de la propiedad de la tierra como de la explotación agraria, puesto que se considera la finca, sobre la que el agricultor ejercita su actividad, su principal medio o capital de explotación.

págs 788 a 805: MARTÍNEZ VALENCIA, J., *Comentario de la Ley de Arrendamientos Rústicos. Jurisprudencia y formularios* Dykinson, Madrid, 1991, págs. 420 a 501, GARCÍA GIL, F., *Los arrendamientos rústicos en la Jurisprudencia*, Cometa S. A., Pamplona, 1991, págs. 247 a 285, JORDANO BAREA, J., *El derecho de acceso a la propiedad en la legislación de arrendamientos*, prólogo a la monografía de PAZ SUEIRO, J. M., Bosch, Barcelona, 1963, pág. 6: el labrador no propietario está llamado a la propiedad fundiaria, tiene «vocación» de dueño en determinadas condiciones. Se considera el trabajo como justo título de adquisición —y conservación— de la propiedad de la tierra.

(5) *Boletín Oficial del Estado*, núm. 26, de 30 de enero de 1981.

Pero estas fórmulas legales están moldeadas según la idiosincrasia del lugar y la técnica del Ordenamiento Jurídico en el que se ubican. Por todo ello resulta de sumo interés investigar la situación de *la prelazione e del retratto dell'affittuario* de un fundo rústico en el Derecho italiano (6), y de esa forma individualizar los puntos de contacto y de divergencia sobre el particular entre el Derecho italiano y el Derecho español.

En el Ordenamiento Jurídico italiano la regulación de *la prelazione e del retratto dell'affittuario* de un fundo rústico data de 1965. Estas figuras pretenden, en aplicación del artículo 47 de la Constitución italiana, la formación de la pequeña propiedad agraria.

El examen comparado con el Derecho italiano, en particular el examen de las respuestas que la jurisprudencia italiana ha dado a los problemas que en la práctica se han planteado, resulta sumamente interesante. Ha de tenerse presente que existe ciertamente un grado de identidad entre el Derecho español y el italiano. En ambos Ordenamientos Jurídicos ha cuajado un derecho de preferencia en favor del arrendatario, en igualdad de condiciones a un tercero con el que el propietario de la tierra pretende concluir el contrato de venta —si bien en Italia, la igualdad de condiciones encuentra el límite en el trato de favor al arrendatario dado por la ley y referido tanto al tiempo como al modo de pago del precio—. Igualmente, existe identidad en la institución del retracto, como derecho a sustituir, subrogarse, mediante una unilateral declaración de voluntad del arrendatario, al tercer adquirente al que el propietario de la tierra transmitió el bien sin respetar el derecho de *tanteo*.

(6) Entre la abundante bibliografía *sulla prelazione agraria* por la actualidad del tema en el Derecho italiano, citaremos a AMOROSA, «La prelazione nella vendita di fondi rustici. Completezza della proposta e congruità dell'accettazione», en *Corti Bari, Lecce e Potenza*, 1970, I, BAGNOLI, «La prelazione nei trasferimenti di fondi rustici (l. 26 maggio 1965, n. 590)», en *Riv. Not.*, 1965, I, 1076; BASSANELLI, «La prelazione legale per lo sviluppo de la proprietà coltivatrice», en *Riv. Dir. Agr.*, 1972, I, 75; BENEDETTI, «Prelazione e riscatto nell'alienazione di fondi rustici», en *Riv. Not.*, 1974, I, 893; BORSELLI, «Compromesso di vendita di un fondo rustico e diritto del coltivatore alla prelazione. Esclusione del compenso di mediazione», en *Nuovo Dir.*, 1975, 529.; BUCCIANTE, A., *Prelazione agraria. in Prelazione e retratto*, Milano, 1989, 189; BRUNI A. M., *La compravendita di fondo rustico*, Padova, 1990, CARPINO, B., «La prelazione nell'acquisto di fondi rustici», en *Manuale di Diritto Agrario Italiano dell'U.I.E.I.*, a cura di N. Irti, Torino, 1978, pág. 416; *La prelazione nell'affitto di fondi rustici*, in *Diritto agrario italiano a cura di N. IRTI*, Torino, 1980; «Prelazione agraria», en *Noviss. Dig. It.*, Appendice, vol. V, Torino, 1984, 1144; CARROZZA, «Prelazione agraria: punto cruciale fra proprietari ed affittuari», en *Riv. Dir. Agr.*, 1976, II, 304; «La prelazione agraria: tipi, fondamento e gerarchia», en *Riv. Dir. Civ.*, 1981, I, 707 ss.; CASAROTTO, *La prelazione agraria. Lineamenti dell'istituto. Dottrina e giurisprudenza*, Padova, 1980; *La prelazione nell'accesso alla proprietà agraria*, Padova, 1989; CASELLI, «La prelazione nell'acquisto di fondi rustici (legge 26 maggio 1965, n. 590, e legge 14 agosto 1971, n. 817)», en *Giur. Merito*, 1974, IV, pág. 159; CORSARO, L., *La prelazione agraria*, Milano, 1990; CORSARO, M., *La prelazione agraria. Repertorio di dottrina, giurisprudenza e legislazione*, vol. II, Milano, 1985; GIORGIO CASAROTTO, G., «Profili

En Italia, las fuentes normativas del instituto de la *prelazione* (7) no se encuentran en una Ley de arrendamientos rústicos, sino en leyes especiales que regulan principalmente la concesión de préstamos subsidiados para la adquisición de fundos: artículos 8, 9, 10 y 31 de la Ley 590, de 26 de mayo de 1965, sobre «disposizioni per lo sviluppo della proprietà coltivatrice» (8); artículos 7, 8, 9 y 16-5.º de la Ley n.º 817, de 14 de agosto de 1971, sobre «disposizioni per il rifinanziamento delle provvidenze per lo sviluppo della proprietà coltivatrice» (9); artículo único de la Ley n.º 265, de 10 de mayo de 1976, «modifiche ed integrazioni alla legge 26 maggio 1965 n.º 590 sulla

attuali della prelazione agraria (I. La prelazione)», *Riv. Dir. Agr.*, gennaio-marzo 1987, págs. 86-152; GROSSI, *Sul diritto di prelazione del coltivatore del fondo*, en *Foro It.*, 1976, I, 1925; JACONO, «Questioni in tema di prelazione del coltivatore di fondo rustico», en *Giur. Merito*, 1982, 293; JANNARELLI, A., *Quale futuro per la prelazione agraria?*, en *Foro It.*, 1984, I, 2763; JESU, G., «Pertinenze di fondo rustico e prelazione», en *Nuovo Dir. Agr.*, 1990, 291; MALINCONICO, «In tema di prelazione spettante all'affittuario nella vendita del fondo di cui è coltivatore diretto», en *Nuovo Dir.*, 1968, 374; MAZZA, «Diritto di prelazione su fondo rustico e coltivatore diretto», en *Giur. Agr. It.*, 1980, pág. 432; NANNARONE, «Il diritto di prelazione nella vendita di fondo rustico», en *Nuovo Dir.*, 1969, pág. 517; NICOLINI C., «Rivendita di fondo rustico acquistato esercitando la prelazione agraria», en *Riv. Dir. Agr.*, 1985, II, pág. 121. NIUTTA, «Sulla prelazione dei fondi rustici», en *Vita Nul.*, 1973, pág. 286; PANZANI, «Alcune questioni in tema di prelazione di fondi agricoli», en *Giur. It.*, 1974, I, 2, pág. 291; PAOLUCCI, *Prelazione e riscatto nella compravendita di fondi rustici*, Milano, 1978; SPALLANZANI, «La prelazione nella vendita dei fondi rustici», en *Riv. Not.* 1970, II, pág. 1015; TORTOLINI, «Il tema di prelazione sulla vendita dei fondi rustici», en *Giur. It.*, 1972, I, pág. 1614; TRIOLA, *La prelazione agraria*, Nella Collana «Teoria e pratica del diritto», ed. Giuffrè, Milano, 1984, pp. XII-167. Esta bibliografía puede ampliarse con la que se encuentra en la Enciclopedia del Diritto, XXXIV, Pluralità-Premeditazione, Giuffrè editore, Italia, 1985, pp. 981 a 1017, que se ocupa de la *prelazione*, trabajo realizado por Lucio V. Moscarini, en especial la lectura de las págs. 1016 y 1017. También una lista más amplia de bibliografía se encuentra en *Rivista di Diritto Agrario*, Giuffrè, Milano, Luglio-settembre 1983, págs. 424 a 442, ottobre-dicembre 1985, págs. 583 a 586; ottobre-dicembre 1986, págs. 962 a 964; ottobre-dicembre 1987, págs. 600 a 601; ottobre-dicembre 1989, págs. 686 a 689; ottobre-dicembre 1990, págs. 977 a 978; ottobre-dicembre 1991, págs. 645 a 646.

(7) Sobre el origen histórico de la *prelazione*, véase a CARROZZA, A., «Genesi storica delle prelazioni i agrarie e loro futuro», *Rivista di Diritto Agrario*, aprile-giugno 1996, págs. 185 a 197, donde pone de manifiesto cómo la *prelazione* fechada en 1965 representa una innovación de fundamental importancia para el Ordenamiento Jurídico italiano. También del mismo autor véase CARROZZA, A., «La prelazione Agraria. Tipi. Fondamento e Gerarchia», *Rivista di Diritto Civile*, año XXVII, 1981, parte primera, págs. 707 a 718, donde se ocupa, entre otros aspectos del fundamento común, de todo tipo de *prelazione*, así como del fundamento específico de la *prelazione* del arrendatario, cultivador directo del fundo. Por último, en general, sobre *prelazione* agraria véase «Prelazione y Retratto», Seminario coordinado da Giuseppe Benedetti e Lucio V. Moscarini, Università degli studi di Roma la Sapienza. Giuffrè Editore, 1988, en particular, CARPINO, B. G., *Profilo teorico della prelazione del coltivatore diretto nel quadro normativo dei vari tipi di prelazione agraria*, en la obra citada págs. 171 a 206. También MOSCARINI, L.V., *Prelazione*, Voce della Enciclopedia del diritto, XXXIV; Milano, 1985.

(8) Publicada en la *Gazz. Uff.* el 9 de junio de 1965, n.º 142.

(9) Publicada en la *Gazz. Uff.* el 14 de octubre de 1971, n.º 261.

proprietà coltivatrice»; artículo único de la Ley 2 de 8 de enero de 1979, referida a la «interpretazione autentica dell'art. 8 della legge 26 maggio 1965, n.º 590, con modificazioni e integrazioni della legge 14 agosto 1971, n.º 817» y para los terrenos de reforma el artículo 4-4.º, 5.º y 6.º de la Ley 379, de 29 de mayo de 1967.

El hecho de que la *prelazione* se sitúe en ese contexto normativo no supone interdependencia necesaria entre el ejercicio de la *prelazione* y la solicitud de préstamos para la adquisición de fundos. Por tanto, en modo alguno cabe afirmar que solamente pueda ejercitarse la *prelazione* por quien pueda resultar beneficiado de un préstamo subsidiado para la adquisición de fincas rústicas. Por el contrario, la repercusión que sobre el ejercicio de la *prelazione* desencadenaría el préstamo conseguido se centrará principalmente en el tiempo y en la forma de pagar el precio (10).

Atendiendo al primer inciso del artículo 8 de la Ley n.º 590, de 26 de mayo, se reconoce entre otros, al arrendatario rústico, cultivador directo (11), el derecho de *prelazione* agraria (12), que es tanto como decir el derecho de adquirir el fundo (13), cuando el propietario decida transmitirlo a título oneroso —o constituir una enfiteusis (14)—, en lugar de aquel con el que se habían desarrollado los tratos.

Como puede observarse, en Italia se prevé la *prelazione* para el caso de conceder el fundo en enfiteusis, no así en España, donde el artículo 86 de la Ley de Arrendamientos Rústicos contempla el derecho de tanteo en favor del arrendatario en toda enajenación *inter vivos* de fincas rústicas arrendadas, de su nuda propiedad, de porción determinada o de una participación indivisa de las mismas.

(10) BASSANELLI, E. «La *prelazione* legale per lo sviluppo della proprietà coltivatrice». *Riv. Dir. Agr.*, 1972, pág. 75.

(11) BELLANTUONO, D., «La qualifica di coltivatore diretto per l'esercizio della *prelazione* e del riscatto di cui alla legge n.º 590/1965 e successive modificazioni», en *Dir. e Giur. Agr.*, 1992, pág. 296.

(12) En el primer inciso del artículo 8 de la Ley italiana de 26 de mayo 1965, n.º 590 se establece: «In caso di trasferimento a titolo oneroso o di concessione in enfiteusi di fondi concessi in affitto a coltivato diretti..., l'affittuario..., ha diritto di *prelazione*...», añadiéndose en el inciso quinto del mismo artículo: «Quallora il proprietario non provveda a tale notificazione o il prezzo indicato sia superiore a quello risultante dal contratto di compravendita, l'avente titolo al diritto di *prelazione* può, entro un anno dalla trascrizione del contratto di compravendita, riscattare il fondo dell'acquirente e da ogni altro successivo avente causa.»

(13) Mención especial ha de hacerse en el caso de que el fundo sea propiedad de un Ente Público, sobre el particular BRUNI, A.M., «La *prelazione* dell'affittuario di fondi di proprietà degli enti pubblici», en *Giur. Agr. It.*, 1986, pág. 610.

(14) No se dice nada en la Ley n.º 590, de 26 de mayo de 1965, respecto de la venta del derecho enfiteutico, si bien la Corte Suprema ha considerado la cesión onerosa de la finca en enfiteusis como idónea para suscitar el derecho de *prelazione*. Sentencia de 27 de mayo de 1991, n.º 6002.

II. ELEMENTOS DEL TANTEO

II.1. CONCEPTO DE TANTEO EN LA LEGISLACIÓN ESPECIAL AGRARIA

Se llama derecho de tanteo a un tipo legal de derecho de adquisición preferente cuyo titular es el arrendatario rústico para la adquisición de la finca arrendada en el caso de que el dueño quiera enajenarla.

El tanteo, en el Derecho español, otorga a su titular la facultad de adquirir el derecho de propiedad sobre la finca arrendada con preferencia a cualquier otro adquirente hipotético, cuando su dueño proyecte su transmisión y por el tanto proyectado (15).

El tanteo se deslinda del retracto. Ambos son fases del mismo derecho de adquisición preferente de origen legal que otorga al arrendatario rústico la facultad de adquirir el derecho de propiedad del fundo, separadas por el hecho de que mientras el tanteo se manifiesta antes de que la transmisión se consume, el retracto, tiene lugar una vez que se ha consumado.

En Italia, la *prelazione* del arrendatario rústico es el derecho que la ley le atribuye de ser preferido, en igualdad de condiciones, a otro sujeto en la adquisición de la propiedad —o en la asunción en enfiteusis del fundo— en el caso de que el propietario decida transmitirlo a título oneroso —o de conceder en enfiteusis el fundo—.

También en Italia existen dos fases para realizar la adquisición preferente. La primera, constituida por la *prelazione* (16), que se ejercita con anteriori-

(15) COCA PAYERAS, M., Voz «Tanteo», Enciclopedia jurídica Civitas *Enciclopedia jurídica básica*, vol. IV, Editorial Civitas, Madrid, 1995, págs. 6464 y 6465; RODRÍGUEZ MORATA, F.A., *Derecho de tanteo y retracto en la ley de Arrendamientos Urbanos de 1994*, Aranzadi, Pamplona, 1996, pág. 25

(16) Muchas han sido las obras que en la doctrina italiana desarrollan aspectos generales o particulares de la *prelazione*. Sin ánimo de agotarlas, mencionaré las siguientes: BASSANELLI, E., «La prelazione legale per lo sviluppo della proprietà coltivatrice», en *Riv. Dir. Agr.*, 1972, I, pág. 75; BERNARDINI, M., «La prelazioni agrarie», en *Riv. Dir. Agr.*, 1990, I, pág. 354; BUCCIANTE, A., «Prelazione agraria», en *Prelazione e retratto*, Milano, 1988, pág. 189; CAPPIZZANO, A.; CALABRESE, D.; PERFETTI, M., *La Prelazione e il riscatto agrari*, Padova, 1993; CARROZZA, A., «La prelazione agraria. tipi, fondamento e gerarchia», en *Riv. Dir. Civ.*, 1981, pág. 707; CASAROTTO G., «Profili attuali della prelazione agraria», en *Riv. Dir. Agr.*, 1987, I, págs. 86 a 255; CIANCIO, M., *Prelazione e acquisto di fondi rustici*, Padova, 1978; CIGARINI, G.P.; RINALDI, T., *La prelazione legale agraria*, Bologna, 1990; CORSARO, L., «Prelazione agraria (la prelazione del coltívoltore nella costruzione giurisprudenziale)», en *Dizionario del Diritto Privato*, 4, Diritto agrario, Milano, 1983, pág. 617; GERMANO, A., «La prelazione agraria. problemi sostanziali e precensuali», en *Giur. Agr. It.*, 1973, pág. 391; GRECO, G., *La prelazione agraria*, Roma, 1986; MANFREDI, A.P., «La prelazione agraria», en *Nuova Giur.*, 1990, II, págs. 133 a 209; ROMAGNOLI, E., «Il diritto di prelazione dopo la legge n. 203 del 1982 con particolare riferimento all'art. 48», en *Nuovo Dir. Agr.*, 1985, pág. 531; TRIOLA, R., *La Prelazione agraria*, Milano, 1990.

dad a la enajenación a título oneroso a un tercero —o constitución de enfiteusis—. La segunda forma del mismo derecho de adquisición preferente la constituye el *retrato* (17), que tiene lugar cuando el propietario enajena sin efectuar la *denuntiatio*, o bien cuando comunica unas condiciones más gravosas de aquellas pactadas con el tercero. Ejercitado el retrato, el arrendatario, cultivador directo, recobrará el fundo del adquirente o de los sucesivos adquirentes que de él traen causa.

Por tanto, hay que destacar, al menos, dos notas referidas al derecho de adquisición preferente del arrendatario rústico. La primera es la de que se configura en dos momentos distintos, ejercitándose uno antes de consumarse la venta y el otro después de consumada. La segunda nota se refiere al origen legal del derecho de tanteo, esto es, no trae causa del contrato o pacto previo a la transmisión —a título oneroso o a la concesión en enfiteusis, en el caso de Italia— del fundo por parte del propietario (18), si bien es el último efecto del contrato de arrendamiento rústico (19).

II.2. NATURALEZA JURÍDICA DEL DERECHO DE TANTEO

Calificar jurídicamente el tanteo no ha sido una cuestión pacífica en España. Tampoco lo ha sido en Italia. Por ello, es preciso analizar con cierto detenimiento los aspectos que se han puesto de manifiesto por la doctrina en relación con la naturaleza jurídica del tanteo y del retrato.

II.2.1. *Derecho español*

Como cuestión previa al estudio de la naturaleza jurídica del derecho de tanteo, resulta preciso reseñar primeramente la controversia que gira en torno al siguiente interrogante: ¿cuando aludimos al «derecho de tanteo y retrato»

(17) Es abundante la bibliografía italiana sobre «il retratto», entre la que destaco: BELLANTUONO, D., «Prelazione e riscatto di fondo rustico tra formalismo elibertà delle forme», en *Dir e Giur. Agr.*, 1993, pág. 425; GERMANO, A., «Domanda giudiziale di retratto dell'affittuario coltivatore diretto e competenza», en *Giur. Agr. It.*, 1975, pág. 163; GUERRERA, F., «Novità e problemi in tema di riscatto agrario», en *Rass. Dir. Civ.*, 1986, pág. 447; JESU, G., «Retrato e responsabilità del venditore», en *Nuovo Dir. Agr.*, 1990, pág. 181; LOTTIO, G., «Retrato agrario e qualche problema connesso», en *Nuovo Dir.*, 1989, pág. 861; TRIOLA, R., «Esercizio della prelazione e riscatto», *Giust. Civ.*, 1986, I, pág. 696; VITALI, G., «In tema di esercizio del diritto di riscatto agrario», en *Corriere Giur.*, 1989, pág. 499.

(18) CARROZA, A., «Introduzione allo studio della prelazione legale nel diritto della riforma agraria», *Riv. Dir. Agr.*, 1971, I, pág. 53.

(19) MILANI, «La prelazione a favore degli affittuari, mezzadri e coloni nel trasferimento di proprietà del fondo ai sensi della legge 26 maggio 1965, n.º 590», *Rev. Dir. Agr.*, 1970, I, pág. 318.

nos encontramos ante dos derechos diferentes, ante dos fases del mismo derecho, o, por el contrario, estamos ante un derecho único amasado de una sola pieza y que se ejercita de formas distintas e incompatibles?

Parte de la doctrina ha considerado que «tanteo y retracto» son derechos distintos en base a que entre ellos existe una separación por el tiempo (20) y manera como se ejercen y en los efectos que producen, si bien se reconoce que tienen en común el que se ejercen con ocasión de la compraventa de bienes inmuebles y la preferencia que dan a ciertas personas en la adquisición de esos inmuebles (21).

La separación entre tanteo y retracto se encuentra en que mientras éste se dirige contra el comprador, aquél se dirige contra el presunto vendedor (22).

Sin embargo, la doctrina ha venido dando preferencia a aquello que une al tanteo y al retracto frente a lo que les separa, de modo que reconoce que la inclinación fundamental del tanteo y del retracto es el derecho de adquirir con preferencia a un tercero una cosa que se enajena (23). En esta línea de razonamiento, se estima que en nuestro Código Civil, «tanteo y retracto» se conciben no como dos derechos, sino como un «derecho único o unitario», el derecho de preferente adquisición, reduciendo la diferencia entre ellos a que el primero se ejercita antes de consumarse la venta y el segundo después (24).

Tanteo y retracto se configuran como manifestaciones del derecho de

(20) ESPÍN CÁNOVAS, D., *Manual de Derecho Civil Español*, tomo II, 7.ª ed., EDER-SA, Madrid, 1985. pág. 640, configura al tanteo y retracto como derechos distintos, que se distinguen según el momento anterior o posterior a la transmisión del objeto en que manifiestan su eficacia y destaca su coincidencia en el modo de operar, lo que les otorga una fisonomía análoga y estrecho parentesco, que se manifiesta en una inevitable conexión temporal y esencial. BADENES GASSET, R., *La preferencia adquisitiva en el Derecho español*, Ed. Bosch, Barcelona, 1958, págs. 46 y ss., los califica como dos derechos diferentes, ambos de preferencia, que en el derecho de tanteo se manifiesta antes de la consumación de la venta y en el del retracto después. Considera que cuando el aviso se omite, el tanteo se convierte en retracto.

(21) FALCÓN, M., *Exposición doctrinal del Derecho civil español, común y foral*, 5.ª ed., tomo II, Tip. La Publicidad, Barcelona, 1879 págs. 304 y ss.

(22) MANRESA Y NAVARRO, J.M., *Comentarios al Código Civil español*, 3.ª ed., tomo X, E. Reus, Madrid, 1919, págs. 359 y ss.: «dirígesse la acción del retrayente contra el comprador y la de tanteo contra el presunto vendedor».

(23) MARTÍNEZ-ALCUBILLA, M., «Retrato civil», en *Diccionario de la Administración Española*, 6.ª ed. Administración, tomo XIII, Madrid, 1930, págs. 282, en base a una STS de 22 de noviembre de 1901 entiende que: «la índole fundamental del retracto es, pues, como la del tanteo, el derecho de adquirir, con preferencia, a un tercero una cosa que se venda o se de en pago...».

(24) PÉREZ GONZÁLEZ, B., y ALGUER, J., en ENNECERUS, KIPP y WOLFF, *Tratado de Derecho civil* 3.ª ed., Bosch, Barcelona, 1966-1971, tomo. II, vol 2.º, pág. 170, y tomo III, vol. 2.º, pág. 156; ROCA SASTRE, R.M., y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, *Derecho Hipotecario*, 7.ª ed., Ed. Bosch, tomo III, Barcelona, 1979, págs. 586 y ss., configura el tanteo y el retracto legal como un derecho de adquisición preferente que se presenta en dos fases, de pre y postadquisición, respectivamente.

adquisición preferente (25), con anterioridad y posterioridad a la consumación de la transmisión (26).

Por su parte, la Jurisprudencia ha considerado que el derecho de tanteo comprende también el derecho de retracto a fin de lograr eficacia en la preferencia, porque si así no fuera y se concediese el tanteo sin el retracto, el fin de aquél podría fácilmente eludirse por el obligado al aviso, y quedar sin eficacia la preferencia. Esta puede conseguirse lo mismo ofreciendo el tanteo antes de la consumación de la venta que intentando el retracto de la finca ya vendida (27).

En definitiva, tanteo y retracto son dos formas de ejercitar un único derecho de adquisición preferente, determinadas por el estadio en que la enajenación se encuentra. Si aún no se ha consumado la enajenación, al ejercitar el tanteo el titular de la preferencia podrá subrogarse en la posición contractual del proyectado adquirente. Si se ha producido la transmisión dominical, al ejercitar el retracto el titular de la preferencia desplazará de su dominio al adquirente (28). El tanteante se inmiscuye en el contrato convirtiéndose en comprador. Al retrayente no le cabe la subrogación contractual en sentido

(25) MORAL Y DE LUNA, A. DEL, «Los derechos de adquisición y el problema de su rango», Anales de la Academia Matritense del Notariado, tomo VIII, 1950, ed. 1954, pág. 346: «El tanteo y el retracto.. integran el ambivalente módulo de ejercicio de una facultad adquisitiva concebida y amasada en una sola pieza». En el mismo sentido RICA, R. DE LA, «El derecho de tanteo: su naturaleza. Posibilidad de inscripción. Efectos de ésta. Título inscribible y circunstancias de la inscripción», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, tomo LII. 2, 1979, págs. 1038 y 1042: «...ambos pueden conceptuarse... no como derechos distintos, sino como dos tasas del mismo derecho prelativo o como dos diversas oportunidades para su ejercicio. Lo cual quiere decir que el retracto es la sanción legal del tanteo».

(26) PUIG BRUTAU, J., *Fundamentos de Derecho civil*, Ed. Bosch, 3.^a ed., tomo III, vol. 3, Barcelona, 1983, págs. 402-404: «...la terminología del Código civil y otras leyes induce a creer que tanteo y retracto son derechos diferentes y no manifestaciones en distintas oportunidades del derecho a tener preferencia para realizar una adquisición... Pero, en realidad, se trata de un derecho unitario...».

(27) Sentencia del Tribunal Supremo. de 22 de noviembre de 1901: «si bien las palabras tanteo y retracto no son rigurosamente sinónimas en el concepto de tener idéntica significación jurídica para el ejercicio de ambos derechos, porque el primero implica la obligación de que el vendedor avise a quien tiene el intento de enajenar alguna cosa con declaración del precio definitivo que se haya ofrecido para que pueda tomarla por el mismo tanto, y el segundo consiste en la facultad de rescindir la venta y quedarse el retrayente para sí por el mismo precio la cosa vendida, está fuera de duda que el tanteo cuando se usa este vocablo en nuestras leyes, comprende genéricamente ambos derechos por tender a igual finalidad, o sea a la preferencia que aquéllos conceden en algunos casos a determinada persona para adquirir por el mismo precio la cosa vendida, de tal suerte que a quien tiene el derecho de tantear asiste también el de retraer, porque si así no fuera y se concediese el tanteo sin el retracto, el fin de aquél podría fácilmente eludirse por el obligado al aviso, y quedar sin eficacia la preferencia, para conseguir la cual puede ejercitarse la acción lo mismo ofreciendo el tanto antes de la consumación de la venta, que intentando el retracto de la finca ya vendida.»

(28) BARBER CÁRCAMO, R., *El Retracto gentilicio*, Editorial Montecorvo, S. A., Madrid 1991. pág. 57.

técnico, sino en sentido de una sustitución subjetiva en la posición contractual del adquirente.

Enmarcada la cuestión en los términos expuestos, analizaré la naturaleza jurídica del derecho de tanteo y retracto. Así, el hecho de que tanteo y retracto no se ejerciten exclusivamente con relación a persona determinada —únicamente contra el propietario o contra la persona a quien ha enajenado—, sino contra todo dueño que enajenare o haya adquirido la cosa —o sea, contra los sucesivos adquirentes—, ha llevado mayoritariamente a la doctrina española a considerar el derecho de tanteo y retracto como derechos reales en base a la eficacia frente a terceros (29).

(29) ALBALADEJO GARCÍA, M., *Derecho civil*, tomo III, vol. 2, Librería Bosch, Barcelona, 1983-1989, págs. 345-347, considera tanteo y retracto como dos derechos distintos, cuya diferenciación viene dada por propia definición: facultad para adquirir antes o después de la enajenación. En caso de falta de notificación, el tanteo no se convierte en otro derecho, sino que por su propia naturaleza real, la violación de su forma «normal» de ejercicio (antes de la enajenación) permite ejercitarlo en otra forma diferente (después de la enajenación) adecuada para lograr la preferencia adquisitiva. Advierte, sin embargo, que el tiempo para ejercitar entonces el derecho de adquisición es el concebido para el retracto, aunque las obligaciones que recaen sobre el tanteante no son exactamente las mismas que tendría el retrayente»; ARECHEDERRA ARANZADI, L.I., «Tanteo convencional y traspaso de negocio», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, tomo LIII, I, 1980, págs. 30; CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho civil español, común y foral*, tomo II, vol. II, Madrid, 1968, pág. 33; CLEMENTE DE DIEGO, F., *Instituciones de Derecho civil español*, tomo I, I de Juan Pueyo, Madrid, 1929-1932, págs. 432 y ss., define el tanteo como: «el derecho real que otorga a su titular preferencia para la adquisición de un inmueble por el tanto en que su dueño pretenda enajenarle» y define el retracto como: «complemento del tanteo para los casos en que no se haya hecho uso de éste, consistiendo sustancialmente en la facultad de subrogarse en el lugar del comprador, rescindiendo la venta consumada a su favor mediante el abono del precio y demás gastos legítimos». GARCÍA CANTERO, G., *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, tomo XIX, dir. por Manuel Albaladejo, EDESA, Madrid, 1980, pág. 488: «El carácter real del tanteo no se manifiesta en su normal ejercicio, sino cuando se viola, lo que caracteriza a su titular para adquirir la cosa. Suele hablarse entonces del derecho de retracto como segunda fase del tanteo, denominación que puede mantenerse pese a su inexactitud», contempla tanteo y retracto como dos derechos reales de adquisición interrelacionados estrechamente, pero dos derechos. En buena técnica, a todo derecho de tanteo corresponde un derecho de retracto —aunque no cumulativamente— y, recíprocamente, a todo retracto debiera preceder un tanteo». Véase igualmente las páginas 510 y siguientes. PUIG BRUTAU, J., *Fundamentos de Derecho civil*, Ed. Bosch, 3.ª ed., tomo III, vol., 3, Barcelona, 1983, págs. 402-404, refiriéndose al tanteo y retracto ha escrito: «... en realidad, se trata de un derecho unitario cuyo carácter real precisamente obliga a estimar que tiene fuerza para imponerse tanto en dicha fase previa como en la posterior». RUBIO TORRANO, *El pacto de retroventa*, Madrid, 1990, págs. 110 y ss., SANTOS BRIZ, J., «Derechos reales de adquisición o de preferencia en la práctica jurídica española», *Revista de Derecho Privado*, tomo LV, 1971, pág. 337, al plantearse su naturaleza jurídica y su posible uniformidad concluye que el derecho de tanteo y el de retracto comparten la preferencia para anteponerse frente a terceros, «pero difieren en que el retracto presenta claros caracteres de derecho real, amortiguados en el derecho de tanteo, en cuanto al ser ejercitado frente a terceros ha de ser bajo la forma de retracto». Se oponen a que se les atribuya la naturaleza real: Díez-Picazo y Gullón, *Sistema de Derecho civil*, 4.ª ed., Madrid, 1988, vol. III,

Contrariamente, desde una posición clásica se ha considerado que no son auténticos derechos reales «por cuanto en ningún caso otorgan a su titular un poder inmediato sobre la cosa» (30), requisito que, junto con la eficacia u oponibilidad *erga omnes*, califica un derecho subjetivo como derecho real. El poder que el titular del derecho de tanteo y retracto tiene sobre la cosa es consecuencia del derecho base originario —vg. título arrendatario—, puesto que el tanteo y el retracto no conceden —circunstancia que es propia de los derechos subjetivos que tengan naturaleza real— a su titular una relación inmediata y directa sobre la cosa.

El derecho de tanteo confiere a la persona que se encuentra en una determinada situación jurídica —vg. arrendatario— la facultad de adquirir una cosa determinada cuando su propietario ha decidido venderla, mientras que el derecho de retracto confiere esa misma facultad cuando ya ha enajenado la cosa a un tercero. Así considerado el derecho de tanteo y retracto, entraña simples facultades de adquisición integradas por imperativo de la Ley en el contenido de la situación jurídica en que se halla su titular, facultades que han de ser calificadas como derechos subjetivos potestativos (31) con transcendencia real (32).

Tanteo y retracto constituyen un derecho subjetivo a la propiedad de una cosa específica y determinada, que si bien tiene carácter absoluto —oponible

pág. 53; ROCA SASTRE, R.M. y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, *Derecho hipotecario*, 7.ª edc., Ed. Bosch, tomo III, Barcelona, 1979, pág. 602. Se esgrime en favor de esta teoría lo dispuesto en el artículo 37.3 de la Ley Hipotecaria, así como lo establecido en el artículo 1.510 del Código Civil.

(30) DIEZ-PICAZO Y GULLÓN, *Sistema de Derecho civil*, vol. III, 3.ª ed., 2.ª reimpr., Madrid, 1987, págs. 574 y ss.

(31) SECKEL, *Gestaltungsrechte des bürgerlichen Rechts in Festgabe der juristen*, Berlín, 1903, n.º 31, p. 172, define los derechos potestativos como «derechos subjetivos concretos, el contenido de los cuales es el poder de conformación de una relación jurídica concreta mediante un negocio jurídico unilateral»; STOLFI, *Diritto civile* I. Parte generale, Torino, 1919, pág. 220, define los derechos potestativos como «el poder que corresponde a una persona de hacer cesar un estado jurídico existente o de producir un nuevo efecto jurídico merced a la simple declaración de voluntad del titular de tal derecho y sin el concurso de la voluntad de la persona sobre la que se ejerce dicho poder jurídico». Véase también definición de ENNECERUS, *Derecho civil* I. Parte general, trad. cast. y anotaciones al Derecho español por Pérez González y Alguer, Barcelona, 1956, pág. 294.

(32) DE BUEN, *Derecho civil común* I, 3.ª ed. Madrid, 1936-1940, pág. 149. Posteriormente DIEZ-PICAZO Y GULLÓN, *Sistema de Derecho civil*, vol. III, 3.ª ed., 2.ª reimpr., Madrid, 1987, págs. 574 y ss. Concretamente, DIEZ-PICAZO, L., *Fundamentos de Derecho civil patrimonial* III, Civitas, Madrid, 1995, págs. 102 y 103, escribe: «En sí mismos considerados, los derechos de tanteo y de retracto son, como el derecho de opción, simples facultades de adquisición, que determinan la posibilidad de decidir la configuración de una situación jurídica y por ello pueden ser englobados dentro de los llamados *grossa modo* derechos potestativos». Más adelante añade: «Los derechos de tanteo y retracto son derechos de adquisición con un ámbito de eficacia que permite a su titular dirigirse contra terceros, pero ello no hace posible la calificación de estos derechos como derechos reales, por cuanto que en ningún caso confieren a su titular un poder directo e inmediato sobre la cosa»

erga omnes—, no tienen carácter real; ya que le falta un requisito esencial: el poder directo e inmediato sobre la cosa sobre la que recaen (33).

En definitiva, como facultades de adquisición derivadas directamente de la Ley, tanteo y retracto, entrañan un derecho sobre bienes, de eficacia absoluta o *erga omnes*, consistente en la posibilidad que tiene su titular de modificar una determinada relación jurídica preexistente (34).

II.2.2. *Derecho italiano*

En Italia mayoritariamente se considera que el derecho de *prelazione* no es un derecho real en cuanto que su titular no tiene un señorío inminente sobre la finca. No obstante, se reconoce efectos reales en base a la eficacia *erga omnes*, ya que existe la garantía, que sigue a la violación de la *prelazione*, de rescatar la finca frente a cualquier tercero adquirente.

Dos son fundamentalmente las posturas que se han defendido por la doctrina italiana y que coinciden en esencia con el debate desarrollado en el seno de la doctrina patria.

La postura unitaria considera que el *retrato* no es otra cosa que el mismo derecho de adquisición preferente que el de *prelazione*, si bien deviene ejercitable, contra el tercer adquirente, como consecuencia de la enajenación efectuada sin la preceptiva notificación (35).

Frente a esta postura, parte de la doctrina italiana considera que *prelazione* y *retrato* son dos derechos distintos; el primero con contenido obligatorio, cuyo incumplimiento constituye el presupuesto del segundo, como instrumento para la adquisición de la propiedad del fundo (36). Así, la *prelazione* ha de considerarse en términos de relación obligatoria (37) y el *retrato* como un derecho distinto y complementario de aquella (38), como medio de asegurar su cumplimiento.

(33) RODRÍGUEZ-MORATA, F., *Derecho de tanteo y retracto en la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1994*, op. cit., pág. 64; LACRUZ-SANCHO, *Elementos de Derecho civil*, III, vol. II, op. cit., págs. 237 y ss. Para salvar ese escollo alegan que: «la intermediación, característica de los derechos reales, no tanto consiste en la actuación directa sobre la cosa, cuanto en la actuación sobre ella sin intermediación del propietario, es decir, sin prestación».

(34) RODRÍGUEZ-MORATA, F., *Derecho de tanteo y retracto en la ley de Arrendamientos Urbanos de 1994*, op. cit., pág. 69.

(35) PULEO, S. *I diritti potestativi (Individuazione delle fattispecie)*, Milano, Giuffrè, 1959, pág. 219; BENEDETTI, G., «*Prelazione e riscatto nell'alienazione dei fondi rustici*», *Riv. Not.*, 1974, I, págs. 893 y ss.

(36) CAPINO, B., *L'acquisto coattivo dei diritti reali*, Napoli, 1977, pág. 37.

(37) D'ORAZI FLAYONI, M. *Della prelazione legale e volontaria*, Giuffrè, Milano, 1950, pág. 131.

(38) En este sentido se pueden citar alguna sentencia, sirva de muestra Cass. 29-7-1975, n.º 2930.

Sin embargo, la primera observación que puede hacerse a quienes así piensan es que aun considerado el *retrato* como «sanción» (39), ésta la sufre el tercero adquirente, que precisamente no es quien ha incumplido la obligación de la *denuntiatio* propia de la *prelazione* como relación obligatoria. Por ello, más acertado es considerar que el *retrato* no deja de ser una fase posterior a la *prelazione*, constituyendo ambos dos formas del mismo derecho de adquisición preferente que garantiza, aun consumada la transmisión, la preferencia a su titular (40).

Por su parte, la Jurisprudencia italiana, en esta misma línea, coincidiendo con la posición expuesta *ut supra* sobre la Jurisprudencia patria, ha señalado que *prelazione* y *retrato* constituyen dos institutos independientes que tienen la misma finalidad jurídica (41). El *retrato* constituye el remedio específico centrado en una venta efectuada en desprecio de la preferencia del titular de la *prelazione* (42).

Queda así justificado que analice, por ser un aspecto no exento de polémica en la doctrina italiana, si la estructura de la *prelazione* responde a un esquema contractual de relación obligatoria y el *retrato* es un derecho distinto y complementario de aquélla (43), o si, por el contrario *prelazione* y *retrato* no dejan de ser dos momentos distintos de un mismo derecho potestativo (44) de adquisición preferente.

II.2.2.1. La *prelazione* como relación obligatoria

Parte de la doctrina italiana configura la *prelazione* como una relación obligatoria (45) determinante de un fenómeno complejo en el que se distin-

(39) CARROZZA, A., *La prelazione legale, nel diritto della riforma agraria*, Gli istituti del diritto Agrario, II, Milano, 1974, pág. 163.

(40) CARROZZA, A., «Introduzione allo studio della prelazione legale nel diritto della riforma agraria», *Riv. Dir. Agr.*, 1971, pág. 64, considera el derecho de *prelazione* como independiente del derecho de retracto. Sin embargo PULEO, *I diritti Potestativi (individuazione della fatispecie)*, Milano, 1959, pág. 215, considera el retracto como una extensión del derecho de *prelazione*. Tambien MILANI, «La prelazione a favor degli affittuari, Mezzadri e coloni nel trasferimento di proprietà del fondo ai sensi delle legge 26 maggio 1965, n.º 590», en *Rev. Dir. Agr.*, 1970, pág. 335.

(41) Cass. 10-2-1972, n.º 361, *Foro It.* 1972, I, C, 2054.

(42) Cass. Sez. 16-10-1976, n.º 3498, en *Foro It.* 1976, I, C, pág. 2586, Cass. 22-10-1977, n.º 4541, *Giust. Civ.*, 1977, I, pág. 1443.

(43) SPALLANZANI, D., «La prelazione nella vendita dei fondi rustici (legge 26 maggio 1963, n.º 590)», *Riv. Notariato*, 1966, pág. 374.

(44) GERMANO, A., «La prelazione agraria: problemi sostanziali e processuali», *Giur. Agr. It.*, 1973, pág. 39 I.

(45) Sostienen la teoría de considerar la *prelazione* como negocio obligatorio SPALLANZANI, «La prelazione legale nella vendita dei fondi rustici», *Riv. Not.*, 1966, pág. 375.

guen dos fases: una primera de naturaleza obligatoria (46) y una segunda, sucesiva y eventual, de naturaleza potestativa.

En la primera fase, el propietario enajenante tiene la obligación de dirigir al arrendatario cultivador directo una *denuntiatio* (47). La segunda fase, de naturaleza potestativa, está constituida por el ejercicio de la *prelazione* y en su caso el derecho de retracto, derecho este último coordinado con la *prelazione*, con efectos *erga omnes*, que surgen cuando el propietario enajenante no ha cumplido exactamente con algunas obligaciones derivadas de la relación de *prelazione* y que restituyen la oportunidad de la preferencia, no sólo con el tercero adquirente, sino también con los que de él traen causa (48).

La primera fase, de naturaleza obligatoria, tiene por objeto la *denuntiatio* o comunicación del transmitente al arrendatario cultivador directo para que éste se encuentre en condiciones de poder ejercitar su preferencia al resto de los sujetos en la transmisión de la finca rústica. Si éste ejercita su derecho de *prelazione*, dos son, en definitiva, las obligaciones para el propietario transmitente: la primera, ya descrita, de ejecutar la *denuntiatio*, y la segunda consistente en preferir al sujeto activo de la *prelazione* frente al resto de los sujetos en la transmisión de la finca rústica. En la voluntad del propietario de transmitir el predio se encuentra el origen de su obligación de preferir al arrendatario, cultivador directo, titular de la *prelazione* (49), produciéndose la *denuntiatio* en cumplimiento de esa obligación y adquiriendo la misma un

BASSANELLI, «La prelazione legale per lo sviluppo della proprietà coltivatrice», *Giur Agr It.*, 1972, I, pág. 75; CASAROTTO, *La prelazione agraria*, Padova, 1980, pág. 170; CAPUTO, «Natura Giuridica della denuntiatio», en *Giust Civ.*, 1983, I, 1332; PIERALLINI, «Considerazioni sulla natura giuridica della denuntiatio nella prelazione legale e volontaria», *Rass. Dir. Civ.*, 1987, 134. En general, D'ORAZI, *Della prelazione legale e volontaria*, Milano, 1950, pág. 50; CARPINO, *L'acquisto coattivo dei diritti reali*, Napoli, 1977, 38. En la Jurisprudencia italiana Cas 26-6-1980 n.º 4017, *Giur Agr. It.*, 1982, pág. 166; Cas. 14-4-1983, n.º 3325, *Giur Agr. It.*, 1984, pág. 99, Cass. 8-4-1988, n.º 2733, *Giur Agr. It.*, 1988, pág. 981.

(46) TRIOLA, R., «La natura giuridica della denuntiatio nella prelazione legale», *Giur Agr It.*, 1990, págs. 263 a 267, en la que concluye que la *denuntiatio* constituye una propuesta contractual con referencia a la cual el ejercicio de la *prelazione* comporta la conclusión de un contrato definitivo de transmisión. TRIOLA, R. *La prelazione agraria* Segunda edición, Giuffrè Editore, Milano 1990, págs. 112 y ss.: «Per una parte della dottrina e della giurisprudenza, in tema di prelazione l'acquisto del preferito si realizza attraverso l'utilizzazione del normale schema contrattuale: in tale prospettiva la denuntiatio costituirebbe una proposta che, combinatosi con l'atto di esercizio della prelazione, da qualificare come accettazione, realizzerebbe quella fusione delle volontà necessarie ai fini del trasferimento»

(47) Sobre el contenido y carácter de la «denuntiatio» véase a D'ORAZI FLAVONI, M., *Della prelazione legale e volontaria*, Milano, 1950, págs. 142 y ss.

(48) Cass 11-9-1972, n.º 2724, en *Giust Civ.*, 1972, I, pág. 1894, Cass. 10-2-1972, n.º 361, en *Foro It.*, 1972, I, C. 2054.

(49) Sobre la individualización del momento en que surge la obligación de preferir, véase a GIORGIO CASAROTTO, G., *La prelazione agraria*, op. cit., págs. 170 a 175.

carácter instrumental de propuesta contractual por la que se da a conocer al arrendatario las condiciones en las que puede adquirir (50).

Sin embargo, considerar la *prelazione* como un negocio obligatorio (51), con un esquema contractual, configurando la *denuntiatio* en forma de *lettera raccomandata* (52) —artículo 8 de la Legge 26 maggio 1965, n.º 590—, como propuesta contractual (53), conduce a que ésta constituya un elemento interno de la *prelazione* misma. Sólo a través de la *denuntiatio* puede el arrendatario realizar su pretensión de obtener la transmisión de la titularidad del fundo, como expresión del propio derecho de *prelazione* (54).

La *denuntiatio*, como propuesta contractual, en su significado técnico de proyecto de enajenación —artículo 1326 del Código Civil italiano—, es un instrumento dirigido a la conclusión del contrato al que el preferido tiene derecho (55).

(50) Cass. n.º 2039, 1970, Gius. Civ. 1970, I, pág. 1765. Cass. 28-10-1976, n.º 3957, Foro It., 1977, I, C, pág. 1495, y Cass. 10-3-1979, n.º 1496. Cass. 17-II-1979, n.º 1054, Riv. Not., 1979, II, pág. 837; FORCHIELLI, P., «Della divisione», en *Commentario del Cod. Civ. a Cura di Scialoja e Branca*, Libro II, Delle Successioni (art. 713-768, Bologna-Roma, 1970, pág. 176, RUBINO, D., «La compravendita», 2.ª ed., en *Tratado di Diritto Civile e Commerciale, diritto da Cicu e Messineo*, vol. XXIII, Milano 1962, pág. 67; CARAPINO, *L'acquisto coattivo dei diritti reali*, Napoli, 1977, pág. 38.

(51) SPALLANZANI, «La prelazione legale nella vendita dei fondi rustici», Riv. Not., 1966, p. 375; BASSANELLI, «La prelazione legale per lo sviluppo della proprietà coltivatrice», Giur. Agr. It., 1972, I, pág. 75. CASAROTTO, *La prelazione agraria*, Padova, 1980, pág. 170; CAPUTO, «Natura giuridica della denuntiatio», Giust. Civ., 1983, I, pág. 1332. PIERALLINI, «Considerazioni sulla natura giuridica della denuntiatio nella prelazione legale e volontaria», Rass. Dir. Civ., 1987, 134. TRIOLA, «La natura giuridica della denuntiatio nella prelazione legale», en Giur. Agr. It., 1990, pág. 263. En general, D'ORAZI, *Della prelazione legale e volontaria*, Milano, 1950, pág. 50, CARPINO, *L'acquisto coattivo dei diritti reali*, Napoli, 1977, p. 38. En la Jurisprudencia Cass. 26 giugno 1980, n.º 4017, Giur. Agr. It., 1982, pág. 166; Cass. 14 maggio 1983, n.º 3325, Giur. Agr. It., 1984, págs. 99; Cass. 8 aprile 1988, n.º 2773, Giur. Agr. It., 1988, pág. 981.

(52) Es decir, se niega la libertad de forma de la notificación. Si la *denuntiatio* es una propuesta —ex art. 1.326 del Código Civil italiano— dirigida a la conclusión de un negocio que tiene como objeto un bien inmueble, tal oferta debe necesariamente revestir forma escrita bajo sanción de nulidad —ex art. 1.350 Código Civil italiano—.

(53) GRASSO, «Il retratto agrario: condizioni per esercitarlo», Riv. Dir. Agr., 1971, pág. 328. La sentencia de la suprema Corte n.º 2039 del 15 de octubre de 1970, al afirmar que la notificación de la propuesta de enajenación es «ejecutado un acto debido ex lege, cumplimiento de una obligación legalmente impuesta», tiende a configurar en el sujeto pasivo de la *prelazione* una obligación en el sentido técnico y a configurar a la *prelazione* como un derecho de crédito. De esta opinión es SPALLANZANI, «Lineamenti del regime della prelazione legale nella vendita di fondi rustici in due recenti sentenze», Riv. Dir. Agr., 1968, II, pág. 344; SPALLANZANI, «La prelazione nella vendita dei fondi rustici», Rev. Not., 1966, págs. 374 y ss.

(54) PULEO, S., *I diritti Potestativi (Individuazione della fattispecie)*, Milano, 1959, pág. 200.

(55) Contrariamene, GERMANO, A., «La prelazione agraria: problemi sostanziali e processuali», Giur. Agr. It., luglio-agosto, 1973, pág. 395, considera que debe atribuirse

Sin embargo, configurar la *prelazione* como un negocio obligatorio es, en definitiva, tanto como entender que la adquisición del titular de la preferencia atiende al esquema contractual en el que la *denuntiatio* asume la configuración de propuesta y el acto de ejercicio del derecho constituye la aceptación. El encuentro y fusión de la voluntad del propietario enajenante y del cultivador son idóneos para realizar la transmisión del fundo al sujeto preferido. Desde este planteamiento se niega la libertad de forma de la notificación: si la *denuntiatio* es una propuesta, ex artículo 1.326 del Código Civil italiano, dirigida a la conclusión de un negocio que tiene como objeto un bien inmueble, tal oferta debe necesariamente revestir la forma escrita so pena de nulidad —artículo 1.350 del Código Civil italiano—.

II.2.2.2. La *prelazione* como derecho potestativo

Frente a la postura que configura la *prelazione* como un esquema contractual de relación obligatoria (56), existe otra perspectiva que la configura como un derecho potestativo.

El arrendatario, cultivador directo, adquiere la propiedad del predio arrendado mediante el ejercicio de su derecho de *prelazione*, y en su caso de retracto, prescindiendo de cual haya sido la conducta del transmitente, lo que conduce a negar la configuración de la *prelazione* como relación obligatoria.

La *denuntiatio*, entendida como comunicación del transmitente al arrendatario —inciso 4 del artículo 8 de la Ley n.º 590 de 1965— antes que una obligación ha de concebirse como una carga en interés tanto del propietario como del tercero en conocer rápidamente la suerte de la enajenación, dado que si el beneficiario del derecho de *prelazione* no la ejerce, se libera a la finca rústica arrendada del vínculo de la preferencia a que está sujeta (57).

a la *denuntiatio* o notificación de la propuesta, una función de comunicación de los extremos del proyectado contrato entre el propietario y el tercero, que no resulta necesaria para el ejercicio del derecho de *prelazione*.

(56) Postura defendida, entre otros, por FANTACCHIOTTI, M., *Prelazione e riscatto nella locazione di immobili urbani*, Cedam, Padova, 1993, pág. 105, quien considera que el derecho de *prelazione* es sustancialmente un derecho de crédito de un sujeto frente a otro sujeto que está obligado a preferirlo en el caso en que se decida a concluir la transmisión. A su juicio, ello implica primero el deber del sujeto obligado de exteriorizar su intención de concluir el contrato en relación al cual está obligado a preferir al titular del derecho de *prelazione*, con el fin de poner a este último en condiciones de ejercitar su derecho. En segundo lugar, la facultad del sujeto activo de la relación de valerse de la *prelazione* pudiendo concluir el contrato en las mismas condiciones que el sujeto obligado había concluido con el tercero. Y por último, la obligación de concluir el contrato con el titular del derecho que se ha valido de su facultad de ejercitar la *prelazione*.

(57) PULEO, S., *I diritti potestativi (individuazione delle fattispecie)*, Milano, 1959, pág. 215.

La *denuntiatio* se configura así como algo externo a la *prelazione*. Mediante la *denuntiatio*, el propietario comunica al arrendatario su voluntad de vender y las condiciones de la enajenación. Sin embargo, la ausencia de *denuntiatio* no impide el ejercicio de *prelazione* (58), ya que una vez verificada por otras vías la existencia del proyectado contrato con un tercero, el sujeto activo puede realizar la modificación subjetiva del procedimiento negocial en curso de formación.

La *denuntiatio* —o notificación de la propuesta de enajenación como acto debido del sujeto pasivo de la *prelazione*— representa un elemento externo al «derecho de *prelazione*» y reviste la sola función de facilitar su ejercicio, siendo autónoma a su estructura, al representar un mero instrumento dirigido a facilitar al cultivador el conocimiento de que se ha iniciado los tratos preliminares entre el propietario y el tercero.

La *denuntiatio* es un acto no negocial (59), participativo de la iniciación de un procedimiento contractual con un tercero y de comunicación del contenido para que el arrendatario, cultivador directo, pueda valerse de su derecho de *prelazione* (60). Representa un acto de cumplimiento de la obligación del propietario configurada por la Ley (61). Es un acto de comunicación de la existencia de un negocio jurídico en curso que produce sus efectos al llegar al arrendatario.

A los fines del ejercicio del derecho de *prelazione*, lo importante es que se verifique el conocimiento de la existencia de un procedimiento negocial en curso entre propietario y un tercero, cualquiera que sea la forma en que se consiga. Por consiguiente, la *denuntiatio* no está vinculada a la observación de forma determinada.

(58) D'ORAZI FLAVONI, *Della prelazione legale e volontaria*, Milano, 1950, pág. 121; D'ORAZI FLAVONI, «Prelazione e Inadempimento», *Giust. Civ.*, 1953, pág. 192. FURGIULI, G., *Contributo allo studio della struttura delle prelazioni legali*, Milano, Giuffrè Editore, 1984, pág. 38 «... riconoscendo al preferito, il quale sia a conoscenza del progetto contrattuale col terzo ma non abbia ricevuto la *denuntiatio*, la possibilità di esercitare egualmente la *prelazione* si tutelano gli interessi di codesto soggetto, ma si rischia di compromettere quelli della parte vincolata.»

(59) FURGIULI, G., *Contributo allo studio della struttura delle prelazioni legali*, Milano, Giuffrè Editore, 1984, pág. 45, natura de la *denuntiatio*: «costituisce, quest'ultima, atto non negoziale partecipativo di un evento. L'instaurazione, cioè, e la pendenza di un procedimento contrattuale con terzi e di comunicazione del relativo contenuto».

(60) MIRABELL, *L'atto non negoziale nel diritto privato italiano*, Napoli, 1955, 332; PULEO, *I diritti Potestativi (Individuazione della fatispecie)*, Milano, 1959, pág. 220.

(61) GERMANO, A., «La *prelazione* agraria: problemi sostanziali e processuali», *Giur. Agr. It.*, luglio-agosto, 1973, pág. 396; CIANCIO, *Prelazione e acquisto di fondi rustici*, Pavoda, 1978, pág. 39. En la Jurisprudencia, Cass. 10 maggio 1982, n.º 2886, *Giust. Civ.*, mass. 1982; Cass. 8 luglio 1991 n.º 7527, *Nuova Gir. Civ.*, 1992, I, pág. 153; Cass. 13 giugno 1992, n.º 7250, *Dirit. e Giuris. Agr. e dell'ambiente*, 1992, pág. 547, Cass. 5 maggio 1993 n.º 5189, *Dirit. e Giur. Agr. e dell'ambiente*, 1994, p. 154.

Si el arrendatario ha tenido noticias de los tratos preliminares entre el propietario y el tercero conducentes a un proyectado contrato de venta, en sus elementos más esenciales, puede legítimamente, aun en ausencia de la *denuntiatio*, sustituir, mediante un acto unilateral, al tercero adquirente en la proyectada compraventa en base a que la *prelazione* es un derecho potestativo (62) del que deriva el efecto traslativo de la propiedad en favor del arrendatario cultivador directo.

Si el arrendatario, cultivador directo del fundo, ejercita su derecho de *prelazione*, es preferido, en «igualdad de condiciones», a un tercero que pretende adquirirlo. Esas condiciones se han establecido entre el propietario y el tercero a través de unos tratos preliminares que al arrendatario del fundo no le queda más que aceptar o repudiar en bloque (63).

Aceptado el contenido del *preliminare* (64) de compraventa entre el propietario y el tercero, el pago del precio se realizara dentro del plazo de tres meses. En caso de que se haya presentado solicitud de concesión de préstamo público, en un plazo no más de un año, siempre que no se haya establecido entre las partes un plazo más favorable al arrendatario, cultivador directo (65).

El arrendatario, lejos de reiniciar otros tratos preliminares con el propietario, sólo puede elegir entre aceptar o rechazar el contenido del proyectado contrato entre el propietario y un tercero. Goza de una facultad de elección que se concreta en un acto unilateral suficiente para modificar una situación jurídica y dar vida a una nueva, a la que deben atenerse el propietario y el tercero.

Al igual que he defendido para el Derecho español, considero acertado configurar la *prelazione* como un derecho potestativo (66) que permite a su

(62) En contra TRIOLA, «Osservazioni in tema prelazione del coltivatore», *Giust. Civ.*, 1971, I, pág. 612, entiende que del examen de la estructura del derecho de *prelazione* no se encuentra en una posición de sujeción frente a la pretensión del sujeto activo que es lo que caracteriza al derecho potestativo, sino que tiene un preciso comportamiento respecto del sujeto activo y el de comunicarle la propuesta de enajenación. MILANI, «La prelazione a favore degli affittuario, mezzodri e coloni nel trasferimento di proprietà del fondo ai sensi della legge 26 maggio 1965, n.º 590», *Riv. Dir. Agr.*, 1970, I, pág. 335, entiende que el derecho de *prelazione* no es un derecho potestativo, porque su ejercicio no lleva a una verdadera y propia modificación jurídica, sino más bien a la realización de aquella situación que esta prevista en la ley.

(63) BASSANELLI, «La prelazione legale per lo sviluppo della proprietà coltivatrice», *Riv. Dir. Agr.*, 1972, I, pág. 86, GERI, «Appunti in tema di prelazione a favore del coltivatore concessionario del fondo posto in vendita», *Giur. Agr. It.*, 1968, pág. 630.

(64) Se denomina así el proyecto de contrato de compraventa concluido entre el propietario y el tercero, en el que se debe indicar el nombre del adquirente, el precio de la venta, así como otras cláusulas pactadas, todo ello pensando en la eventualidad del ejercicio de la *prelazione* —Art. 8, inciso 4 de la L. 26 maggio 1965, n.º 590, inciso que ha sido sustituido por el art. 8 de la Ley 14 de agosto 1971, n.º 817.

(65) Art. 8, incisos 6 y 7, de la L. 26 maggio 1965, n.º 590.

(66) Por derecho potestativo se entiende el poder de cambiar con actos legítimos de la propia voluntad, la relación establecida con otro sujeto cuando se den las condiciones

titular modificar, con un unilateral acto propio, la esfera jurídica de otros sujetos (67). Su titular puede influir en situaciones jurídicas preexistentes, mudándolas, extinguiéndolas o creándolas de nuevo mediante una actividad unilateral, frente a terceros que se encuentran en una situación de mera sujeción (68). Se ejercita a través de la declaración unilateral recepticia por parte del arrendatario, cultivador directo, subordinada a la existencia de una propuesta de enajenación entre el propietario y un tercero con independencia de como éste haya tenido conocimiento de tal propuesta (69).

Del derecho de *prelazione* deriva el efecto traslativo de la propiedad en favor del arrendatario, cultivador directo, constituyendo una hipótesis de

establecidas legalmente. Definición del Derecho Potestativo en el *Dizionario Enciclopedico del Diritto*, E, Edipem, Novara, 1979, pág. 996; PULEO, *I diritti Potestativi (Individuazione della fatispecie)*, Milano, 1959, pág. 239, considera que la *prelazione* supone el ejercicio de un derecho potestativo sin que para ello sea obstáculo el deber de notificar que constituye una simple carga para el sujeto pasivo. FURGIULI, G., *Contributo allo studio della struttura delle prelazione legali*, Milano, Giuffrè Editore, 1984, pág. 85, donde reconoce que la estructura de la relación de *prelazione* provoca elementos de carácter potestativo. En contra TRIOLA, R. «La natura giuridica della denuntatio nella prelazione legale», *Giuris Agra. It.*, 1990, págs. 263 a 267, considera que quienes sostienen la tesis que considera la *denuntatio* como simple acto de participación del evento y la *prelazione* como un derecho potestativo, de un lado, no tienen en cuenta la formulación de la norma que disciplina la hipótesis típica de *prelazione* legal —el inciso 2º del art. 8 de la ley n.º 590 de 1965. «Il proprietario deve notificare con lettera raccomandata al coltivatore la proposta di alienazione trasmettendo il preliminare di compravendita...»—, y del otro, no ofrecen válidos argumentos idóneos para justificar una conclusión diferente de aquella que es deducible de la letra de tales normas, lo que parece suficiente para concluir que la *denuntatio* constituye una propuesta contractual en referencia a la cual el ejercicio de la *prelazione* comporta la conclusión de un contrato definitivo de transmisión.

(67) CARPINO, «La prelazione nell'asquisto di fondi rustici», en *Manuale di Diritto Agrario Italiano*, a cura de N. Irti, Torino, 1978, pág. 4181.

(68) MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, vol. I, Milano, 1957, pág. 147.

(69) GERMANO, A., «La prelazione agraria: problemi sostanziali e processuali», *Giuris Agra. It.*, luglio-agosto 1973, pág. 398. Se confirma esta conclusión en base a la indiscutible naturaleza de derecho potestativo reconocido al derecho de retracto. Es un contrasentido admitir que el retracto es un derecho potestativo, dirigido a asegurar la adquisición de la finca a la que la *prelazione* se refiere, y que ésta no sea un derecho potestativo, sino un derecho diferente y más limitado. Considerar que el retracto es un derecho potestativo, excluyendo que la *prelazione* tenga esa misma naturaleza, equivale a establecer una diferente tutela de los intereses del titular, los cuales serían menos eficientes cuando se defienda frente al propietario originario que cuando se hacen valer contra un tercer adquirente u otra persona que del mismo traiga causa, estando el retracto dirigido a producir los mismos resultados y a satisfacer los mismos intereses que pretende la *prelazione*. PULEO, *I diritti Potestativi (Individuazione della fatispecie)*, Milano, 1959, págs. 212 y 218. El retracto agrario previsto en el artículo 8 de la Ley de 26 de mayo de 1965, n.º 590, constituye el ejercicio de un derecho potestativo de entrar en calidad de adquirente del fundo con efectos *ex tunc*, mediante una declaración unilateral hacia el retraído, configurándose el pago del precio de parte del retrayente dentro del término legal únicamente como una condición suspensiva de la eficacia del ingreso mismo. Cass. Sez. II, Civ. 26-2-1993, n.º 2455, *Dir. e Giuris. agr. e dell'ambiente*, n.º 4, aprile 1994, pág. 230.

prelazione legale al ser en la ley, que no en el contrato, en donde encuentra su fuente (70). Surge *ex lege* en favor del arrendatario, cultivador directo, en el momento en que se inicia el *iter* formativo del negocio de compraventa, es decir, los tratos preliminares entre el propietario y el tercero adquirente.

II.3. FINALIDAD DEL DERECHO DE TANTEO

La justificación del derecho de tanteo en España no se encuentra única y exclusivamente en el disfrute posesorio continuado del arrendatario (71), sino que más bien se busca facilitar el acceso a la propiedad de quienes en el cultivo de la finca tienen su principal medio de vida.

En Italia, si bien en un primer momento y en sede parlamentaria se presentó la *prelazione agraria* como un instrumento de reforma dirigido a la «mejora de la estructura productiva de la agricultura que se realiza de modo particular con la formación de empresas cultivadoras modernas y eficientes» (72), posteriormente, la Jurisprudencia italiana ha señalado como finalidad de la *prelazione* el incremento de la actividad agrícola (73).

En definitiva, la *prelazione* tiende a favorecer la formación, el desarrollo de la propiedad cultivada y además establece un régimen preferencial en el tráfico jurídico del fundo rústico arrendado, en favor del arrendatario, cultivador directo, lo que impide el acceso a la propiedad fundiaria a los terceros, extraños a esa categoría de sujetos (74).

Es evidente que tanto en España el tanteo, como en Italia la *prelazione*, son un incentivo para quien cultiva la tierra, al posibilitar que se reúnan en la misma persona la titularidad del dominio y la responsabilidad de la gestión de la explotación agraria.

(70) D'ORAZI FLAVONI, *Della prelazione legale e volontaria*, Milano, 1950, p 139, MILANI, «La prelazione a favor degli affittuari, Mezzadri e coloni nel trasferimento di proprietà del fondo ai sensi delle legge 26 maggio 1965», n.º 590, en *Rev Dir Agr*, 1970, pág. 326.

(71) AGÚNDEZ FERNÁNDEZ, A., *Comentarios a la Ley de Arrendamientos Rústicos de 1980*, Comares, 2.ª ed., 1994, pág. 272.

(72) «Relazione al Senato del ministro dell'agricoltura e foreste al d.d.l n.º 518», en *Riv. Dir. Agr.*, 1965, I, pág. 186.

(73) Cass. 27-7-1973, n.º 2204, *Foro It.*, 1974, I, c. pág. 450; Cass. 21-6-1974, n.º 1862, *Giust. Civ*, 1974, I, pág. 1585; Cass. 28-7-1975, n.º 2916, *Giust. Civ.*, 1976, I, pág. 89.

(74) Desde esta perspectiva, CASAROTTO, «Profili sistematici della prelazione agraria: in un studio e due note in tema di prelazione», *Riv. Dir Civ*, 1976, II. págs. 415 y ss., entiende que la *prelazione* se conforma como un beneficio o un privilegio social. En general, sobre los perfiles generales y finalidad de la *prelazione agraria* véase a GIORGIO CASAROTTO, G., *La prelazione Agraria. (Lineamenti dell'istituto doctrina e giurisprudenza)*, Cedam, Padova, 1980, págs 1 y ssi

II.4. EL TANTEO, ¿LÍMITE EXTERNO AL DERECHO DE PROPIEDAD?

El tanteo más que un límite extrínseco del derecho de propiedad supone un límite a la libertad de contratación. El propietario pierde la facultad de elección de adquirente, sacrificio que podemos calificar de limitado (75) si tenemos presente que la enajenación de la finca rústica se realiza normalmente mediante contratos que no reúnen la condición de ser *intuitu personae* y el propietario, en todo momento, conserva la libertad de determinar las condiciones contractuales.

Sin embargo, en el Derecho italiano, junto a este sacrificio limitado, el ejercicio de la *prelazione* entraña para el propietario otra desventaja. Así, mientras que en España —artículo 90 de la Ley de Arrendamientos Rústicos—, ejercitado en forma legal el tanteo, el pago se realizará en las mismas condiciones estipuladas en el contrato de transmisión; en Italia no se respeta al principio de igualdad de las condiciones que debe informar el derecho de *prelazione* (76), al reconocerse al arrendatario, cultivador directo, que ejerce el derecho de *prelazione* una dilación —que va de tres meses a un año— en el pago del precio sin compensación de intereses (artículo 8, incisos 6 y 7 de la Ley n.º 590, de 26 de mayo de 1965), que sirve de reconocimiento del trabajo desarrollado por el arrendatario rústico, constituyendo además una forma de valorar su profesionalidad en el marco del ejercicio futuro de una empresa agraria autónoma. El inciso séptimo del citado artículo establece que el pago del precio será efectuado en el término de tres meses a contar desde el trigésimo día desde la notificación de la propuesta de enajenación. Además este plazo puede ser suspendido hasta un año si el cultivador demuestra que ha presentado solicitud para obtener la concesión de un préstamo fácil, si su solicitud ha sido admitida y se está instruyendo en el ente de crédito competente.

El ejercicio de la *prelazione* por parte del arrendatario, cultivador directo, subordinada a la concesión de un préstamo a bajo interés para el pago del precio, ha sido considerado por la Corte de Casación como una condición suspensiva del pago del precio —de tres meses a un año—. Se trata de una condición *iuris suspensiva* de la eficacia del contrato —un elemento esencial del negocio— que en caso de incumplimiento condiciona la eficacia del contrato concluido, sin necesidad de solicitar la resolución por parte

(75) Para CARROZA, «Prelazione agraria. punto cruciale fra proprietari ed affittuari», *Riv. Dir. Agr.*, 1976, II, pág. 304, se trata de uno de los límites externos del derecho de propiedad más inocuos en comparación con otros límites legales externos como la prórroga legal a tiempo indeterminado en los contratos agrarios.

(76) RECCHI, P., *La prelazione dei conduttori di fondi rustici in Belgio, Francia, Italia e Spagña*, en *La prelazione Agraria*, Atti del Convegno di Viterbo, Viterbo, 1996, págs. 125 a 136.

del propietario, el cual quedará libre para realizarlo definitivamente con un tercero (77).

De una correcta interpretación del precepto se deriva la existencia de una facultad en manos del arrendatario, cultivador directo, de desligarse del vínculo contractual y de evitar el eventual deber de resarcir el daño por incumplimiento contractual en el supuesto de que no le sea concedido el préstamo solicitado. Tal privilegio está ligado a la voluntad del legislador de favorecer que el arrendatario, cultivador directo, ejerza en el futuro la empresa agraria en plena autonomía, y como contrapartida exonera al vendedor de la carga de instar un juicio para obtener la resolución del contrato, por lo que queda libre, después de transcurrido el plazo para vender el fundo a cualquier persona.

De esta manera se responde de forma equilibrada a los intereses de ambas partes de la relación. De una parte, el vendedor resulta desvinculado de toda obligación de *prelazione* y queda libre para transmitir la finca a otro interesado. De otra parte, el arrendatario, cultivador directo, no está sujeto a ningún procedimiento resarcitorio, ya que no le es imputable el incumplimiento, dado que al no obtener el préstamo, tiene dificultades financieras que le impiden el pago (78). Es obvio que la falta de realización de la condición no depende de la voluntad o de la culpa del cultivador, sino de una objetiva indisponibilidad de medios por el arrendatario, cultivador directo, que ha ejercitado la *prelazione*.

II.5. ACTOS QUE DAN LUGAR AL TANTEO Y *PRELAZIONE*

II.5.1. *Consideraciones generales respecto de los actos que permiten ejercitar el tanteo o la prelazione*

En España, el derecho de tanteo surge en toda enajenación *inter vivos* por compraventa del fundo rústico arrendado —artículo 86 de la Ley de Arrendamientos Rústicos—, así como en toda transmisión dominical distinta a la compraventa en la que el valor de la finca no aparezca concretado, como en la donación, aportación a sociedad, permuta, adjudicación en pago o cualesquiera otros distintos de la compraventa (79) —artículo 89 de la Ley de

(77) Cass. Sez. Un. Civ., 10-5-1977, n.º 1805; Cass. Sez. Un. Civ., 9-5-1977, n.º 1767, en *Giur. Agr. It.*, 1977, pág. 600.

(78) En este sentido, Trib. Brescia 2-8-1995, *Diritto e Giur. Agr. e dell'Ambiente*, n.º 4, 4-1996, págs. 263 y ss.

(79) Pensemos, por ejemplo, en la cesión de la finca en contrato de renta vitalicia, o en la misma adjudicación en pago consistente en la cesión de la finca rústica para el pago de una deuda y que entraña una transmisión onerosa entregando al acreedor una finca en liberalización de la deuda.

Arrendamientos Rústicos—. Por tanto, no quedan sujetos a los derechos de adquisición preferente, además de la herencia, por no ser *inter vivos*, la ocupación y la usucapión, puesto que en éstas falta la transmisión del dueño (80).

Por su parte en Italia, conforme con el inciso primero de la Ley n.º 590 de 1965, el derecho de *prelazione* del cultivador surge en caso de transmisión a título oneroso así como en caso de cesión del fundo en enfiteusis.

La transmisión a título oneroso del fundo puede realizarse mediante diferentes tipos de negocios jurídicos con causa onerosa. Entre ellos se ha tomado como prototipo de negocio jurídico con efecto traslativo a la «compraventa» (81).

Para determinar con carácter general qué actos dan lugar a la *prelazione*, además de la compraventa y enfiteusis, hay que atender a la esencia y ratio de la propia institución, que, como ya sabemos, no es otra para el caso del arrendamiento rústico sino la de favorecer la adquisición de la propiedad del fundo por parte del arrendatario, cultivador directo. Por consiguiente, surge la *prelazione* en todo negocio traslativo del derecho de propiedad del fundo a cambio de un bien de naturaleza genérica y fungible, que puede entregarse por el arrendatario en igualdad de condiciones que el tercero adquirente.

Si en esencia, la estructura de la *prelazione* precisa que el titular de la misma pueda sustituir al tercero adquirente, no surgirá por no poder cumplir el titular de la preferente adquisición con la misma contraprestación del tercero adquirente a cambio de la atribución a su favor del derecho de propiedad del fundo, en los casos como el de trato —transacción, artículo 1.965 del Código Civil italiano— con el que las partes, haciendo recíprocas concesiones ponen fin a un litigio, o también en el contrato de aportación a sociedad —artículo 2.247 del Código Civil italiano— con el que se viene asignando bienes y servicios para el ejercicio en común de una actividad económica para dividir las ganancias y por último, en el supuesto de dación en pago, donde el acreedor se considera satisfecho con una prestación diversa de aquélla debida —artículo 1.197 del Código Civil italiano— *datio in solutum* o *prestazione*.

Con carácter general, por tanto, no están sujetos a *prelazione* dos tipos de negocios jurídicos. En primer lugar, aquellos que tienen una función diviso-

(80) El caso de arrendamientos históricos, estableciéndose en favor del arrendatario una adquisición forzosa no será objeto de estudio, dado que la adquisición, como la propia denominación indica, acontece de manera forzosa, directamente comprando la finca el arrendatario, sin negocio jurídico intermedio. se sustituye el valor tierra por el equitativo valor pecuniario de manera obligada. Para el arrendatario la adquisición es facultativa, para el dueño la pérdida es forzosa

(81) CIGARINI, G P *La prelazione legale agraria*, Seconda Edizione, Edagricole, págs. 4 y 5 «In fatti si parla di prezzo e non di corrispettivo, di preliminare di compravendita e non di preliminare dell'atto traslativo o dell'enfiteusi».

ria, puesto que en ellos, como su denominación indica, no tiene lugar transmisión alguna del fundo. En segundo lugar, está excluida de la *prelazione* la donación del fundo, por no ser una transmisión a título oneroso. Se observa así la voluntad del legislador de no privar al propietario del fundo de realizar la cesión del mismo con ánimo de liberalidad. En España no ocurre lo mismo, ya que fuera de toda enajenación *inter vivos* con precio determinado, el arrendatario puede acceder a la propiedad —artículo 89 de la Ley de Arrendamientos Rústicos—. Así, toda transmisión dominical distinta de la compraventa en la que el valor de la finca no aparezca concretado —vg. en caso de donación—, se encuentra sujeta al derecho de adquisición preferente del arrendatario. La explicación está en la regla general contenida en la Ley española de Arrendamientos Rústicos: el arrendatario puede ejercitar los derechos de adquisición preferente en los supuesto de transmisión de fundo arrendado, que además de la compraventa, dentro de toda transmisión onerosa y la gratuita del contrato de donación, comprende las más diversas figuras traslativas del dominio por actos *inter vivos*, incluyendo la subasta pública judicial, administrativa o notarial, que son diferentes de la sucesión hereditaria. Sin embargo, no todas las donaciones están sujetas al derecho de adquisición preferente. Concretamente, no lo estarán las transmisiones a título gratuito cuando el adquirente sea descendiente o ascendiente del transmitente o su cónyuge —artículo 92, apartado a), de la Ley de Arrendamientos Rústicos—, dado que esas transmisiones dominicales *inter vivos* a título gratuito resultan ser un anticipo de los derechos hereditarios, y éstos, como toda transmisión por causa de muerte, sea a título universal, legado o adjudicación de finca para el pago de deuda, están excluidas, por ley, del ámbito de actuación de los derechos de adquisición preferente.

II.5.2. *La concesión de enfiteusis en Italia y los censos en España*

El inciso primero del artículo 8.º de la Ley italiana n.º 590 de 1965, sujeta a la *prelazione*, no sólo a la transmisión a título oneroso, sino también la concesión en enfiteusis del fundo concedido en arrendamiento a un cultivador directo, siempre que concurren los requisitos que el propio precepto establece. Está sujeto a la *prelazione* no sólo el negocio de constitución de la *enfiteusi* (82), sino también aquel de cesión a un tercero del derecho de parte del enfiteuta (83).

La concesión en enfiteusis del fundo lo ha de ser —artículo 958 del Código Civil italiano— por un período no inferior a veinte años, con la

(82) Véase los artículos 957 y siguientes del Código Civil italiano.

(83) Cass. 20-9-1971, n.º 2616, en *Riv Dir Agr*, 1972, II, pág. 136.

obligación del enfiteuta de mejorar el fundo y pagar al concedente un canon periódico —artículo 960 del Código Civil italiano—.

En España, en cambio, de los censos, solamente en el censo reservativo (84), cabe el derecho de adquisición preferente contemplado en el artículo 89 de la Ley española de Arrendamientos Rústicos. La razón está en que en el censo reservativo lleva consigo una transmisión del inmueble, cosa que no ocurre en el censo enfiteútico (85) y en el consignativo (86).

En virtud del censo reservativo una persona cede a otra el pleno dominio de un fundo de su propiedad reservándose el derecho a percibir, de forma indefinida o con carácter perpetuo, una pensión anual que debe pagar el censatario. Se transfiere la plenitud del dominio al censatario, reservándose el censalista únicamente el derecho a percibir la pensión. Esa transmisión hace que el censo reservativo se encuentre incluido entre los contratos distintos de la compraventa (87), que originan el derecho de adquisición preferente del artículo 89 de la Ley de Arrendamientos Rústicos.

II.6. PECULIARIDADES Y DIFERENCIAS ENTRE LOS ACTOS QUE EXCLUYEN EL TANTEO Y LA *PRELAZIONE*

II.6.1. *Consideraciones generales respecto de los actos que excluyen la prelazione*

No resulta admitida la *prelazione*, aun verificándose una transmisión onerosa del fundo, en los supuestos del inciso segundo del artículo 8 de la Ley 590 de 1965. Este precepto sustrae de la *prelazione* al negocio jurídico de

(84) Según establece el artículo 1.607 del Código Civil español: «Es reservativo el censo, cuando una persona cede a otra el pleno dominio de un inmueble, reservándose el derecho a percibir sobre el mismo inmueble una pensión anual que deba pagar el censatario».

(85) Véase el artículo 1.605 del Código Civil español: «Es enfiteútico el censo cuando una persona cede a otra el dominio útil de una finca, reservándose el directo y el derecho a percibir del enfiteuta una pensión anual en reconocimiento de este mismo dominio».

(86) Véase el artículo 1.606 del Código Civil español: «Es consignativo el censo, cuando el censatario impone sobre un inmueble de su propiedad el gravamen del canon o pensión que se obliga a pagar al censalista por el capital que de este recibe en dinero».

(87) No se debe olvidar que si bien se han puesto de manifiesto la analogía del censo reservativo con la compraventa —Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de junio de 1902, Jurisprudencia Civil. Colección SSTs en Revista General de Legislación y Jurisprudencia, tomo. 93, n.º 167, págs. 949 y ss — siempre resultó anómalo, siendo el precio elemento esencial de la compraventa, admitir una especie en que el vendedor no pueda nunca reclamar el precio. véase CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho civil español, común y foral*, tomo II, vol. II, Reus, S. A., Madrid, 1994, pág. 314.

permuta, a la venta forzosa, a la liquidación forzosa, a la quiebra y a la expropiación por pública utilidad (88).

No parece ofrecer duda el que tenga prioridad la expropiación forzosa por pública utilidad respecto del derecho de *prelazione* que corresponde a un particular —arrendatario, cultivador directo— del fundo expropiado.

Un análisis más detenido requieren los supuestos de venta forzosa, liquidación forzosa y quiebra. En estos casos se precisa partir de la existencia de unos intereses que para el Ordenamiento Jurídico requieren una mayor protección que los intereses del titular del derecho de *prelazione*. Esto es, los intereses de los acreedores, que vienen satisfechos con la transmisión del fundo, se consideran con primacía al provecho que para el arrendatario supone el derecho de *prelazione*. Ahora bien, con razón se ha señalado que no es preciso negar al arrendatario el derecho de *prelazione* para tutelar los intereses de los acreedores. Bastaría para conciliar los intereses en juego, con notificar al arrendatario, titular de la *prelazione*, la oferta más alta obtenida en la subasta o licitación privada, para que acepte o no el pago del precio (89).

II.6.2. *La permuta*

Resta por analizar el caso concreto de la permuta para concluir con los supuestos en los que el inciso 2.º del artículo 8.º de la Ley 590 de 1965 excluye el derecho de *prelazione*, no obstante se verifique una transmisión a título oneroso del fundo.

El contrato de permuta tiene por objeto la recíproca transmisión de la propiedad de cosas, o de otros derechos, de un contratante a otro —artículo 1.552 del Código Civil italiano—, que puede concluirse con el cambio de inmuebles con inmuebles o de inmuebles con muebles. La permuta comprende —a tenor de lo dispuesto en el artículo 1.552 del Código Civil italiano— el contrato que tiene por objeto la transmisión recíproca de la propiedad con compensación en dinero, si bien éste constituye un elemento secundario y accidental, por entrañar escasa cuantía económica respecto del valor del fundo al que acompaña (90). La compensación en dinero, en este caso, cumple una función accesoria de igualar la diferencia de valor entre las dos cosas

(88) Además el artículo 14 de la Ley n.º 590 de 1965 extiende la exclusión de la *prelazione* a la hipótesis en que el fundo venga adquirido por entes de desarrollo de la propiedad agraria, así como para la formación de la «propiedad contadina», persiguiendo los objetivos del artículo 12 del mismo texto legal.

(89) GERMANO, A., «La *prelazione* agraria: problemi sostanziali e processuali», *Giur Agr. It.*, julio-agosto, 1973, págs. 391 y ss.

(90) Cass 3-11-1990, n.º 10573, *Giur Agr. It.*, 1991, pág. 480.

recíprocamente transferidas, constituyendo un elemento accesorio y secundario respecto del valor del bien que le acompaña. Por tanto, no será un contrato típico del artículo 1.552 del Código Civil italiano aquel en el que el pago en dinero efectuado por una de las partes sea prevalente respecto del valor de la cosa transmitida al otro contratante (91), dado que en tal supuesto no ha tenido lugar una permuta, sino una compraventa (92). Así se ha considerado que no se realizó una permuta, sino una venta, cuando la contraprestación del fundo rústico estaba constituida en su mayor parte de acciones consideradas no como título de crédito que atribuye al particular estatuto de socio, sino por su valor monetario previamente determinado (93).

Ahora bien, cuando el inciso 2.º del artículo 8 de la Ley n.º 590 de 1965 alude a la permuta, se refiere no sólo a la que se realiza entre fundos rústicos con otros análogos, sino a cualquiera otras hipótesis de recíproca transmisión del fundo con otros bienes (94). Esto es, los contratantes pueden permutarse fundos o un fundo con otras cosas muebles. En el primer caso, si lo permutado entre los contratantes son fundos, estando al menos uno de ellos en arrendamiento, se excluye el derecho de *prelazione*, atendiendo a que arrendatario no puede efectuar la misma prestación que la contraparte permutante, es decir, no puede atribuir la propiedad del fundo de que es arrendatario al otro permutante.

Por el contrario, si la permuta tiene por objeto el intercambio de un fundo, en arrendamiento, por un bien de naturaleza fungible, fácilmente convertible en dinero, cabe el derecho de *prelazione* del arrendatario, cultivador directo.

Se explica este diferente tratamiento, según sea uno u otro el objeto de la permuta, si se tiene presente que el legislador pretende dejar a salvo los intereses perseguidos por el vendedor con la cesión del bien, limitando su libertad de disponer sólo en el caso de que por la fungibilidad de las contraprestaciones, pueda conseguir lo que se proponía, esto es, una suma de dinero que satisface el titular del derecho de adquisición preferente (95).

Por tanto, la *prelazione* no está consentida en la permuta, en los casos en que la contraprestación está constituida por un bien determinado e infungible (96), ya sea sólo el bien o lo sea además con compensación en dine-

(91) Cass. 19-7-1990, n.º 7391, *Giur. Agr. It.*, 1990, pág. 600.

(92) En España el artículo 1.446 del Código Civil español: «Si el precio de la venta consistiera parte en dinero y parte en otra cosa se calificará el contrato por la intención manifiesta de los contratantes. No constando ésta, se tendrá por permuta, si el valor de la cosa dada en parte del precio excede al del dinero o su equivalente; y por venta en el caso contrario».

(93) Cass. 11-2-1989, n.º 863, *Giur. Agr. It.*, 1989, pág. 477.

(94) En este sentido Cass. 13-2-1985, n.º 1211, *Giur. Agr. It.*, 1985, pág. 283.

(95) GIORGIO CASAROTTO, G, *La prelazione Agraria*, op. cit., pág. 89 y ss.

(96) Cass. 16-6-1984, n.º 3607, en *Giur. Agr. It.*, 1985, pág. 222.

ro (97), toda vez que el titular del derecho de adquisición preferente no se encuentra en condiciones de ofrecer al tercero adquirente una prestación idéntica. Este es el caso que acontece cuando el precio del fundo está constituido parte en dinero y parte con transmisión de otro fundo (98).

Sin embargo, subsiste la *prelazione* y el subsiguiente derecho de retracto, en el supuesto de que el propietario de un fundo rústico ceda su dominio por una contraprestación en dinero, si bien con la facultad para el adquirente de pagar sólo la mitad y de ceder en permuta determinados inmuebles (99), ya que en este supuesto la contraprestación consiste en dinero, dado que la contraprestación de determinados inmuebles es facultativa para el tercer adquirente, lo que supone alejarse de la situación de una permuta de bienes determinados e infungibles.

Como regla general, se puede establecer que en caso de permuta, se admite que el arrendatario —cultivador directo— ejercite la *prelazione* si se encuentra en disposición de realizar la prestación establecida en el contrato de permuta por tratarse de una prestación fungible (100). Caso de que la contraprestación consista parte en dinero y parte en un bien infungible, se excluye el ejercicio de la *prelazione*. Contrariamente, si además de dinero, la prestación consiste en un bien fungible, será posible el ejercicio de la *prelazione* siempre que sea prevalente la prestación en dinero. En este caso, el arrendatario —cultivador directo— que ejercite la *prelazione* tiene que corresponder, además de con el precio, con el valor del bien en especie.

Por todo ello, se ha señalado, con razón, que parece más acertado con el espíritu de la ley atribuir al término «permuta» un significado restrictivo —esto es, un cambio entre inmuebles y bienes fungibles—, reconociendo la existencia del derecho de *prelazione* del arrendatario en toda la transmisión de la propiedad del fundo que tenga como contraprestación un bien de naturaleza genérica y fungible (101).

Existe, en este sentido, una identidad con lo que sucede en España, donde tampoco están sujetos al derecho de tanteo aquellos negocios jurídicos sometidos a condiciones personalísimas, puesto que el cumplimiento de las obligaciones personalísimas no es posible para el arrendatario, dada la condición de intransmisibles de esas prestaciones por su carácter esencial o *intuitu per-*

(97) Cass 16-8-1988, n.º 4948, *Giur. Agr. It.*, 1989, pág. 28.

(98) Cass 31-1-1986, n.º 629, *Giur. Agr. It.*, 1987, pág. 284.

(99) Trib. Latina 3-10-1987, *Nuovo Dir. Agr.*, 1987, pág. 360.

(100) Trib. S. Maria CV. 28-9-1977, *Nuovo Dir. Agr.*, 1978, pág. 191; Trib. Lucera, 30-1-1976, *Giur. Agr. It.*, 1979, II, pág. 48.

(101) GERMANO, A., «La *prelazione* agraria: problemi sostanziali e processuali», *Giur. Agr. It.*, julio-agosto 1973, págs. 391 y ss.; PALERMO, A., «In tema di esclusione del diritto di *prelazione* nei casi di permuta», *Giur. Agr. It.*, 1974, págs. 82 y ss.

sonae. Con la exclusión de la *prelazione* se busca garantizar los intereses que persigue el propietario al realizar la permuta.

Examinemos lo que ocurre en España. La permuta se define en el artículo 1.538 del Código Civil español, como «un contrato por el cual cada uno de los contratantes se obliga a dar una cosa para recibir otra». Consiste en un cambio directo de la finca rústica por finca rústica o de ésta por cosa, obligándose en todo caso dos personas a transmitir mutuamente el dominio de una o varias cosas.

Al igual que sucede en Italia, tampoco se sustraen en España del derecho de adquisición preferente todas la permutas. No cabe ejercitar adquisición preferente alguna en las permutas de fincas rústicas cuando se efectúen para agregar una de las fincas permutadas a otra de cualquiera de los permutantes y siempre que sean inferiores a diez hectáreas de secano o una de regadío, los predios que se permutan —artículo 92, letra b), de la Ley de Arrendamientos Rústicos—. A *sensu contrario*, no existe imposibilidad alguna para ejercitar los derechos de adquisición preferente en caso de permuta.

El precepto contempla el supuesto del dueño de una finca rústica arrendada que decide permutarla por otra finca rústica. Se celebra un contrato por el que el dueño de la finca arrendada se obliga a darla para recibir otra finca rústica del otro contratante. Para que no proceda ejercicio del derecho de adquisición preferente, es preciso que tal permuta se efectúe para agregar al menos una de las fincas permutadas a otra de cualquiera de los permutantes y además que los predios que se permutan sean inferiores a diez hectáreas de secano o una de regadío. Evidentemente para que al menos una de las fincas permutadas se pueda agregar a otra de cualquiera de los permutantes, ha de ser colindante con otra, es decir, han de estar las dos fincas contiguas entre sí, dado que la finalidad pretendida es la de agregar una finca a otra, cosa que únicamente podrá acontecer si las fincas que pretenden agruparse son colindantes entre ellas.

Sin embargo, a diferencia de lo que ocurre en Italia, el arrendatario puede ejercitar el derecho de adquisición preferente no sólo en el caso de que la prestación —cosa entregada para recibir la finca rústica arrendada— sea de fácil sustitución, sino que también, por permitirlo expresamente el artículo 89 de la Ley de Arrendamientos Rústicos, en aquellos casos en que la cosa permutada por la finca rústica arrendada sea un bien infungible. En ese caso, el hecho de que no figure en el contrato que documente la transmisión el precio de la finca que se permuta, no evita el ejercicio de la acción de adquisición preferente, dado que su determinación se suple mediante el correspondiente proceso civil a través del cual se determinará el precio justo —que es el que tendrá que satisfacer el arrendatario— conforme a las normas de valoración que establece la legislación de expropiación forzosa.

II.6.3. Donación

En el artículo 89 de la Ley española de Arrendamientos Rústicos se establece que en los contratos de donación el arrendatario podrá ejercitar su derecho de adquisición preferente en la misma forma establecida para el tanteo y el retracto.

El artículo 618 del Código Civil español define la donación como un «acto de liberalidad, por el cual una persona dispone gratuitamente de una cosa en favor de otra que la acepta». Si bien se puede disponer y no transmitir el dominio, permitiendo el dueño en favor de otra persona el uso o disfrute de alguna utilidad sin hacerlo propietario, la donación persigue el propósito de trasladar, transmitir la propiedad de una cosa (102).

El hecho de que la donación de una finca rústica arrendada, como transmisión a título gratuito, sea un acto dispositivo *intuitu personae*, no impide el que el arrendatario pueda ejercitar el derecho de adquisición preferente —artículo 89 Ley de Arrendamientos Rústicos—, sin que la ausencia de onerosidad haga imposible la utilización de la fórmula, contenida en el propio precepto, para el caso en que del contrato no resultase el valor de la finca transmitida, consistente en pagar el precio justo de la finca determinado en vía civil, conforme a las normas de valoración que establece la legislación de expropiación forzosa.

En Italia, el inciso primero del artículo 8 de la Ley n.º 590 de 1965, al establecer que existe derecho de *prelazione*: «In caso di trasferimento a titolo oneroso o di concessione in enfiteusi di fondi concessi in affitto a coltivatori diretti...», excluye de la *prelazione* la donación típica, si bien es necesario analizar el resto de tipos de donación.

A efectos de *prelazione*, el negocio mixto con donación, es decir, la liberalidad que está presente en negocios con causa onerosa, plantea el problema de si debe, o no, recibir ese negocio idéntico tratamiento que un negocio a título oneroso (103). A los negocios mixtos con donación se les puede aplicar la *prelazione*, según sea preeminente respectivamente la causa onerosa o la liberalidad, calificando el negocio mixto tras su reducción al tipo prevalente (104). Así la *prelazione* y el *retrato* no caben en el caso de un negocio *mixtum* con donación, cuando el negocio oneroso es querido y efectivo y también lo es la liberalidad mediante la desproporción de las dos prestacio-

(102) VALVERDE Y VALVERDE, C., *Tratado de Derecho civil español. Derechos personales o de obligaciones*, tomo III, Casa Editorial Cuesta, Valladolid, 1910, págs. 433 y 434.

(103) Trib. Catanzano, 15-11-1969, *Nuevo Dir.*, 1971, pág. 191. Contrariamente App. Milano 17-9-1976, *Riv. Dir. Agr.*, 1977, II, pág. 148.

(104) FERRANDO, GILDA, «Questioni sulla prelazione agraria», *Giur. Merito*, 1975, I, págs. 131 y ss

nes, cuando en la venta de un fundo rústico, su valor en el mercado es muy superior del que resulta del acto de la compraventa, siendo evidente el fin de liberalidad a favor de un familiar (105).

En el caso de la donación modal —artículo 793 del Código Civil italiano—, no estamos ante un contrato mixto, ya que además de faltar la necesaria conexión entre las obligaciones recíprocas (106), la carga no altera la causa de liberalidad de la donación. Aunque exista una obligación de pagar una cantidad anual a cargo de algún donatario, esa circunstancia no transforma la donación en contrato oneroso. En consecuencia no cabe el ejercicio de la *prelazione* puesto que ésta exige una transmisión a título oneroso.

II.6.4. *Enajenación de la nuda propiedad*

Como caso particular ha de calificarse el de la enajenación de la nuda propiedad con reserva de usufructo por el vendedor.

En España, en toda enajenación *inter vivos* de la nuda propiedad de fincas rústicas, el arrendatario tendrá derecho de tanteo y retracto o de adquisición preferente con arreglo a lo que se dispone en los artículos 86, 87 y siguientes de la Ley española de Arrendamientos Rústicos.

En Italia, la doctrina se encuentra dividida (107). Se ha escrito que permaneciendo el usufructo en manos de otro sujeto, no se realiza el objetivo previsto legalmente de reunir en la mismas manos —las del arrendatario, cultivador directo—, la propiedad y la empresa, con la plena disponibilidad del fundo por parte del arrendatario. Con la adquisición, en su caso, de la nuda propiedad, el arrendatario no cambia el título en base a la cual cultiva el fundo, que sigue siendo el contrato de arrendamiento rústico (108). Sin embargo, es preciso señalar que si bien en la Ley n.º 590 de 1965 no se contempla expresamente la transmisión de la nuda propiedad, al utilizar el inciso primero del artículo 8 el término genérico de transmisión, cabe el derecho de *prelazione* en toda enajenación incluida la de la

(105) Cass. 18-7-1991, n.º 7969, *Dir. e Giur. Agr.*, 1992, pág. 151.

(106) Trib. Verona 31-1-1973, *Giur. Merito*, 1975, I, pág. 131.

(107) Consideran que surge la *prelazione* CASASDEI, E., «La *prelazione* del coltivatore nei casi di non perfetta coincidenza fra il bene trasferito e il fondo coltivato», *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 1970, pág. 1390, y MILANI, «La *prelazione* a favore degli affittuari, mezzadri e coloni nel trasferimento di proprietà del fondo ai sensi della legge 26 maggio 1965, n.º 590», *Rev. Dir. Agr.*, 1970, I, pág. 318. En contra, véase GERMANO, A., «La *prelazione* agraria: problemi sostanziali e processuali», *Giur. Agr. It.*, luglio-agosto 1973, págs. 391 y ss., y ROMOLI, R., «Diritto di *prelazione* vendita della nuda proprietà», *Riv. Dir. Agr.*, 1971, II, pág. 312.

(108) CIGARINI, G.P. *La prelazione legale agraria*, op. cit., págs. 6 y 7.

nuda propiedad (109). En este sentido cabe añadir que el inciso segundo del precepto citado, que contempla específicas excepciones, no excluye el ejercicio de la *prelazione* en el caso de enajenación de la propiedad con reserva de usufructo (110). La razón está en que la finalidad de la *prelazione* no se ve frustrada con la adquisición de la nuda propiedad, ya que el arrendatario cultivador directo tiene la expectativa jurídica de reunir, en su persona y en el futuro, la plena propiedad, conservando mientras dure el contrato de arrendamiento, con sus prórrogas, la posesión material del fundo (111).

II.6.5. *Destino no agrario de los terrenos*

Existe una clara coincidencia en este punto en la legislación española e italiana que regulan la preferente adquisición del arrendatario rústico. El destino no agrario de los terrenos impide el ejercicio de la adquisición preferente desde el instante en que por la voluntad de la administración competente no cabe la constitución de nuevas explotaciones agrarias sobre esos terrenos. Por consiguiente, mediante el planeamiento urbanístico desaparece la posibilidad de conseguir los fines de la preferente adquisición del arrendatario rústico, que no es otra, que la de hacer coincidir en sus manos la propiedad de los terrenos y la titularidad de la explotación agraria asentada sobre los mismos. A *sensu contrario*, el reconocer la preferencia en la adquisición de unos terrenos cuyo destino no es ya el agrario, más que cumplir la función socioeconómica propia de la institución, sería fuente de especulación, atribuyendo al arrendatario, que no al propietario de los terrenos, el aumento del valor de los mismos, debido a su nueva calificación urbanística.

Considerando primeramente la Ley española de Arrendamientos Rústicos de 1980, su artículo 7.º establece en su apartado primero que: «tampoco se aplicarán las normas de esta Ley a los arrendatarios que tengan por objeto, inicial o posteriormente alguna de las circunstancias siguientes:

(109) App. Napoli 21-4-1980, *Riv. Dir. Agr.*, 1980, II, pág. 381. Cass. 27-7-1973, n.º 2204, *Foro It.*, 1974, I, c. 447. Cass. 22-8-1990, n.º 8561, *Rev. Dir. Agr.*, 1991, II, pág. 223. En la doctrina MOSCHELLA, A., «Tre questioni in tema di prelazione agraria», en *Scritti in onore di salvatore Pugliatti*, I, 2, Milano, 1978, págs. 1519 y ss. En contra TRIOLA, R., *La prelazione Agraria*, Giuffrè Editore, Milano, 1990, págs. 45 y 46.

(110) En Cass. Sez. III. Civ. 22-8-1990, n.º 8561. *Giur. Agr. It.*, 1991, pág. 27, se ha entendido que el derecho de *prelazione* agraria subsiste también en el caso de enajenación de la nuda propiedad del fundo, con reserva de usufructo de parte del enajenante, en cuanto el cultivador del fundo tiene la jurídica expectativa de reunir en sus manos en un tiempo más o menos próximo la plena propiedad.

(111) Cas. 27-7-1973, n.º 2204, en *Nuovo Dir. Agr.*, 1974, pág. 283. GIORGIO CASAROTTO, G., *La prelazione agraria*, op. cit., pág. 97.

1. Constituir, conforme a la legislación específica, suelo urbano o suelo urbanizable programado.
2. Ser accesorias de edificios o de explotaciones ajenas al destino rústico, siempre que el rendimiento ajeno al rústico sea notoriamente superior a éste.
3. Tener, por cualquier circunstancia ajena al destino agrario, un valor en venta superior al doble del precio que normalmente corresponda en la comarca o zona a las de su misma calidad o cultivo».

El precepto excluye la aplicación de la legislación especial de arrendamientos rústicos y, por ende, no se reconoce al arrendatario, el derecho de preferente adquisición —tanteo y retracto— sobre unos terrenos en arrendamiento, cuyo destino agrícola es contestable dada la posibilidad de transformación de la parcela en suelo urbano, edificable o programado, o aprovechable en otros usos alternativos, distintos de los agrarios.

En Italia, el segundo inciso del artículo 8 de la Ley n.º 590 de 1965, excluye el derecho de *prelazione* para los terrenos que, en base a planos reguladores, aun cuando estén sin aprobar, estén destinados a ser utilizados para edificación urbanística, industrial o turística. La exclusión opera aún antes de que se haya aprobado el planeamiento correspondiente, bastando que este haya iniciado su *iter* administrativo con la aprobación inicial del ayuntamiento competente (112). Esto es, una vez aprobado, aunque no lo haya sido de manera definitiva, el planeamiento idóneo que impone un destino a los terrenos que ya no se puedan considerar como esencialmente agrarios (113); se excluye que esos terrenos sean objeto del derecho de *prelazione* (114).

En cuanto a los instrumentos que la Administración Local puede utilizar para el planeamiento urbanístico no se agota en los planos reguladores, planos paisajísticos o programas de fabricación (115), admitiéndose otras formas atípicas, además del reglamento de construcción o edificación urbana, que delimita zonas edificables precisando las características (116). Contrariamen-

(112) Cass 17-II-1993, n.º 1940.

(113) Cas. 26-8-1975, n.º 3019, *Giust. Civ.*, 1975, I, pág. 1842.

(114) Cass. 10-3-1979, n.º 1491; Cass. 17-4-1979, n.º 2839, en *Giust. Civ.*, 1979, I, pág. 1674.

(115) Cass. 7-6-1994, n.º 1712, *Nuevo Dir. Agr.*, 1975, pág. 339. Considera que a efectos de exclusión de la *prelazione*, el programa de fabricaciones no puede ser equiparado a los planes reguladores y, por tanto, no excluyen la *prelazione*. PALERMO, G., «In tema di esclusione del diritto di prelazione nel caso di terreni destinati ad utilizzazione edilizia, industriale e turistica», *Giur. Agr. It.*, 1973, 11, págs. 583 y ss.

(116) Cass. 27-2-1978, n.º 1006, *Giur. It.*, 1978, I, l.c.p. 1442; Cas. 22-2-1979, n.º 1156; Cass. 17-5-1979, n.º 2839, *Giust. Civ.*, 1979, I, pág. 1674; Cas. 17-5-1979, n.º 2840.

te la delimitación del suelo urbano que no constituya un específico destino de los terrenos no los sustrae del derecho de *prelazione* (117).

El destino no agrario del terreno en el planeamiento urbanístico impide la *prelazione*, aun en el caso de que no exista oposición de los particulares interesados, ya que atentaría contra el espíritu que la Ley reconoce al *derecho de prelazione*. A los fines de excluir este derecho, basta con que el fundo sea destinado en general a edificaciones urbanas, siendo indiferente ulteriores caracteres de naturaleza residencial o turística hotelera (118).

Por último, es interesante aludir al caso de venta de un terreno destinado sólo en parte a edificación urbana y continuando otra porción del fundo destinada a cultivo agrícola. En Italia se ha defendido (119) la solución de reconocer la *prelazione* para la parte del fundo con destino agrario, no pudiéndose negar la *prelazione* para todo el fundo entero. En España, atendiendo a lo dispuesto en el artículo 7.º, apartado primero, estamos ante un arrendamiento al que no le es aplicable el propio texto legal especial, quedando, por tanto, excluida cualquier preferente adquisición a favor del arrendatario, dado que por cualquier circunstancia ajena al destino rústico, se aprecia un valor en venta del terreno superior al doble del precio que normalmente corresponde en la zona a los de su misma calidad o cultivo. También se excluye la preferente adquisición en base a que los terrenos son accesorios de edificios o de explotaciones ajenas al destino rústico, siempre que el rendimiento ajeno al rústico sea notoriamente superior a éste.

II.6.6. *Disolución de una sociedad*

En el supuesto de que se proceda a la disolución de una sociedad por acciones y a la liquidación de su activo patrimonial neto, en el que existe uno o varios fundos rústicos arrendados a cultivadores directos y se asignen los citados fundos a los socios, previa división, *in natura* o en comunidad, ¿podrá el arrendatario rústico ejercitar su derecho de preferente adquisición? La respuesta viene tamizada por la consideración, o no, como transmisión a título oneroso de la asignación *in natura* a los socios de una sociedad puesta en liquidación, del patrimonio neto —en el que se encuentra algún fundo arrendado—.

Si la asignación a los socios de un fundo rústico, tras la liquidación de la sociedad, implica una adjudicación en pago, el artículo 89 de la Ley española de Arrendamientos Rústicos, reconoce que el arrendatario podrá ejercitar su

(117) Cas. 26-8-1975, n.º 3619, *Riv. Dir. Agr.*, 1976, II, pág. 363.

(118) Cass. 17-5-1979, n.º 2839, *Giust. Civ.*, 1979, I, pág. 1674. Cass. 7-6-1974, n.º 1712, *Gust. Civ.*, 1974, I, pág. 1602.

(119) GIORGIO CASAROTTO, G., *La prelazione Agraria*, Cedam, Padova, 1980, págs. 159.

derecho de adquisición preferente en la misma forma establecida para el tanteo y el retracto. No obstante, de no ponerse de manifiesto el valor de la finca transmitida, el arrendatario deberá pagar el precio justo de la finca, determinado en vía civil, conforme a las normas de valoración que establece la legislación de expropiación forzosa.

En Italia, en el caso de la «*datio in solutum*», entendiendo como tal, el abandono de un socio de una sociedad de personas al que se satisface *in natura* con un fundo arrendado su derecho de socio, se admite la *prelazione* del arrendatario, cultivador directo (120). Esta solución, sin embargo, no deja de ser contradictoria con aquella que con carácter general se ha seguido ante la asignación a los socios de un fundo rústico, tras la liquidación de la sociedad, y que se ha considerado como una ejecución del derecho de cada socio a la parte proporcional del patrimonio neto resultante de la liquidación —artículo 2.350 del Código Civil italiano—.

Aun en el caso de que se considerara que existe una transmisión del fundo, sin embargo no lo es a título oneroso y por tanto no es posible el derecho de *prelazione* —y el sucesivo derecho de *retrato*—. La aplicación del artículo 8 de la Ley n.º 590 presupone necesariamente una transmisión a título oneroso de la propiedad del fundo, cosa que no sucede en el supuesto planteado de disolución de una sociedad, que por el contrario constituye un negocio de naturaleza divisoria (121).

Aspecto diferente es aquel en que la sociedad tenga en su patrimonio sólo un fundo rústico y se verifique la transmisión del entero paquete de acciones. Se realiza así una transmisión onerosa del fundo, surgiendo el derecho de *prelazione* a favor del arrendatario —artículo 8 de la Ley n.º 590 de 1965— cultivador directo (122).

Es otro el caso de la cesión de la participación social. En el supuesto de cesión de acciones o de una cuota de una sociedad propietaria de fundos rústicos, no se está transmitiendo la propiedad del fundo, sino una participación de la sociedad que es propietaria del fundo. La cesión del paquete de acciones de la sociedad comporta el ingreso, con la cualidad de socios, de otras personas. Ese hecho no afecta a la titularidad de los bienes sociales, que permanecen en la sociedad (123). Una cosa es la cesión de acciones de la sociedad de capital y otra diferente es la transmisión del fundo rústico que

(120) Trib. Lucera 30-6-1976, *Giur. Agr. It.*, 1979, II, pág. 48, App. Brescia, 1-2-1979, *Giur. Agr. It.*, 1979, II, pág. 617.

(121) Cass. 1-12-1987 n.º 8936, *Giur. Agr. It.*, 1988, pág. 161. Trib. Parma 25-4-1973, *Giur. Agr.*, 1973, pág. 629. App. Bologna, 27-3-1974, *Riv. Dir. Agr.*, 1974, II, pág. 294.

(122) Cass. 1 de diciembre de 1987, n.º 8939, en *Riv. Dir. Agr.*, 1989, II, pág. 203.

(123) Cass. 23-1-1986, n.º 423, *Giur. Agr. It.*, 1986, pág. 410.

forma parte de su patrimonio social. La cesión de las acciones implica la adquisición y la pérdida del *status* de socio sin que haga surgir —tampoco en el Derecho español— el derecho preferente adquisición (124). De lo contrario se produciría una sustitución en favor del arrendatario, cultivador directo, en el «*status* de socio» convirtiéndose en copropietario *pro quota* no sólo del fundo que cultiva, sino también de todo el resto de los bienes propiedad de la sociedad (125), y ello contrariamente a la finalidad propia de la Ley.

II.6.7. *Aportación a sociedad de una finca rústica arrendada*

La aportación a sociedad de una finca rústica, en pago, por ejemplo de ampliación suscrita de capital, constituye un acto de transmisión de la propiedad (126), que conduce a preguntarse si el arrendatario rústico puede ejercitar el derecho da adquisición preferente.

En España, a tenor de lo dispuesto en el artículo 88 de la Ley de Arrendamientos Rústicos, la respuesta es afirmativa ya que si bien el arrendatario no puede entregar acciones, pues no obran en su patrimonio, cumplirá entregando la suma en metálico con que fue valorada la aportación de la finca, a la Sociedad. En todo caso, si del contrato no resultase el valor de la finca transmitida, el arrendatario deberá pagar el precio justo de la finca, determinado en vía civil, conforme a las normas de valoración que establece la legislación de expropiación forzosa.

En Italia, cuando el artículo 8.º, inciso 1.º, de la Ley n.º 590 de 1965 utiliza la expresión «transferencia a título oneroso» no se está refiriendo únicamente a la compraventa, sino que, por el contrario, está reconociendo el derecho de *prelazione* en toda transmisión onerosa en que la prestación establecida en el contrato sea posible para el arrendatario cultivador personal, si bien respetándose los intereses perseguidos por el enajenante. En este contexto, el otorgamiento de un fundo rústico a una sociedad no implica el derecho de *prelazione* en favor del arrendatario, ya que se considera que la transmisión está privada de contraprestación en dinero, y pretende la correlativa

(124) Cass. 17-2-1984, n.º 1984, n.º 1190, en *Riv Dir Agr*, 1985, II, pág. 221. Cass. 25-8-1990, n.º 8732, en *Giur Agr. It.*, 1990, pág. 529. Cas. 7-11-1983, n.º 6566, en *Riv Dir Agr.*, 1985, II, pág. 221.

(125) Trib. Padova Sez. Spec. Agr. 23-10-1992, *Dir. e Giur. Agr.*, 1993, 43. Cass. 7-11-1983, n.º 6566, *Giur Agr. It.*, 1984, 468, con nota de DANZA, *Prelazione in margine all'ingresso di nuovi soci o alla cessione di quote socielli in una società di persone proprietaria di fondo rustico condotto in affitto*. Cass. 20-8-1990, n.º 8492, *Giur. Agr. It.*, 1990, n.º 529 con nota di SERAFINI, *Modificazioni nell'assetto societario e diritto di prelazione del coltivatore*.

(126) ARECHEDERRA ARANZADI, L.I., «El retracto arrendaticio rústico y la aportación a sociedad de una finca rústica», *Revista de Derecho Notarial*, 1979, págs. 7 y ss

adquisición de la cualidad de socio (127) sobre la base de un negocio *intuitu personae* (128), que no es asimilable a los contratos de cambio (129) del artículo 8 de la Ley n.º 590 de 1965. Se excluye la *prelazione* en base a que no es una transmisión a título oneroso —la contraprestación no es dinero—, sino un bien determinado e infungible: la cualidad de socio (130).

En el caso en que un socio atribuya al constituirse la sociedad la propiedad de una finca arrendada, el fundo se transmite para adquirir la cualidad de socio (131), que tiene naturaleza infungible. Por tanto, no es posible la adquisición del fundo por el cultivador directo arrendatario, mediante el ejercicio de la *prelazione*, ya que cortarían la posibilidad del transmitente de participar en la sociedad. No es un contrato de intercambio, sino asociativo en el que no es posible por parte del arrendatario, cultivador directo, sustituir la contraprestación negocial que corresponde al propietario enajenante y que está integrada por acciones consideradas, no en su valor monetario previamente determinado, sino como título de crédito que atribuye la cualidad de socio referido a la cuota de capital social y derechos y obligaciones correlativas (132).

II.6.8. *La venta en condiciones personalísimas*

En determinados casos se suman a las condiciones tipo de los contratos, otras singulares que también se comunicaran en toda su amplitud al arrendatario en cumplimiento de lo legalmente previsto. En particular, existen unas condiciones contractuales que obligan de modo esencial a prestaciones perso-

(127) App. Perugia 7-2-1991, Foro, 1991, I, pág. 455. App. Lecce 20-9-1986, Foro It., 1987, I, 1592. Trib. Catania 30-3-1985, en *Riv. Dir. Agr.*, 1985, II, 247

(128) Cass. Sez. Civ. 8-6-1992, n.º 7039, *Dir. e Giur. Agrar. e dell'Ambiente*, n.º 7/8, julio-Agosto 1993, pág. 414.

129 Cass. 8-6-1992, n.º 7039, en *Dir. e Giur. Agr.*, 1993, pág. 414

130 Cass. 1-8-1991, n.º 8458, *Dir. e Giur. Agr.*, 1993, pág. 120. Trib. Verona 14-2-1985, *Giur. Comm.*, 1985, II, 492. Cass. 20-8-1990, n.º 8492, *Giur. Agr. It.*, 1990, pág. 672.

(131) Cass. Sez. III, Civ. 20-8-1990, n.º 1990, n.º 8492, *Giur. Agr. It.*, Trib. Verona, 14-2-1985, *Giur. Comm.*, 1985, II, pág. 492; Trib. Catania 30-3-1985, *Riv. Dir. Agr.*, 1985, II, pág. 247

(132) Cass. 16-6-1984, n.º 3607, *Giur. Agr.* 1985, II, pág. 222, con nota de C. VERDE, «In tema di esclusioni del diritto di prelazione nei casi di permuta». Cass. Sez. III, Civ. 20-8-1990, n.º 8492, *Giur. Agr. It.*, 1990, n.º 529, con nota de SERAFINI, *Modificazioni nell'assetto societario e diritto di prelazione del coltivatore*. Cass. Sez. III Civ. 1-8-1991, n.º 8458, *Dir. Giur. Agrar. e dell'Ambiente*, n.º 2, 1993, pág. 120. Trib. Verona 14-2-1985, *Giur. Comm.*, 1985, II, pág. 492. Trib. Catania 30-3-1985, *Riv. Dir. Agr.*, 1985, II, pág. 247; Trib. Padova Sez. Spec. Agr. 23-10-1992, *Dir. Giur. Agr. e d'Ambiente*, n.º 1, 1993, pág. 43.

nalísimas con el transmitente (133). En estos supuestos, no se respeta la estructura misma del derecho de preferente adquisición que necesita que su titular pueda sustituir al tercer adquirente en el mismo esquema contractual propuesto por el transmitente.

En concreto, por su interés práctico, analizó los supuestos de venta a cambio de alimentos y de rentas vitalicias. En no pocas ocasiones se estipula una especie de pensión vitalicia alimentaria consistente en una obligación que abarca un doble aspecto. Uno el de prestar al transmitente, ya anciano y pariente del adquirente, alimentos. El otro consiste en vivir en su compañía, cuidándole y atendiéndole hasta su fallecimiento. En supuestos como éstos, acompañados o no de reserva de usufructo, en los que subyace una donación encubierta y una mejora en vida a favor del hijo que atiende a los padres hasta su fallecimiento, no procederá —en el Derecho español— el derecho de adquisición preferente —artículo 92 de la Ley de Arrendamientos Rústicos—.

Por el contrario, en aquellos casos en que la venta a cambio de alimentos acontece entre tíos solteros o viudos a favor de sobrinos o extraños y en general en todos aquellos casos en los que se haya estipulado una especie de pensión vitalicia, consistente en la obligación de prestar al cedente, anciano y pariente o no del cesionario, cuidados y atenciones hasta su fallecimiento, ¿el titular de la preferente adquisición está obligado al cumplimiento de una condición matriz tan especial, por su carácter *intuitu personae* del comprador, y que dio nacimiento a la transmisión? La respuesta viene determinada por la imposibilidad de cumplimiento de las obligaciones personalísimas consistentes en prestaciones intransmisibles por su carácter esencial o *intuitu personae* (134). El carácter personalísimo de las prestaciones impide la viabilidad de los derechos de adquisición preferente del arrendatario (135).

En Italia, tampoco cabe la *prelazione* en el caso de constituir una renta vitalicia mediante una transmisión de un fundo arrendado cuando no resulta indiferente para el beneficiario de la renta un deudor u otro; esto es, habrá de admitirse cuando la sustitución del deudor no viole el principio de igualdad de condiciones. Así, en el caso de que el contrato tenga por objeto la cesión

(133) Sentencia del TS de 10 de enero de 1919, Jurisprudencia Civil. Colección SSTs publicadas por la *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, tomo. 145, n.º 9, págs. 39. En este sentido GARCÍA CANTERO, G., *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Dir. Albaladejo, M. y Díaz Alabart, S., tomo XIX, Editorial Revista de Derecho Privado, págs. 640; BARBER CÁRCAMO, R., *El retracto gentilicio*, op. cit., págs. 145 y 146.

(134) Sentencia del TS. Sala de lo Social, 6 de octubre de 1969, *Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi*, 1969, 5256.

(135) En este sentido, GARCÍA CANTERO, G., *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Dir. Albaladejo, M., y Díaz Alabart, S., tomo XIX, Editorial Revista de Derecho Privado, pág. 640; BARBER CÁRCAMO, R., *El retracto gentilicio*, op. cit., págs. 145 y 146. Véase también las Sentencias del TS, Sala de lo Social, de 6 de octubre de 1969.

de la finca arrendada a cambio de una prestación alimentaria y asistencial —que guarda bastante afinidad con un contrato de renta vitalicia del artículo 1.872 del Código Civil italiano— caracterizado por ser una prestación *intuitu personae* no es conciliable con el derecho de *prelazione* del arrendatario cultivador directo del fundo (136).

Tampoco surge el derecho de *prelazione* en caso de una donación de un fundo arrendado que lleva consigo la carga de una renta vitalicia a cargo del donatario, además de por lo expuesto, por la razón de que la carga no altera la gratuidad del acto sin que configure la causa del contrato como onerosa y sin que en consecuencia pueda ejercitarse la *prelazione* agraria (137).

II.7. EL OBJETO DEL DERECHO DE TANTEO

II.7.1. *El fundo*

El objeto del tanteo es el propio fundo, que a su vez resulta ser el objeto del contrato traslativo que ha dado lugar a la preferencia en la adquisición.

En España, la Ley de Arrendamientos Rústicos, en su artículo 84, otorga al arrendatario de una finca rústica la facultad de acceder a la propiedad de la misma, mediante el tanteo y retracto o de adquisición preferente en toda enajenación *inter vivos* de la finca arrendada, de su nuda propiedad, de porción determinada o de una participación indivisa de la misma —artículo 86 del mismo texto legal—.

Aun cuando no sea una, sino varias las fincas que se enajenan en un solo acto, o bien se haya concertado la venta de todas ellas por un solo precio, esta circunstancia no impide el que sólo alguna de ellas sea objeto de los derechos de tanteo, retracto o adquisición preferente, una vez determinada la parte del precio que corresponda a la finca afectada (138).

(136) Cass 30 ottobre 1980, n.º 5855, *Riv. Dir. Agr.*, 1981, II, 402. Trib. S. Maria C.V. 28-9-1977, *N. Dir. Agr.* 1978, pág. 191.

(137) Cass. 18-12-1986, n.º 7679, *Riv. Not.*, 1987.

(138) El arrendatario puede subrogarse en el lugar del adquirente «no tan sólo en las mismas condiciones estipuladas en el contrato, sino también en cuanto al precio, una vez determinada la parte del mismo que corresponda a la finca que haya de retraerse». Sentencia del TS de 13 de abril de 1896, Jurisprudencia Civil. Colección SSTs publicadas por la *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, tomo 79, n.º 145, págs. 666 y ss. Sentencia del TS de 5 de febrero de 1909, Jurisprudencia Civil. Colección SSTs publicadas por la *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, tomo 113, n.º 65, págs. 444 y ss. Sentencia del TS de 9 de mayo de 1922, Jurisprudencia Civil. Colección SSTs publicadas por la *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, tomo. 156, n.º 41, págs. 302 y ss.

En Italia, el inciso primero del artículo 8 de la Ley 590 de 26 de mayo de 1965 también indica que el fundo es el objeto de la *prelazione*, al señalar que en caso de transmitirse a título oneroso o de constituir enfiteusis sobre un «fundo» cedido en arrendamiento a un cultivador directo, en paridad de condiciones el arrendatario tiene un derecho de *prelazione* sobre el mismo. Cuando en el precepto se alude al término «fundo» (139), se está señalando a la vez el objeto tanto de la transmisión onerosa, como del contrato de arrendamiento así como de la propia *prelazione*. Es el fundo enajenado, objeto de un contrato de arrendamiento, el objeto de la *prelazione*. Así, en caso de enajenación de un fundo a varios adquirentes, la *prelazione* no puede ser ejercitada sólo contra uno de los adquirentes y por la cuota que al mismo pertenece, ya que la atribución de una cuota ideal del fundo impide la *ratio* de la *prelazione* misma (140).

El fundo objeto de *prelazione* —quedando excluidos todos aquellos terrenos que en base a los instrumentos contenidos en la normativa urbanística tengan un destino distinto de la explotación agrícola— puede ser un campo abierto, un bosque (141), un terreno preparado para invernadero destinado a la producción agraria (142), o incluso un construcción rural (143).

Al igual que ocurre en España, en Italia para el ejercicio de la *prelazione* sobre el fundo arrendado, no es preciso que se enajene todo él, pues aquélla cabe tanto en el caso de enajenación de una parte de extensión del fundo como cuando sea enajenado conjuntamente con otros bienes (144), con la obligación para el propietario de comunicar al arrendatario el precio específico del fundo (145).

El fundo objeto de la preferente adquisición no ha de superar una superficie máxima, que en Italia está determinada por el criterio de proporcionalidad con la capacidad laboral de la familia campesina. Los arrendatarios que

(139) En Italia se considera como tal el terreno en cuanto bien productivo agrícola que se destina en el sentido del artículo 2.135 del Código Civil al cultivo y a la selvicultura. En base a este criterio se ha excluido el derecho de *prelazione* en caso de transmisión a título oneroso de una explotación destinada a la floricultura o crianza de ganado, donde el terreno no representa un bien productivo, sino sólo un bien de uso. Sobre el término fundo véase Cas. 17-I-1974, n.º 126, en *Nuovo Dir. Agr.*, 1974, pág. 283.

En relación con «la vendita del fabbricato-pertinenza di un terreno oggetto di contratto agrario di affitto», véase a *Cirgarini, G.P., La prelazione legale agraria*, op. cit., págs. 13 y 14.

(140) Cass. Sez. III, Civ 4-10-1991, n.º 10388, *Dir. e Giur. Agr.*, n.º 6, giugno 1992, pág. 378.

(141) Cass. 17-10-1984, n.º 5242.

(142) Cass. 9-2-1988, n.º 1387.

(143) Cass. 2-4-1992, n.º 4011.

(144) GERMANO, A., *Manuale di Diritto Agrario*, G. Giappichelli Editore, Torino, págs. 137 y ss.

(145) Cass 9-8-1991, n.º 8669

a la vez sean propietarios o posean en enfiteusis, más del triple de la superficie correspondiente a la capacidad laboral de la familia cultivadora, no podrán ejercitar el derecho de *prelazione*. El inciso primero *in fine* del artículo 8 de la Ley n.º 590 de 26 de mayo de 1965 prevé como superficie máxima «il triplo della superficie corrispondente alla capacita lavorativa della sua famiglia». Se requiere, por tanto, que el fundo por el cual se ejercita la *prelazione*, junto con otros que se posean en propiedad o enfiteusis, no superen el triple de la superficie correspondiente a la capacidad laboral de la familia cultivadora. La pretensión no es otra que la de evitar la formación de explotaciones agrarias que excedan en la medida señalada los caracteres propios de ese tipo de estructura agraria familiar.

Además, no sólo se tiene presente la superficie, sino también la naturaleza del cultivo y otros aspectos agrícolas, así como, en relación con ellos, el aporte laboral necesario de las personas que constituyen el núcleo familiar del arrendatario con el auxilio, en su caso, de los correspondientes medios mecánicos (146).

Sin embargo, no se alude en el precepto a superficie mínima alguna respecto del fundo objeto de *prelazione* (147), y tampoco se establecen particulares características del terreno para determinar su autonomía productiva o funcional (148).

En España no se utiliza como en Italia la capacidad laboral de la familia del cultivador como límite al ejercicio del tanteo. Sin embargo, las legislaciones italiana y española establecen —bien indirectamente, caso de Italia a través de la utilización del parámetro de la capacidad laboral, bien directamente en España— una medida de superficie por encima de la cual se priva al arrendatario del derecho de preferente adquisición sobre el fundo arrendado. A tenor de lo dispuesto en el artículo 97 de la Ley española de Arrendamientos Rústicos, no podrán ejercitar ninguno de los derechos de adquisición preferente los arrendatarios que a la vez sean propietarios —no cabe como en Italia añadir los fundos que se poseen en enfiteusis— de más de 20 hectáreas en regadío o de 200 de secano en territorio nacional. Semejante límite se justifica desde el momento en que no entra en la finalidad de la Ley el favorecer a quien ya cuenta con la propiedad de una explotación agraria cuyas dimensiones se consideran suficientes desde la óptica de la viabilidad y rentabilidad. En cambio, se protege al arrendatario modesto, que no es propietario de fundos con superficie muy superior a la que se considera suficiente

(146) Cass. 15-12-1975, n.º 4141, *Giur. Agr. It.*, 1977, II, pág. 605

(147) SPALLANZANI, D., La *prelazione* nulla vendita dei fondi rustici. Legge 26 maggio 1965, n.º 590, *Riv. Not.* 1966, págs. 374 y ss.

(148) Cass. 17-1-1974, n.º 126. VIGNOLI, G., «Sull'individuazione del "fondo" anche con riguardo alla *prelazione* legale agraria», *Riv. Dir. Agr.*, 1975, I, pág. 578.

para que con las labores fundamentales de su cultivo, utilizando los medios normales y técnicos de producción, genere un rendimiento satisfactorio, teniendo en cuenta las características socioeconómicas de la agricultura en la comarca o zona (149).

En el caso de que el arrendatario sea propietario de más de 20 hectáreas de regadío o de 200 en secano, no cabe apelar a la defensa de interés general alguno que proteger para justificar el sacrificio del interés particular del dueño del fundo arrendado al imponerle una limitación a la facultad de disposición.

La razón de fijar diferentes superficies para regadío (20 hectáreas) y secano (200 hectáreas) se encuentra en la diferente productividad entre unas tierras y otras.

La cualidad de propietario de más de 20 hectáreas en regadío o de 200 en secano en territorio nacional, que priva al arrendatario del ejercicio de los derechos de adquisición preferente, ha de concurrir, no antes pero tampoco después, sino en el preciso instante de la transmisión. Si un arrendatario es propietario de más tierra de la permitida al tiempo de la enajenación, si *a posteriori* y por cualquier causa quedase privado de la misma, no puede ejercitar el tanteo, ya que está reclamando un derecho que nunca quedo incorporado a su patrimonio (150).

II.7.2. *Una cuota del fundo*

Cuando se enajena una participación indivisa de la finca rústica no se está transmitiendo una porción determinada de la finca, esto es, una superficie de terreno delimitada por linderos que la individualizan del resto, sino una cuota, un condominio, con la dificultad de indeterminación e imprecisión que ello supone al recaer sobre una porción indeterminada de fundo que ha de concretarse en un momento posterior sobre la extensión del fundo

En España, el artículo 86 de la Ley de Arrendamientos Rústicos reconoce que en toda enajenación *inter vivos* de una participación indivisa de una finca rústica, el arrendatario tendrá derecho de tanteo y retracto o de adquisición preferente.

Más delicada es la cuestión en Italia. Alguna doctrina (151) ha considerado que no cabe ejercitar la *prelazione* en caso de transmisión de una o más cuotas de copropiedad al entender que la Ley, mediante la *prelazione*, preten-

(149) Definición de unidad mínima de cultivo según el artículo 23 de la Ley 19/1995, de modernización de explotaciones agrarias.

(150) Sentencia del TS de 30 de octubre de 1980.

(151) SPALLANZANI, «La prelazione nella vendita di fondi rústici», *Riv. Dir. Not.*, 1966, I, págs. 374 y ss.

de que el cultivador consiga el pleno goce y completa disponibilidad del entero fundo y no de una cuota de copropiedad (152).

Otra ha sido la posición de la Jurisprudencia al considerar que cabe el ejercicio de la *prelazione* en relación a la venta de cuotas de propiedad del fundo en base a lo establecido en el inciso decimosegundo del artículo 8 de la Ley 590, según el cual, tienen preferencia los coherederos del vendedor si son cultivadores directos, frente al arrendatario cultivador directo del fundo. *A sensu contrario*, si no existen coherederos o si los existentes no son cultivadores directos, se reconoce en favor del arrendatario, cultivador directo, el derecho de *prelazione*. Sin embargo, hay quien piensa que no cabe esa interpretación extensiva del precepto, dado que se refiere a la enajenación de un fundo, que no de una cuota del fundo indiviso, por el propietario con preferencia del coheredero (153).

No obstante esos razonamientos, la Jurisprudencia ha reconocido la *prelazione* en caso de que el terreno objeto del contrato forme parte de un terreno más extenso, perteneciente a más propietarios *pro indiviso* (154) y de los que un propietario cede su cuota de propiedad a terceros. No así, en el caso en que el objeto de la transmisión sea una cuota hereditaria (155), dado que en el último inciso del artículo 8 de la Ley n.º 590 de 1965 se otorga preferencia, respecto a los sujetos del inciso primero —entre los que se encuentra el arrendatario, cultivador directo—, a todos los cultivadores directos que sean coherederos del vendedor (156). El arrendatario, cultivador directo, tiene en la adquisición de la cuota de propiedad, preferencia sobre los mismos coherederos del enajenante siempre que éstos no sean cultivadores directos (157).

Frente a la solución adoptada por la Jurisprudencia que favorece el acceso del arrendatario, cultivador directo, a la propiedad del fundo, aunque sea *pro cuota*, se ha puesto de manifiesto el inconveniente de que puede no serle atribuida al arrendatario (158) al realizar la división del fundo, la porción del fundo por él cultivada. Esta anomalía no parece que pueda superarse subordinando, como se ha sugerido (159), la enajenación de la cuota a la correla-

(152) Se deja a salvo lo dispuesto en el inciso décimo del artículo 8 de la Ley 590

(153) JERRI, G., «La prelazione agraria (Ressegna di giurisprudenza)», *Riv. Dir. Agr.*, 1971, II, págs. 114 y ss.

(154) Cass. 23-11-1985, n.º 5829, *Giur. Agr. It.*, 1987, pág. 91.

(155) Cass. 5-7-1990, n.º 7067, *Giur. Agr. It.*, 1990, pág. 473 App. Perugia 7-2-1991, Foro 1991, I, pág. 455 App. Lecce 20-9-1986, Foro It., 1987, I, 1592. Trib. Catania 30-3-1985, en *Riv. Dir. Agr.*, 1985, II, 247.

(156) Cass. 15-2-1993, n.º 1850, *Dir.*, e *Giur. Agr.*, 1993, pág. 1617.

(157) Cass. 11-1-1979, n.º 220, *Giur. It.*, 1979, I, I, C. 1248; Cass. 12-2-1980, n.º 1003. En la doctrina PELOSI, A.C., «Trasferimento di quota di coproprietà e prelazione legale agraria», *Riv. Dir. Agr.*, 1978, II, págs. 8509 y ss.

(158) Cass. 22-1-1991, n.º 591, *Giur. Agr. It.*, 1991, pág. 227.

(159) CARPINO, B., *La prelazione l'acqui sto dei fondi rustici*, Roma 1973.

tiva aceptación de la condición de que llegada la división del fundo, venga asignada al arrendatario la parte por él cultivada. Semejante solución limitaría el derecho del comunero a disponer de la cuota en contra del espíritu de la Ley (art. 1.103 del Código Civil italiano) (160).

Sin embargo, la propia Jurisprudencia, de manera un tanto contradictoria, en el caso de que el terreno objeto del contrato de arrendamiento forme parte de otro más extenso que se encuentra en copropiedad y un condómino enajene su cuota en la comunidad a un tercero, admite el derecho de *prelazione*, dado que se alcanza el objetivo pretendido por el legislador que no es otro que favorecer el acceso del arrendatario cultivador directo a la propiedad del fundo rústico o bien de una cuota de la propiedad del mismo, siendo irrelevante, a estos efectos, que de la eventual división, resulte no ser atribuida al arrendatario la porción del fundo que originariamente cultivaba (161).

II.7.3. Parte del fundo

II.7.3.1. Sólo una parte del fundo está en arrendamiento

Ante la situación creada cuando existe un arrendamiento de una porción de terreno, que forma parte de una más amplia extensión, ¿podrá ejercitarse el tanteo respecto de la parte del fundo que constituye objeto del contrato de arrendamiento, en el caso de que el propietario enajene el entero fundo?

En España, a tenor de lo dispuesto en el artículo 96 de la Ley de Arrendamientos Rústicos, cuando sólo una parte de la extensión de la finca ha sido cedida en arriendo, el derecho de tanteo se entenderá limitado a la superficie del fundo en arrendamiento. A estos efectos, el documento por el que sea formalizada la transmisión de la finca deberá especificar en su caso la superficie delimitada de la porción dada en arriendo, así como la cantidad que del total del precio señalado para la totalidad de la finca, corresponde a esa porción.

Es criticable la omisión de toda referencia al régimen de unidades mínimas de cultivo. Nada impide y mucho aconseja entender que cuando sólo una parte de la extensión de la finca haya sido cedida en arrendamiento, el ejercicio del derecho de tanteo, limitado a la superficie arrendada, será posible únicamente cuando la porción en cuestión tenga una extensión igual o superior a la unidad mínima de cultivo. Defender otra cosa sería favorecer el fraccionamiento exce-

(160) Por ello se ha escrito que debe excluirse la *prelazione* en la enajenación de cuota del fundo cuando las mismas no coinciden con el objeto del contrato de arrendamiento, CIGARINI, G.P., *La prelazione legale agraria*, op. cit., págs. 17 y 18.

(161) Cass. Sez. III, Civ. 22-1-1991, n.º 591. *Giur. Agr. It.*, 1991, n.º 4, pág. 227. Cass. 23-11-1985, n.º 5829, *Giur. Agr. It.*, 1987, pág. 91. Cass. 28-7-1985, n.º 4493, *Giur. Agr. It.*, 1984, p.532.

sivo de fincas rústicas (162), que vulnera el régimen establecido por la Ley 19/1995, de 4 de julio, de modernización de explotaciones agrarias que establece la nulidad de los actos o negocios jurídicos en cuya virtud se produzca la división o segregación de una finca rústicas cuando de lugar a parcelas de extensión inferior a la unidad mínima de cultivo. Por tanto, si sólo una parte de la extensión de la finca ha sido cedida en arrendamiento, el derecho de tanteo, limitado a la superficie arrendada, únicamente podrá ser ejercitado por el arrendatario o los arrendatarios separadamente, cuando no de lugar a parcelas de extensión inferior a la unidad mínima de cultivo (163).

Nada se dispone al respecto en la legislación italiana. No obstante, ha sido tratado el tema en el ámbito de la Jurisprudencia, considerándose que cuando la superficie de terreno sea superior a la arrendada —el propietario trata de enajenar una superficie de terreno superior a la cedida en arrendamiento—, el derecho de *prelazione* del arrendatario, cultivador directo, no puede referirse a la totalidad del fundo que se pretende enajenar, sino sólo a la superficie del fundo arrendada y cultivada directamente por el arrendatario (164). Además, es preciso que las singulares porciones del fundo —la sujeta a arrendamiento y la que no lo está— sean independientes tanto desde un punto de vista jurídico —están cedidas separadamente a más arrendatarios en base a diferentes contratos agrarios—, como económico —son independientes desde el punto de vista productivo— (165). En definitiva, la *prelazione* no puede ser ejercitada sobre una parte del fundo cuando origine, en virtud de su necesaria división, una pérdida de valor económico, al parcelar la propiedad constituyendo unidades fundiarias insuficientes —desde el punto de vista de la producción— por no contar con la autonomía productiva necesaria (166).

(162) Ejercitado por el arrendatario o los arrendatarios separadamente el tanteo —artículo 93 de la Ley de Arrendamientos Rústicos—, ha de respetarse en todo caso las normas vigentes sobre unidades mínimas de cultivo.

(163) Artículo 24. I de la Ley 19795, de 4 de julio, de modernización de explotaciones agrarias. Son nulos y no producen efecto entre las partes ni con relación a tercero, los actos y los negocios jurídicos, sean o no de origen voluntario, por cuya virtud se produzca la división de una finca dando lugar a parcelas de extensión inferior a la unidad mínima de cultivo. Puede alegarse que según el vigente régimen de unidades mínimas de cultivo, se permite la división o segregación de una finca dando lugar a parcelas de extensión inferior a la unidad mínima de cultivo, si es consecuencia del ejercicio del derecho de acceso a la propiedad establecido en la legislación especial de arrendamientos rústicos. Sin embargo, como he señalado, no es admisible dado que es la propia Ley especial de Arrendamientos Rústicos en su artículo 93 exige respetar las normas vigentes sobre unidades mínimas de cultivo.

(164) Cass. 21-6-1974, n.º 1862, *Riv. Dir. Agr.*, 1975, II, pág. 285.

(165) Cass. 23 gennaio 1984, n.º 551. Cass. Sez. III, civ. 17-7-1991, n.º 7948, *Dir. e Giur. Agr.*, marzo 1992, n.º 3, pág. 152.

(166) Trib. Larino 16-6-1988, *Giur. Agr. It.*, 1990, págs. 497 y ss., entiende que el ejercicio de la *prelazione* sobre una porción limitada del fundo, formando parte de un más

II.7.3.2. La totalidad del fundo está en arrendamiento

Otro supuesto, distinto del examinado, es el originado cuando la totalidad del fundo está cedido en arrendamiento y se enajena *inter vivos* una porción determinada del mismo.

En España, con arreglo al artículo 86 de la Ley de Arrendamientos Rústicos, cuando el dueño de la finca rústica tenga «ajustada» la transmisión de una porción determinada de la misma a un tercero, el arrendatario puede ejercitar el «derecho de tanteo» para adquirirla en iguales condiciones que las previstas con el tercero adquirente. El derecho de tanteo, como tipo legal de derecho de adquisición preferente, otorga al arrendatario el poder de adquirir la propiedad sobre una porción determinada de la finca rústica cuando su dueño proyecta su enajenación, desplazando en su posición al adquirente, asumiendo los derechos y obligaciones propios del mismo (167). La justificación no está única y exclusivamente en el disfrute posesorio continuado del arrendatario (168), sino, como ya he señalado, en que el legislador busca facilitar el acceso a la propiedad de quienes en el cultivo de la finca tienen su principal medio de vida (169).

La Ley italiana de 26 de mayo de 1965 no contempla expresamente el caso de enajenación parcial del fundo, lo que parece excluir la admisibilidad del ejercicio de la *prelazione* para el caso en que se enajene solo una porción de la finca arrendada. Sin embargo, la doctrina (170) y la Jurisprudencia (171) entienden que interpretar restrictivamente la norma en el sentido de que la *prelazione* subsiste sólo en la hipótesis de enajenación total del fundo cultivado la hace ilusoria, ya que serviría para eludir el artículo 8 de la Ley n.º 590, vaciándola de su propia finalidad económica y social. Si no fuese posible ejercitar el derecho de *prelazione* en el caso de que se proyecte una enajenación parcial del fundo, al propietario le resultaría fácil sustraerse a la *prelazione*, dividiendo el fundo y enajenando separadamente las porciones

basto complejo, puede ser efectuado, cuando las singulares porciones sean independientes bajo un perfil jurídico, en cuanto el fundo está cedido a varios arrendamientos en base a diferentes contratos y bajo el perfil económico, dado que se trata de porciones que presentan características productivas distintas.

(167) COCA PAYERAS, M., *Tanteo*, op. cit., pág. 6464.

(168) AGÚNDEZ FERNÁNDEZ, A., *Comentarios a la Ley de Arrendamientos Rústicos*, Comares, segunda edición, Granada, 1994, p. 272.

(169) No se concede este derecho, a quienes sean propietarios de 20 hectáreas de regadío y 200 de secano en territorio nacional. Artículo 97 de la Ley 83/1980, de 31-12-1980, de arrendamientos rústicos.

(170) FAVARA, E., «Parziale alienazione a titolo oneroso del fondo e prelazione del conduttore», *Giur. Agr. It.*, 1969, 1972, pág. 670.

(171) Cass 20 settembre 1971, n.º 2616. *Riv. Dir. Agr.*, 1972, II, pág. 136, *Giur. Agr. It.*, 1972, pág. 670. Tib. Lucca 14 marzo 1972, *Riv. Dir. Agr.*, 1972, II, pág. 319.

resultantes —al mismo o distintos adquirentes— en tiempos diversos (172). Por otra parte, admitirla en caso de enajenación parcial del fundo, además de evitar eludir el derecho de *prelazione*, no es contrario a la finalidad que persigue la Ley con la misma, es decir, hacer llegar a las manos de los cultivadores agrarios la propiedad de la tierra, favoreciendo la creación de explotaciones agrarias estables y eficientes.

En definitiva, tanto para la doctrina (173) como para la Jurisprudencia italiana (174), en caso de enajenación de una parte del fundo cedido en arrendamiento subsiste el derecho de *prelazione*, ya que la finalidad de la Ley se realiza aun cuando la enajenación del fundo sea sólo parcial (175). Después el cultivador puede proceder a la adquisición del resto del fundo en cuestión.

Ahora bien esa afirmación de carácter general debe ser precisada distinguiendo entre dos distintas situaciones. La primera se produce cuando la enajenación de parte del fundo por el propietario está determinada de alguna manera, directamente o indirectamente, por la mera voluntad del arrendatario. En este supuesto el arrendatario no debe recibir la tutela de la Ley, que sí tendría en caso de ejercitarse sobre el entero fundo. En otro caso, cuando deriva de las condiciones legales —pensemos en que parte del fundo haya sido expropiado o destinado a la construcción de edificios, a la industria o turismo— no se debe excluir que el arrendatario pueda ejercitar también parcialmente la *prelazione* respecto de la parte restante destinada a la agricultura (176).

Sin embargo, a diferencia del necesario respeto al régimen jurídico de las unidades mínimas de cultivo exigido por la legislación española, en Italia no se tiene en cuenta la entidad de la porción cultivada, dado que no se exige que la extensión del fundo tenga una objetiva autonomía y viabilidad como explotación agraria (177).

(172) La Corte Suprema ha admitido que el derecho de *prelazione* —art 8 de la Ley 590 de 1965— pueda ser ejercitado también en el caso de que la enajenación esté limitada a una parte del fundo, Cass. 20 de settembre 1971, n.º 2616, *Giur. Agr. It.*, 1972, pág. 670.

(173) FAVARA, E., «Sulla portata dell'art. 8 legge 26 maggio 1965 n.º 590 sullo sviluppo della proprietà coltivatrice», *Giur. Agr. It.*, 1969, pág. 110.

(174) La *prelazione* sobre una parte del fundo —vg. en el caso de que el resto del fundo haya sido objeto de expropiación forzosa, o se destine a la edificación, industria o turismo— es posible, ya que lejos de obedecer a la mera voluntad del arrendatario, concurren todas las condiciones legales, a saber, sólo esa parte se destina a la agricultura y está en arrendamiento. Cass. Sez. III. Civ. 2-8-1993, en *Diritto e Giuris. Agr. e del Ambiente*, n.º 3 marzo 1994, págs. 154 y ss. También Cass. 20-9-1971, n.º 2616, *Giur. Agr. It.*, 1972, pág. 670.

(175) Cass. 20-9-1971. n.º 2616. *Riv. Dir. Agr.*, 1972. I. pág. 136.

(176) Cass. Sez. III. Civ. 2-8-1993 *Dir. e Giur. Agr. e dell' Ambiente*, n.º 3 -3-1994, págs. 154 y ss.

(177) Cass 22-7-1976, n.º 2923

II.7.4. *Un único fundo con concurrencia de pluralidad de arrendatarios*

Pueden ser varios los arrendatarios de una misma finca, bien porque sean varios los contratos de arrendamiento existentes sobre las distintas parcelas de la finca, bien porque existe un único contrato de arrendamiento rústico del fundo y la parte arrendataria está integrada por diversos cultivadores arrendatarios. En el primer caso existen tantos contratos de arrendamiento rústico como arrendatarios. En el segundo supuesto sólo existe un contrato de arrendamiento rústico, con varios arrendatarios.

En España, el artículo 93 de la Ley de Arrendamientos Rústicos se limita a señalar que cuando sean varios los arrendatarios de una misma finca habrá que cumplir con cada uno de ellos el requisito de notificarles de forma fehaciente. Añade que el derecho de tanteo, podrá ser ejercitado por los arrendatarios separadamente, si bien, referido a la porción o porciones de fincas ocupadas, respetando las normas vigentes sobre unidades mínimas de cultivo.

El precepto parece contemplar únicamente el supuesto en que la existencia de varios arrendatarios se deba a la existencia de tantos contratos de arrendamientos sobre partes del fundo como arrendatarios, obviando el supuesto en que únicamente exista un contrato de arrendamiento, cuya parte arrendataria esté integrada por diversos cultivadores. La razón de que el legislador no haya prestado atención a este aspecto puede explicarse si tenemos en cuenta que al ser varios los arrendatarios en base a un mismo contrato, el ejercicio de los derechos de adquisición preferente debe ejercitarse de modo conjunto y por la totalidad del fundo enajenado, quedando excluida la posibilidad de un ejercicio por separado y por partes determinadas del fundo. Si no es individual la titularidad de la posesión en virtud del arrendamiento rústico, no será individual tampoco el ejercicio del derecho de acceso a la propiedad.

El artículo 93 aporta una solución adecuada al caso de que cada arrendatario, que lo es en base a un contrato diferente de arrendamiento para cada diferente porción de la finca, cultive su porción individual del fundo sin que entre ésta y el resto de la finca exista una unidad de explotación. Sin embargo, no parece tan adecuado lo establecido en el precepto para cuando la pluralidad de arrendatarios que cultivan por entero la finca llevan a cabo unitariamente la explotación de la misma. En ese caso, el ejercicio por separado del correspondiente derecho de preferente adquisición referido a la porción de finca ocupada por cada arrendatario, aun respetando el régimen vigente de las unidades mínimas de cultivo, debe admitirse, aunque signifique el fin de la unitaria explotación del fundo.

En el párrafo segundo del artículo 93 se contempla el supuesto de que uno o varios arrendatarios renuncian al derecho de tanteo, en cuyo caso la Junta Arbitral establecerá la preferencia de los restantes sobre las porciones renun-

ciadas en función de la viabilidad de las explotaciones resultantes. Por tanto, si alguno de los arrendatarios renuncia al derecho de acceso a la propiedad, éste acrecerá a otro arrendatario según determine el orden de preferencia que establece la Junta Arbitral en función de la viabilidad de las explotaciones resultantes. De no manifestarlo expresamente, se presumirá que un arrendatario renuncia al derecho de tanteo cuando no ejercite su derecho en el plazo de sesenta días, artículo 88 de la Ley de Arrendamientos Rústicos. El arrendatario renunciante continuara en su arrendamiento con los mismo derechos y obligaciones que antes tenía.

En Italia el inciso 9 del artículo 8 de la Ley 590 prevé que en el caso de enajenación de un fundo cultivado por una pluralidad de arrendatarios, el ejercicio de la *prelazione* necesariamente ha de ejercitarse de manera conjunta y sobre el entero fundo.

Cuando el precepto alude a una pluralidad de arrendatarios, parece referirse a la existencia de un único contrato de arrendamiento rústico del fundo en el que la parte arrendataria está integrada por diversos cultivadores. Esto es, el legislador contempla el supuesto en el que un fundo único está cedido en arrendamiento conjuntamente a varios arrendatarios, cultivadores directos, a los cuales les corresponde la *prelazione* sólo si se ejercita conjuntamente, con el fin de evitar el fraccionamiento de la propiedad fundiaria y el daño al propietario que de lo contrario estaría obligado a vender fraccionariamente y por separado partes del fundo, con la clara disminución del valor de mercado de la parte respecto del todo (178).

Así, siendo único el objeto de derecho individualizado en el contrato de arrendamiento, uno es el fundo a fin de la *prelazione* y conjunto ha de ser el ejercicio de la misma (179). En realidad, en este caso de cotitularidad del mismo arrendamiento, la necesidad del ejercicio conjunto, más que en la exigencia del propio precepto, se fundamenta en la propia cotitularidad de los arrendatarios en el propio contrato de arrendamiento rústico, lo que entraña una cotitularidad de los derechos de adquisición preferente, y ello aunque renuncie alguno de los arrendatarios (180). Por tanto, la unidad del fundo, a que está vinculado el ejercicio conjunto de la *prelazione* por los arrendatarios se deduce de la voluntad de las partes, que ha sido la de que no existan diversas porciones que impidan el vínculo funcional que se manifiesta en el hecho de que el propietario enajene el inmueble como una unidad idónea para la constitución de una única explotación agraria.

(178) Cass. 10-2-1972, n.º 361, *Giur. Agr. It.*, 1973, pág. 224.

(179) Cass. 12-1-1978, n.º 143, *Foro It.*, 1978, I, c, 1968; Cass. 19-12-1978, n.º 6097, *Giur. It.*, 1979, I, 1, c, 1288.

(180) GIORGIO CASAROTTO, G., *La prelazione Agraria*, Cedan, Padova, 1980, págs. 144 y 146.

La Jurisprudencia hace extensiva la aplicación de ese inciso 9 del artículo 8 a aquella situación en la que existiendo varios contratos de arrendamiento sobre un mismo fundo, se da una unitaria explotación de fundo por todos los cultivadores arrendatarios. El hecho de que un fundo esté cedido en arrendamiento con contratos separados a una pluralidad de arrendatarios, de por sí no afecta a la unidad del fundo. Ha de averiguarse la voluntad de las partes en el sentido de que exista o no un vínculo funcional que ligue las diversas porciones y si en base a tal vínculo el propietario ha convenido transmitir el fundo como unidad propia para constituir una única explotación agraria, estaríamos ante una causa suficiente para que no resulte posible el ejercicio de la *prelazione* para cada porción de la finca y por separado por cada arrendatario (181). Dos son las razones que lo justifican. La primera se basa en que los distintos contratos de arrendamiento están ligados entre sí dando lugar a una unitaria explotación integrada y armónica de la finca (182). La segunda razón se encuentra en la tutela al propietario frente a la disminución de valor que sufriría el total del fundo si necesariamente hubiese de enajenar la propiedad de manera fragmentada (183).

El inciso 9 del artículo 8, seguidamente establece que si alguno de los arrendatarios cotitulares del derecho de adquisición preferente, renuncia a la *prelazione*, ésta podrá ser ejercitada conjuntamente por el resto de los arrendatarios, si bien necesariamente sobre el entero fundo.

Se renuncia por parte de algún arrendatario, si dentro de los quince días desde la notificación —inciso 4.º de este mismo artículo— no se comunica al resto de los arrendatarios su intención de valerse de la *prelazione*. Se admite la renuncia expresa o tácita, pudiendo ejercitarse aquélla por el resto de arrendatarios con tal de que la superficie del fundo no exceda del triple de la global capacidad laboral de sus familias (184).

Por tanto, en caso de cotitularidad del derecho de *prelazione*, si alguno de los cotitulares renuncia, se concentra el poder para su ejercicio en los otros titulares al objeto ejercitarla sobre todo el fundo (185). La justificación se encuentra en que el hecho de que la individualización del objeto de la *prelazione* permanece invariable al ejercitarse sólo por algunos de los arrendatarios.

(181) Cass. 28-7-1975, n.º 2917, *Giur Agr. It.*, 1977, pág. 350, y casc. 30-11-1977, n.º 5220, *Giur Agr. It.*, 1978, I, C, 228.

(182) Cass. n.º 1862, 1974.

(183) Cass. 10-2-1972, n.º 361, *Foro It.*, 1972, I, c, 2054.

(184) En el apartado 9 *in fine* del artículo 8 della Legge 26 maggio 1965, n.º 590. «Si considera rinunciatario l'avente titolo che entro quindici giorni della notificazione di cui al quarto comma non abbia comunicato agli altri aventi diritto la sua intenzione di avvalersi della prelazione».

(185) Corte, cass. n.º 1998/81, 4242/82, 3616/83 y 3120/88. Cass. sez. Civ., 18-5-1995, n.º 5457, *Dir. e Giur. Agr. e dell'Ambiente*, n.º 3, marzo 1996, págs. 170 y ss.

tarios, produciéndose una expansión sobre la cuota de los otros arrendatarios renunciantes (186). Ahora bien, una vez ejercida conjuntamente la *prelazione* por los arrendatarios, el sucesivo contrato de venta por el que uno de ellos vende a otro arrendatario la propia cuota de propiedad no se considera nulo por fraude de ley, ya que con dicha venta se consigue la finalidad de promoción de la propiedad cultivada que se persigue con un resultado análogo al de la hipótesis de renuncia a la *prelazione* de alguno de los colonos cotitulares de ese derecho (187).

En cambio, no es posible la aplicación extensiva de ese inciso 9.º del artículo 8 a aquella situación en la que existiendo varios contratos de arrendamiento sobre un mismo fundo, no se da una unitaria explotación de fundo por todos los cultivadores arrendatarios. En este caso no es de aplicación el inciso 9 del artículo 8 de la Ley italiana de 1965 (188), sino el inciso 3.º del artículo 7 de la Ley n.º 817, de 14 de agosto de 1971, de manera que cada arrendatario cultivador puede ejercitar individualmente su derecho de adquisición preferente sobre la porción de la finca que cultiva en base a su contrato de arrendamiento, aunque si lo estiman oportuno, pueden ejercitar la *prelazione* conjuntamente (189).

(186) Cass. 20-12-1974, n.º 4382, *Giur. It.*, 1975, I, I, C, 867.

(187) Cass. Sez. III. Civ. 4-1-1991, n.º 31, *Giur. Agr. It.*, 1991, p. 159. Cass. 14-4-1983, n.º 3329, *Giur. Agr. It.*, 1984, p. 315. Cass. 21-6-1979, n.º 3446, *Giur. Agr. It.*, 1980, p. 504.

(188) En contra GENEROSO, «Sul diritto di prelazione in caso di alienazione di fondo coltivato da pluralità di affittuari, mezzodri e coloni (la soluzione della legge italiana 26 maggio 1965, e quella del codice agrario francese)», *Riv. Dir. Agr.*, 1968, II, pág. 206, por considerar que el inciso 9 del artículo 8 se refiere tanto al caso del fundo cultivado en toda su extensión conjuntamente por más de un arrendatario en base a un único contrato de arrendamiento, cuanto al caso del fundo cultivado por una pluralidad de arrendatarios de parcelas diferentes de la finca en base a separados y distintos contratos de arrendamiento. En ambas hipótesis, el propietario debe notificar la propuesta de enajenación por un único precio a todos los arrendatarios, quienes conjuntamente, salvo los que renuncien, tienen la facultad de aceptarla. A favor, GERMANO, A., «La prelazione agraria: problemi sostanziali e processuali», *Giur. Agr. It.*, julio-agosto, 1973, pág. 403, al considerar que la base fundamenteal del derecho de *prelazione* se encuentra en el ejercicio personal del cultivo del fundo que se enajena.

(189) En contra FAVARA, «Sulla legittimazione attiva e pasiva alla domanda di riscatto di cui all'art. 8 della legge 26 de maggio 1965, n.º 590, per lo sviluppo della proprietà coltivatrice», *Giur. Agr. It.*, 1969, pág. 46, y GERI, *Violazione del diritto di prelazione e riscatto da parte del coltivatore*, en *Giur. Agr. It.*, 1973, pág. 178. Para MORSILLO, «Un secondo precedente in tema di inadempimento all'obbligo legale di prelazione a favore del mezzadro in base all'art. 8 della legge n.º 590 del 1965», en *Giur. Agr. It.*, 1968, pág. 435, observa que nel caso di un fundo coltivato da una pluralità di affittuari, mezzadri o coloni «l'esercizio congiunto del diritto di prelazione è richiesto dalla natura solidale della posizione giuridica dei soggetti nel contratto». Cass. Sez. Civ. 18-5-1995, n.º 5457, *Diritto e Giur. Agr. e dell'Ambiente*, n.º 3, marzo 1996, págs. 170 y ss. El derecho de *prelazione* —y en su caso, el de rescate— tienen por objeto el fundo que se pretende

El inciso 3.º del artículo 7 de la Ley n.º 817 establece que en caso de venta de varios fundos, cada arrendatario puede ejercitar singularmente el derecho de *prelazione* respecto del fundo cultivado o conjuntamente sobre el entero complejo fundiario. Se contempla, tanto la venta unitaria de una pluralidad de fundos objeto cada uno de un autónomo contrato de arrendamiento, así como, la venta de un fundo cultivado por una pluralidad de cultivadores por estar dividido en lotes objeto cada uno de un contrato independiente de arrendamiento. En ambos casos, el propietario tiene la obligación de comunicar a los diferentes arrendatarios el precio de cada singular fundo o porción del fundo, para que así el arrendatario pueda ejercitar la *prelazione* respecto del fundo o parcelas del fundo que se enajenan. Si la propuesta que comunica el propietario a cada arrendatario es la del entero fundo, resulta ineficaz en el caso de que el fundo se encuentra arrendado en parcelas de manera independiente. En ese caso, el arrendatario no tiene obligación de notificar en el plazo de tres meses —artículo 8, inciso 6.º, de la Ley n.º 590—, ya que se encuentra ante una imposibilidad jurídica de ejercicio de la *prelazione* (190). La propuesta de enajenación debe comunicarse separadamente a cada uno de los interesados (191), puesto que sólo a través de la comunicación a cada uno de los arrendatarios y transcurrido el plazo de quince días artículo 8, inciso 9.º, de la Ley n.º 590— se considera su renuncia por no comunicar a los restantes arrendatarios que quería valerse de la *prelazione*.

En el caso de venta de una finca, cuyas porciones se encuentran cedidas en arrendamiento a distintos arrendatarios cultivadores, cabe ejercitar la *prelazione* particularmente por cada arrendatario respecto de su superficie arrendada y cultivada directamente, aunque el resto de los arrendatarios no la ejerciten o hayan renunciado a la misma (192). Bien es cierto que en aplicación del propio inciso 3.º del artículo 7 de la Ley n.º 817 cabe el ejercicio conjunto de la *prelazione* con el resto de los arrendatarios sobre el completo fundo. La admisión de esta opción se basa en la defensa de los intereses generales de la agricultura en aras de conservar la unidad del fundo. Por la misma razón, debe entenderse aplicable al supuesto de acrecimiento previsto en el artículo 8, inciso 9.º, de la Ley n.º 590, en base al cual en el caso de

enajenar, en su integridad, siendo indivisible el derecho —y la acción correspondiente— con la finalidad de la concreta atribución del bien material.

(190) Cass n.º 5317, de 29 de octubre de 1985, *Giur. Agr. It.*, 1986, pág. 612, y *Giur. Civ.*, 1986, pág. 787, con nota de TRIOLA, *Prelazione e riscatto nel caso de vendita congiunta dei piu appezzamenti*. También Cass. n.º 7337 de 1991 y Cass. n.º 7948 del 1991.

(191) SPALLANZANI, «La prelazione nella vendita dei fondi rústico», *Riv. Dir. Not.*, 1966, I, pág. 379.

(192) Cass. Sez. III, Civil 4-7-1991, n.º 7337, *Dir. e Giur. Agr.*, n.º 6, giugno 1992, pág. 379.

que alguno de los arrendatarios renuncie, la *prelazione* puede ser ejercitada por el resto a varios contratos de arrendamientos independientes, lo que impide que se dé una unitaria explotación del mismo por todos los cultivadores, o bien a la venta de una pluralidad de fundos entre ellos autónomos, siendo cada uno objeto de un contrato de arrendamiento diferente. Por ello, la interpretación Jurisprudencial del inciso 9.º del artículo 8 de la Ley n.º 590 impone el ejercicio conjunto de manera necesaria en aquellas hipótesis de venta de fundos concedidos a varios cultivadores con contratos de arrendamiento autónomos, pero estrechamente vinculados desde el punto de vista de la explotación agraria (193). La explicación puede encontrarse en que el ejercicio de la *prelazione* por cada uno de los arrendatarios separadamente y referida a la porción del fundo ocupada, puede generar parcelas de extensión insuficiente, incapaces de producir un rendimiento satisfactorio. Sin embargo, por eso sorprende que en la Ley italiana de 26 de mayo 1965 no exista, en relación al ejercicio de la *prelazione*, referencia alguna a la extensión del fundo (194), dejando al margen que por definición un fundo es una extensión de terreno, que aunque sea pequeña tiene una propia actividad productiva. Solamente se subordina la *prelazione* a la extensión mínima del fundo en caso de solicitar un préstamo estatal (195).

Contrariamente este aspecto de la extensión no es indiferente en la Ley de Arrendamientos Rústicos española que establece en el artículo 93 *in fine* que en el correspondiente ejercicio del tanteo, ejercitado por los arrendatarios referidos a la porción o porciones de fincas ocupadas, ha de respetarse las normas vigentes sobre unidades mínimas de cultivo.

El régimen de unidades mínimas de cultivo está recogido en el artículo 23 y siguientes de la Ley 19/95, de 4 de julio, de modernización de las explotaciones agrarias. Concretamente el artículo 24 establece en su apartado primero 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». Y añade en su párrafo segundo: «Serán nulos y no producirán efec-

(193) Contrariamente para alguna doctrina el ejercicio conjunto, en su caso, debe ser siempre sobre el entero conjunto de fundos cedidos en arrendamiento, así GIORGIO CASAROTTO, G., *La prelazione agraria*, op. cit., pág. 144, critica esta interpretación jurisprudencial por considerar que el inciso 9.º del artículo 8 de la Ley n.º 590 ha sido derogado por el inciso 3.º del artículo 7 de la Ley n.º 817, en lo que respecta a la individualización del derecho de *prelazione*, continuando en vigor el resto del inciso 9.º, del artículo 8 conciliable con las previsiones del inciso 3.º del artículo 7 de la Ley n.º 817, de lo que resulta que el ejercicio conjunto en su caso debe ser siempre sobre el entero conjunto de fundos cedidos en arrendamiento.

(194) No hace referencia alguna a la unidad mínima de cultivo, si bien véase artículos 846 y 848 del Código Civil italiano.

(195) El artículo 1 de la Ley n.º 590 de 1965 exige idoneidad de la extensión de los fundos para realizar empresas eficientes bajo el perfil técnico y económico.

tos 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».

Este régimen jurídico es aplicable cuando siendo varios los arrendatarios de una misma finca, ocupan, en virtud de sus respectivos contratos, una porción o porciones de la misma. En consecuencia, cabe afirmar que únicamente aquellos arrendatarios de una porción de extensión no inferior a la unidad mínima de cultivo pueden ejercitar el derecho de tanteo, retracto o adquisición preferente. Admitir lo contrario daría lugar a parcelas de extensión inferior a la unidad mínima de cultivo, lo que es nulo de pleno derecho.

Sin embargo, hay que distinguir al menos dos supuestos. El primero viene dado por aquella situación en que todas las porciones que ocupan los arrendatarios de una misma finca son de extensión igual o superior a la de la unidad mínima de cultivo. Ejercitados por separado los correspondientes derechos de tanteo —artículo 93.1 de la Ley de Arrendamientos Rústicos— la división o segregación de la finca rústica será válida, puesto que no surgen parcelas de extensión inferior a la unidad mínima de cultivo.

En el segundo supuesto, esto es, si entre las porciones ocupadas por los arrendatarios al menos una de ellas tiene una extensión inferior a la unidad mínima de cultivo, no es posible la división o segregación de la finca, puesto que resultaría al menos una parcela —la restante después de haberse ejercitado los derechos de tanteo correspondiente— de extensión inferior a la unidad mínima de cultivo. Como consecuencia, el artículo 93.2 exige que se respete el régimen jurídico de unidades mínimas de cultivo. En caso contrario, todos los arrendatarios quedarán privados de ejercer separadamente el derecho de tanteo, referido a la porción o porciones de finca ocupadas, dado que con motivo de la segregación de la finca quedaría, al menos una parcela —la sobrante de la finca matriz— con una extensión inferior a la unidad mínima de cultivo, lo que conduciría, a tenor de lo dispuesto en el artículo 24.1 de la Ley 19/95, a la invalidez de la división o segregación de la finca rústica.

Ahora bien, he distinguido entre arrendatarios, en función de la extensión de la porción de la finca que ocupan a la hora de ejercer separadamente el derecho de tanteo, y sabido es que no cabe distinguir donde la ley no lo hace. Precisamente, para no hacer de mejor condición a unos arrendatarios frente a otros, ha de acudirse a una de las excepciones al régimen de unidad es mínimas de cultivo, concretamente a la establecida en la letra c) del artículo 25 de la Ley 19/95, de 4 de julio, de modernización de explotaciones agrarias, que permite la división o segregación de una finca rústica aun cuando dé lugar a parcelas de extensión inferior a la unidad mínima de cultivo «si es consecuencia del ejercicio del derecho de acceso a la propiedad establecido en la legislación especial de arrendamientos rústicos». Esa excepción permite

afirmar que cuando sean varios los arrendatarios de una misma finca, todos ellos, aunque para mí resulte criticable, pueden ejercitar separadamente el derecho de tanteo, referidos a la porción o porciones de fincas ocupadas, aunque fruto de su ejercicio resulte dividida o segregada la finca rústica en parcelas de extensión inferior a la unidad mínima.

Por último me refiero a otra distinta situación en la que un fundo está sujeto a aprovechamientos diversos concedidos a diversos arrendatarios.

En España, el artículo 3 de la Ley de Arrendamientos Rústicos se contempla la posibilidad de que una finca pueda ser susceptible de diversos arrendamientos simultáneos cuando cada uno tenga como objeto distintos aprovechamientos compatibles y principales. En el artículo 95 del mismo texto legal se establece que: «cuando se trate de fincas de aprovechamientos diversos concedidas a diferentes arrendatarios el tanteo y retracto o el derecho de preferente adquisición corresponderá ejercitarlo solamente al que lo sea del aprovechamiento principal».

La explicación del precepto está en una doble razón. Primero en considerar que será el arrendatario titular del aprovechamiento principal quien mejor garantice la continuidad en el cultivo y la consolidación en la explotación agraria de propiedad y posesión. Y en segundo lugar, porque los aprovechamientos secundarios señalados en el artículo 6, apartado 7.º, de la Ley de Arrendamientos Rústicos están excluidos del ámbito de su aplicación.

Así pues, ante la existencia de varios arrendamientos sobre la misma finca, si bien cada uno con diferente aprovechamiento, en caso de enajenación *inter vivos* de ese fundo, de su nuda propiedad, de porción determinada o de una participación indivisa del mismo corresponderá ejercitar el tanteo solamente al que lo sea de aprovechamiento principal. Se pretende que sólo uno de los arrendatarios de aprovechamientos diversos de la finca pueda acceder a la propiedad, pues nada más lejos de la intención del legislador que la de generar situaciones de comunidad de bienes.

En una finca de aprovechamientos diversos y compatibles, uno de los aprovechamientos se considerara principal, siendo el resto accesorios. Cómo determinar qué aprovechamientos son los accesorios y cuál es el principal. Los aprovechamientos, sobre el mismo terreno físico de la finca, realizados por diversos arrendatarios son posibles en la medida, primero, que no se produzcan entorpecimientos, consecuencia de ejercitarse idénticos derechos posesorios sobre la finca rústica; y segundo, que tampoco se generen discrepancias en las labores y cultivos con motivo de intereses contradictorios. Si ello es así, la nota diferenciadora entre los aprovechamientos principales y secundarios no viene marcada por su valor económico, sino por los criterios de la propia Ley de Arrendamientos Rústicos —artículos 3.2 y 6.7— que determina la relación de dependencia entre los diversos aprovechamientos. Dispone el primero de los preceptos citados que: «Salvo pacto expreso, en el arrendamiento de una finca

para su aprovechamiento agrícola o ganadero no se consideraran incluidos los aprovechamientos de otra naturaleza, como caza o los aprovechamientos forestales». Por tanto, en el arrendamiento de una finca para su aprovechamiento agrícola o ganadero y aun pactándose expresamente que en el mismo se incluyan otros aprovechamientos de distinta naturaleza (196), el agrícola o el ganadero no dejan de ser el aprovechamiento principal. Por otra parte, los aprovechamientos señalados en el apartado séptimo del artículo 6 de Ley de Arrendamientos Rústicos han de considerarse aprovechamientos secundarios del agrícola, pecuario o forestal (197). Así, la caza, por ejemplo, como producto animal espontáneo de la tierra de disfrute y entretenimiento deportivo, aun cuando en una finca rústica rinda más beneficios económicos, no excluirá como aprovechamiento principal al agrícola, pecuario o forestal, señalados en el artículo 1 del mismo texto legal como principales en los arrendamientos rústicos. En todo caso, los aprovechamientos secundarios no perjudicarán el rendimiento agrícola o pecuario en cuanto a la cuantía o calidad de la producción, dado que en caso contrario no serían admisibles.

Esta situación no parece admisible en Italia, ya que expresamente la legislación italiana la excluye en el artículo 19 de la Ley italiana de 11 de febrero de 1971, n.º 11, cuando dispone en su inciso primero que «Le clausole contrattuali che prevedono la concessione separata delle colture del suolo da quelle del soprassuolo o che prevedono sullo stesso fondo forme contrattuali diverse e per diverse coltivazioni, sono nulle di pieno diritto».

II.7.6. *Varios fundos en bloque transmitidos por un precio único*

La enajenación en bloque de varios fundos, responde, habitualmente, al mayor valor que alcanza la propiedad considerada unitariamente y el menor provecho que se alcanza transmitiendo los fundos separadamente.

En España, ante una enajenación conjunta de varias fincas rústicas y por un único precio, si al menos una de ellas está sujeta a arrendamiento, el

(196) Sirva de ejemplo un enjambre de abejas, estanques de cría de peces, cría de gusanos de seda ..

(197) El artículo 6 de la Ley de Arrendamientos Rústicos establece que: «Quedan exceptuados de los preceptos del presente texto legal:

7.º Los que tengan cualquiera de estos objetos.

a) Aprovechamientos de rastrojeras, pastos secundarios, praderas roturadas, platane-ras, montaneras y, en general, aprovechamientos secundarios distintos siempre de los principales y compatibles con éstos.

b) Aprovechamientos encaminados a semillar o mejorar berbechos.

c) La caza.

d) Explotaciones ganaderas de tipo industrial, o locales o terrenos dedicados exclusivamente a la estabulación del ganado.»

transmitente, en base a lo dispuesto en el artículo 87 de la Ley de Arrendamientos Rústicos, notificará al arrendatario, de forma fehaciente su propósito de enajenar, indicándole las condiciones de la enajenación, la cantidad que del importe del precio corresponde a la finca que sirve de base al ejercicio del tanteo, así como el nombre y circunstancias del adquirente o adquirentes. En defecto de esta notificación del propietario, no cabe obligar al arrendatario, a que consigne, al ejercitar el retracto, el precio global de todas las enajenadas, puesto que es injusto que tenga que consignar el precio de aquello que no vaya a adquirir (198). Si el tanteo sólo alcanza a una de ellas, habrá que determinar pericialmente el precio de la finca rústica afectada por la preferente adquisición. La determinación del precio a reembolsar no se lleva a cabo por referencia al valor del mercado, sino por distribución del precio pactado entre las distintas fincas según sus características específicas y su valor relativo (199).

En Italia, el inciso 9 del artículo 8.º de la Ley n.º 590 de 1965 no es de aplicación al caso de enajenación en bloque de varios predios, dado que conduciría a la adquisición conjunta de la propiedad de fundos cultivados separadamente, cuando el objeto de la *prelazione* es exclusivamente el fundo cultivado por cada arrendatario. El supuesto de la venta unitaria de una pluralidad de fundos, alguno de los cuales, es objeto de un autónomo contrato de arrendamiento, está contemplado en el inciso 3.º del artículo 7 de la Ley n.º 817, en cuyo texto se establece que en caso de venta de varios fundos, cada arrendatario puede ejercitar singularmente o conjuntamente el derecho de *prelazione* respectivamente del fundo o del entero complejo de fundos arrendados.

Mientras el inciso 9 del artículo 8 de la Ley n.º 590 regula el supuesto de enajenación de un único fundo con pluralidad de cultivadores, el artículo 7 de la Ley n.º 817 regula el caso de venta conjunta de varios fundos, sean o no contiguos, concediendo una doble opción. La primera consiste en que cada uno de los arrendatarios, cultivadores directos, puede ejercitar la *prelazione* respecto del fundo que tiene en arrendamiento, respondiendo el precio en proporción a la cantidad pedida por el vendedor. La segunda consiste en el ejercicio de la *prelazione* conjuntamente. Por tanto, permite, en lo términos que la propia Ley n.º 590 establece, ejercitar de forma individual o conjuntamente el derecho de *prelazione* para el fundo o fundos arrendados. La elección de una u otra opción no queda condicionada en el precepto al hecho de que los fundos estén o no integrados en una misma unidad de explotación,

(198) STS de 17 de julio de 1991, *Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi*, 1991, pág. 1954.

(199) STS de 16 de junio de 1956, *Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi*, 1956, pág. 2494.

así como tampoco al hecho de que sean colindantes entre sí. El ejercicio conjunto de la *prelazione* constituye una facultad de los arrendatarios (200), de realizar voluntariamente y conjuntamente la *prelazione*.

En la primera opción que plantea el precepto cada arrendatario ejercita individualmente la *prelazione* respecto del fundo que cultiva en arrendamiento. La segunda alternativa, como opción voluntaria, consiste en ejercitar la *prelazione* conjuntamente con el resto de los arrendatarios. Para ello se precisa la unánime voluntad de los arrendatarios afectados. El legislador con esta última opción pretende la fusión de varios fundos en uno solo, haciendo así más rentable su cultivo.

Si la finca, en base a la cual el arrendatario tiene el derecho de *prelazione*, es puesta en venta conjuntamente con otros fundos y por un precio único (201), el propietario debe notificar la propuesta de enajenación de cada fundo en particular, a los arrendatarios que tengan título para ejercitar la *prelazione* (202). El propietario tiene la obligación impuesta por ley —artículo 8, inciso 4.º de la Ley de 26 de mayo de 1965, n.º 590— de individualizar qué parte del precio global corresponde al fundo arrendado, ya que no puede recaer sobre el arrendatario cultivador la carga de individualizar que parte del precio global corresponde al fundo en base al cual nace el derecho de *prelazione*. La notificación del precio conjunto no satisface, al igual que ocurre en España, las exigencias legales, ya que el cultivador no está en condiciones de saber el precio que debe pagar para la adquisición del fundo. Por tanto, si como consecuencia de esa omisión, el arrendatario no procede al pago del precio en el plazo fijado desde la notificación de los tratos preliminares —inciso 6º del artículo 8 de la Ley de 26 de mayo de 1965, n.º 590—, no decae en su derecho de *prelazione*, ya que, no puede recaer sobre el arrendatario la carga de individualizar que parte del precio

(200) En contra RECCHI, P., «Osservazioni sugli art. 7.8, e 16,5º comma, L.14 agosto 1971, n.º 817, relativi alla prelazione dei conduttori dei fondi rustici altrui o proprietari confianti», *Riv. Giur. Lav.*, 1973, págs. 61 y ss., por entender que el reconocimiento que el artículo 7, inciso 3º, del derecho a los varios cultivadores a ejercitar conjuntamente, y que comporta la solidaria responsabilidad en el pago por entero del precio, y de adquisición conjunta, no puede ser otra que la utilidad que no se produce de no ser las singulares porciones colindantes entre sí, formando un todo único.

(201) En el artículo 7, inciso 3.º, de la Ley italiana de 14 de agosto de 1971, n.º 817, se dispone claramente que: «Nel caso di vendita di più fondi ogni affittuario, mezzadro o colono può esercitare singolarmente o congiuntamente il diritto di prelazione rispettivamente del fondo coltivato o dell'intero complesso di fondi». BONORA, «Diritto di prelazione: pluralità di coltivatori e pluralità di fondi», *Giur. Agr. It.*, 1973, pág. 205; ЖЕПН, «Le modifiche apportate alla disciplina della prelazione legale», *Riv. Dir. Agr.*, 1972, I, pág. 1016.

(202) FAVARA, «Sulla legittimazione attiva e passiva alla domanda di riscatto di cui all'art. 8 della legge 26 maggio 1965, n.º 590, per lo sviluppo della proprietà coltivatrice», *Giur. Agr. It.*, 1969, pág. 46.

total corresponde al fundo en base al cual ejercita la *prelazione*, carga que la Ley hace recaer sobre el propietario (203).

II.8. SUJETOS DEL TANTEO

II.8.1. *Sujeto activo*

II.8.1.1. Requisitos subjetivos del arrendatario

La tendencia de convertir al arrendatario sobre finca ajena en propietario de la misma, en el caso de que su dueño decida desprenderse de ella, transmitiéndola a un extraño, es recogida por el legislador español en los artículos 84 y siguientes de la Ley de Arrendamientos Rústicos de 1980, que facilitan el acceso a la propiedad del fundo, concediendo *ex lege* al arrendatario rústico una preferencia dominical a través del derecho de tanteo y retracto.

El derecho de tanteo se reconoce a favor del arrendatario (204), quedando excluidos el subarrendatario (205), el usufructuario y el precarista.

El artículo 93.2 *in fine* exige al arrendatario como requisito de capacidad subjetiva para ejecutar el derecho de tanteo, ser profesional de la agricultura (206), lo que no deja de ser una repetición inútil, ya que por exigencia del artículo 14 de la propia Ley de Arrendamientos Rústicos sólo puede ser arrendatario el profesional de la agricultura. No podrán ser arrendatarios las personas y sociedades extranjeras. Se exceptúan, no obstante, en primer lugar las personas y sociedades nacionales de los Estados miembros de la Comunidad Económica Europea y en segundo lugar las personas y sociedades nacionales de los demás Estados que apliquen a los españoles el principio de reciprocidad en esta materia.

(203) Ante la falta de especificación del precio, se excluye que el arrendatario decaiga en su derecho de *prelazione*, puesto que de los términos de la notificación no se deriva la carga para el arrendatario de individualizar la parte del total del precio atribuible al fundo en orden al cual es titular del derecho. Por el contrario, la obligación de indicar ese precio corresponde al propietario. En este sentido Cass. 9 agosto 1991 n.º 8669, *Dir. e Giur. Agr. e dell' Ambiente*, n.º 3 marzo 1996, págs. 166 y ss., y Cass. Sez. III. civ. 3-8-1995, n.º 8488 y Cass. Sez. 111. Civ. 9-8-1991, n.º 8669, *Dir. e Giur. Agr.*, n.º 6 de 1992, pág. 353.

(204) Véase artículo, 84 y 86 de la Ley 83/1980, de 31 de diciembre de arrendamientos rústicos. También estará legitimado activamente el aparcerero, véase artículo 118 del mismo texto legal.

(205) Véase artículo 71 de la Ley 83/1980, de 31 de diciembre, de Arrendamientos Rústicos.

(206) En caso de contratos existentes con un no profesional de la agricultura, se estará a lo dispuesto en el artículo 19 de la Ley 83/1980, de 31 de diciembre, de Arrendamientos Rústicos.

Por su parte, el artículo 15 de la Ley de Arrendamientos Rústicos establece que se entiende por profesional de la agricultura. En primer lugar, es profesional de la agricultura la persona mayor de edad o emancipada que se dedique o vaya a dedicarse a actividades de carácter agrario y se ocupe de manera efectiva y directa de la explotación, como agricultor profesional, de acuerdo con lo establecido en el apartado 5 del artículo 2 de la Ley 19/95, de modernización de las explotaciones agrarias. Es agricultor profesional —apartado 5 del art. 2 de la Ley 19/95— la persona física que siendo titular de una explotación agraria, al menos, el 50 por 100 de su renta se obtenga de actividades agrarias u otras complementarias, siempre y cuando la parte de la renta procedente directamente de la actividad agraria realizada en su explotación no sea inferior al 25 por 100 de su renta total y el tiempo de trabajo dedicado a actividades agrarias o complementarias sea superior a la mitad de su tiempo total de trabajo.

No se exige, en cambio, para que el arrendatario pueda ejercitar su derecho de tanteo, la condición de agricultor a título principal, es decir, un agricultor profesional que obtenga al menos el 50 por 100 de su renta total de la actividad agraria ejercida en su explotación y cuyo tiempo de trabajo dedicado a actividades no relacionadas con la explotación sea inferior a la mitad de su tiempo de trabajo total —artículo 2, apartado 6.º, de la Ley 19/1995—.

En segundo lugar, también se considera, a los efectos de la Ley de Arrendamientos Rústicos, profesional de la agricultura a las sociedades cooperativas agrarias de explotación comunitaria de la tierra o de trabajo asociado dentro de la actividad agraria.

En tercer lugar, tienen la consideración de profesional de la agricultura las sociedades agrarias de transformación u otras sociedades civiles, laborales u otras mercantiles, que en caso de que sean anónimas sus acciones deberán ser nominativas y tengan por objeto exclusivo, conforme a sus estatutos, el ejercicio de la actividad agraria.

También entran dentro de la consideración de profesional de la agricultura las entidades u organismos de las Administraciones Públicas que estén facultados conforme a sus normas reguladoras para la explotación o subarriendo de fincas rústicas.

Señalar que a los efectos de la Ley de Arrendamientos Rústicos, en todo caso será considerado profesional de la agricultura el cultivador personal, que según el artículo 16 del mismo texto legal, es quien lleva la explotación por sí o con la ayuda de familiares que con él conviven, sin utilizar asalariados más que circunstancialmente por exigencias estacionales de la explotación agraria. No se perderá la condición de cultivador personal, aunque se utilicen uno o dos asalariados, en caso de enfermedad sobrevenida o de otra justa causa que impida continuar el cultivo personal.

Por último, también se encuentran legitimados para ejercitar la acción de tanteo los herederos del arrendatario siempre que prueben su doble condición

de profesional de la agricultura (207) y de herederos y continuadores del arriendo (208).

En Italia el inciso primero del artículo 8 de la Ley italiana n.º 590 señala como sujeto activo del derecho de *prelazione* —y que, por tanto, es preferido por la Ley al tercero adquirente a título oneroso de la propiedad o de la asunción en enfiteusis de un fundo rústico—, entre otros, al arrendatario rústico, cultivador directo. Por tanto, la atribución del derecho de *prelazione* se encuentra unida, por una parte, a la titularidad de un contrato de arrendamiento rústico —que tiene por objeto la cesión del fundo para su aprovechamiento por el arrendatario cultivador directo (209)—, así como de la validez y cumplimiento de las obligaciones derivadas del mismo (210), y, por otra, de la cualidad de cultivador directo del arrendatario (211). El inciso 1.º del artículo 31 de la Ley n.º 590 establece que es cultivador directo aquel que directamente y habitualmente se dedica al trabajo de cultivo del fundo y crianza de ganado, siempre que el conjunto de la fuerza laboral del núcleo familiar no sea inferior a un tercio de aquella necesaria para la normal necesidad de cultivo del fundo. Resalto que si bien el artículo 31 de la Ley n.º 590 alude a la crianza de ganado, teniendo presente lo dispuesto en el artículo 8 del mismo texto legal, para que el criador de ganado pueda ejercitar la *prelazione* es necesario que combine la crianza del ganado con el cultivo del fundo (212). Se considera que quienes se dedican exclusivamente a la actividad de la cría de ganado no están legitimados para el ejercicio de la *prelazione* agraria. En todo caso se requiere que esa crianza sea conexa a la actividad de cultivo del fundo (213) por constituir éste un requisito indispensable a los fines de reconocimiento de la cualidad de cultivador directo (214).

(207) Artículo 79.2 de la Ley 83/1980, de 31 de diciembre, de Arrendamientos Rústicos.

(208) Han de probar documentalmente el título sucesorio del que derive su legitimación, artículo 503, n.º 2, de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

(209) Sobre la polémica suscitada en torno a si la legitimación para el ejercicio de la *prelazione* corresponde sólo al titular del contrato de arrendamiento rústico o puede serlo en su lugar la empresa familiar, véase a GRAZIANI, C.A., «L'impresa familiare nel nuovo diritto di famiglia», *Manuale di diritto agrario italiano, a cura di IRTI*, pág. 154.

(210) Si se concibe la preferencia como un reconocimiento del trabajo y como un premio, no podrá corresponder al arrendatario incumplidor, así CORSARO, L., «Titolarità e fondamento del diritto di prelazione in materia di proprietà coltrivatrice», *Riv. Dir. Agr.*, 1976, I, pág. 196.

(211) Que no se identifica con lo dispuesto en el artículo 1647 del Código Civil italiano.

(212) Cass. 27-12-1991, n.º 13927, *Dir. Giur. Agr.*, n.º 4, 1992, pág. 222, Cass. 19-4-1983, n.º 3473, *Giur. Agr. It.*, 1984, pág. 157.

(213) Cass. 27 de diciembre de 1991, n.º 13927, *Dir. e Giur. Agr.*, 1992, pág. 222.

(214) Cass. 10-6-1991, n.º 6560, *Riv. Dir. Agr.*, 1992, II, pág. 373, Trib. Velletri 1-7-1984, *Nuovo Dir. Agr.*, 1984, pág. 121; Trib. Reggio Emilia 22-6-1983, *Riv. Dir. Agr.*, 1984, II, pág. 37. Contrariamente Cass. 27-6-1991, n.º 7213, *Riv. Dir. Agr.*, 1992, II, 373.

El precepto se refiere al trabajo de cultivo, unitariamente desarrollado por el arrendatario y su familia, consistente en la concreta aportación de la fuerza laboral necesaria para el normal cultivo del fundo (215).

Sin embargo, surge la duda respecto de si tal noción de cultivador directo es la aplicable a los efectos del derecho de *prelazione*. En principio es preciso acudir a la Jurisprudencia para alcanzar una noción general y uniforme de cultivador directo sobre la base del artículo 31, inciso 1.º, de la Ley n.º 590. Se ha acudido para llevar a cabo esta tarea definidora, al requisito de habitualidad en la actividad agraria, entendida en el sentido de no ocasionalidad, capaz de dar estabilidad y continuidad a la actividad agraria con pretensión de utilidad económica de modo estable, aunque no sea de modo prevalente a otra actividad. Así es considerado cultivador directo quien se dedica al cultivo del fundo con carácter no de mera ocasionalidad, sino de estabilidad y continuidad, aunque la misma no sea de manera prevalente en la comparación con otras que ejercite (216). La habitualidad no ha de confundirse con la exclusividad, bastando el cultivo del fundo continuado o con hábito sin que sea preciso la exclusión de cualquier otra actividad. Por tanto, se reconoce como tal a quien teniendo otra actividad laboral principal (217) desarrolla con habitualidad y continuidad, aunque no sea profesionalmente, la actividad de cultivo normal de la tierra, prevalentemente con trabajo propio o de los componentes de su familia (218). Al no precisarse que el cultivo del fundo y la crianza del ganado sean prevalentes en comparación con otras actividades ejercitadas (219), la cualidad de cultivador directo se reconoce también al trabajador por cuenta ajena que dedica sus ratos libres al cultivo del fundo con el fin de incrementar sus ingresos (220). Se llega incluso a reconocer tal

(215) Cas. 26-X-1973, n.º 2784. CASELLI, A., «La prelazione nell'acquisto di fondi rustici», en *Giur. Merito*, 1974, IV, pág. 160, sobre la definición del art. 31, véase PANZANI, L. «Alcune questioni in tema di prelazione di fondi agricoli», *Giur. It.*, 1974, I, 2, C. 291 y ss.

(216) Cass. 21-11-1986, n.º 6846, *Giur. Agr. It.*, 1987, p.633. App. Bologna 9-6-1988, n.º 550, *Giur. Agr. It.*, 1990, pág. 99, entiende que para atribuir la cualidad de cultivador directo tiene exclusiva relevancia el desarrollo de la actividad agrícola con carácter de habitualidad, es decir, estable y no ocasional en relación con la fuerza laboral global utilizada para el necesario cultivo del fundo y de la dispone el sujeto con la aportación de los componentes de la propia familia y con el eventual auxilio de los medios mecánicos. En la doctrina, véase a BASSANELLI. La *professionalita dell'affittuario coltivatore diretto*, *Foro It.*, 1995, I, pág. 149; GIUNTA, *Presente e futuro nella nozione di coltivato diretto*, *Giur. Agr. It.*, 1972, pág. 598; SARRO, *Osservazioni sulla nozione di coltivatore diretto*, *Giur. It.*, 1986, I, p.1203

(218) Cass. 15-5-1991, n.º 5456, en *Dir. e Giur. Agr.*, 1992, pág. 487; Cass. 31-1-1986, n.º 632, *Giur. Agr. It.*, 19X6, pág. 632; Cass. 23-1-1995, n.º 759, *Giust. Civ.*, mass., 1995, p.136; App. Roma, 2 novembre 1992, *Dir. e Giur. Agr.*, 1993, pág. 489.

(219) Cass. 1-2-1985, n.º 662, *Giust. Civ.*, mass., 1985, pág. 239.

(220) Trib. Arezzo 2-11-1993, *Dir. e Giur. Agr.*, 1995, pág. 51.

condición a quien no está continuamente presente en el fundo por desarrollar, por ejemplo, un trabajo temporal en otro lugar, pero que participa en la llevanza del fundo a través de una actividad de dirección y coordinación, efectuándose el cultivo por sus familiares (221). Basta, como titular de la empresa agraria, por él organizada y dirigida, su participación en meras actividades directivas y de vigilancia, aunque sea a nivel no técnico y profesional (222).

Por otra parte, el artículo 16, inciso 5, de la Ley n.º 817 de 1971 hace extensiva a la cooperativa agrícola el derecho de *prelazione* y *retratto* (223). No se requiere que cada socio sea cultivador directo en sentido estricto, desde el momento que el sujeto titular del derecho mismo es, como empresario, la misma cooperativa agrícola, aunque por su particular estructura utiliza en el cultivo del fundo, el trabajo de los socios calificados como braceros agrícolas (224).

Por todo ello, la categoría de cultivador directo a efectos de ejercitar el derecho de *prelazione* no coincide con el pequeño empresario de los artículos 2.083 y 2.135 del Código Civil italiano (225), puesto que si bien el Código Civil considera como actividad en sí agrícola el cultivo, la selvicultura y la cría de ganado, en cambio la *prelazione* en materia agraria subsiste solo en favor de los sujetos dedicados al cultivo del fundo y, en su caso, además se dedica a la crianza de ganado o a la selvicultura (226). Fruto de las nuevas tendencias consistentes en la diversificación de las actividades que permiten en el futuro la obtención de rentas procedentes de los nuevos sectores en auge, el arrendatario no perderá la consideración de cultivador directo si realiza actividades de agroturismo en el fundo y no se verá privado del derecho de *prelazione*, ya que sin variar la función agrícola del fundo, el agroturismo favorece el desarrollo y el equilibrio de las zonas rústicas (227).

(221) Cass. 12-12-1986, n.º 7411, en *Giur Agr. It.*, 1987, pág. 444.

(222) Cas. 18 de noviembre de 1986, n.º 6775, *Giur. Agr. It.*, 1987, pág. 503. Contrariamente, Cass. 27-10-1990, n.º 10391, *Giur Agr. It.*, 1991, pág. 351, establece que el derecho de *prelazione* no corresponde al arrendatario que no sea cultivador directo del fundo, aunque sea jefe de un núcleo familiar, que relevante únicamente a fin de determinar la fuerza laboral necesaria para el cultivo del fundo, pero no a fin de la titularidad del derecho en cuestión.

(223) Sobre las cooperativas agrícolas como sujeto activo de la *prelazione* véase a CIGARINI, G. P.; *La prelazione legale agraria*, op. cit., p.27 y ss.

(224) Cass. 13-1-1986, n.º 151, *Giur Agr. It.*, 1986, 540.

(225) Cass. 10 giugno 1991, n.º 6560, en *Dir e Giur Agr.*, 1992, pág. 251.

(226) Cass. 8-2-1991, n.º 1334, *Giust. Civ.*, mass., 1991, pág. 195. App. Napoli 21-9-1985, n.º 1207, *Giur. Agr. It.*, 1986, 492. Cass. 13-2-1992, *Riv. Dir. Agr.*, 1993, II, 26. Cass. 19-5-1983, n.º 3473, *Giur. It.*, 1985, I, 1, pág. 805.

(227) Cass. 27-11-1991, n.º 12684, *Dir. Giur. Agr.*, 1992, pág. 149, *Riv. Dir. Agr.*, 1995, II, pág. 40.

La determinación de la existencia de la cualidad de cultivador directo se efectúa con referencia a la época en que la *prelazione* viene ejercitada por el arrendatario (228), si bien debe subsistir no sólo en términos de actualidad, sino también en su perspectiva futura (229).

Como se puede observar, hay diferencias respecto a cuando existe legitimación para el ejercicio del tanteo en España y en Italia.

En España se exige al arrendatario, como requisito de capacidad subjetiva para ejercitar el tanteo, ser profesional de la agricultura. En Italia como presupuesto del derecho de *prelazione* se exige que el arrendatario sea cultivador directo. Pero ambas figuras no coinciden, ya que ni todo profesional de la agricultura es cultivador directo ni todo cultivador directo es profesional de la agricultura.

El concepto de profesional de la agricultura, persona física mayor de edad o emancipada, cuenta en España con una definición general y uniforme en torno a unos parámetros concretos, cosa que no ocurre en la legislación italiana respecto al cultivador directo de cara al ejercicio de la *prelazione*. En España se exige la profesionalidad, en Italia basta la habitualidad. El arrendatario español, como agricultor profesional, ha reunir unos requisitos de renta y de tiempo de trabajo agrario (230). No puede ser arrendatario, por no ser profesional de la agricultura, quien teniendo otra actividad laboral principal le dedica más del 50 por 100 de su tiempo y obtiene más del 50 por 100 de su renta, aunque desarrolle con habitualidad y continuidad la actividad normal de cultivo del fundo preferentemente con trabajo propio o de sus familiares.

En Italia, por el contrario, se puede en esas condiciones tener la consideración de cultivador directo y por ende ejercitar como arrendatario el derecho

(228) Cass. 9-8-1988, n.º 4894, *Giur. Agr. It.*, 1988, pág. 661. Cass. 26-2-1988, n.º 2052, *Riv. Dir. Agr.*, 1990, II, pág. 24. Cass. 24-2-1986, n.º 1130, *Giur. Agr. It.*, 1986, pág. 507.

(229) Cass. 10-11-1994, n.º 9402, *Giust. Civ.*, mass., 1994, 1370.

(230) El agricultor profesional, persona física titular de una explotación agraria, según establece el artículo 2, párrafo 5.º, de la Ley española de modernización de explotaciones agrarias de 1995, al menos el 50 por 100 de su renta total la obtenga de actividades agrarias u otras actividades complementarias, siempre y cuando la parte de renta procedente directamente de la actividad agraria realizada en su explotación no sea inferior al 25 por 100 de su renta total y el tiempo de trabajo dedicado a actividades agrarias o complementarias sea superior a la mitad de su tiempo de trabajo total. Se consideran actividades complementarias, según establece el mismo precepto, la participación y presencia del titular, como consecuencia de elección pública, en instituciones de carácter representativo, así como en órganos de representación de carácter sindical, cooperativo o profesional, siempre que éstos se hallen vinculados al sector agrario, las de transformación y venta directa de los productos de su explotación y las relacionadas con la conservación del espacio natural y protección del medio ambiente, al igual que las turísticas, cinegéticas y artesanales realizadas en su explotación.

de *prelazione*. El inciso 1.º del artículo 31 de la Ley italiana n.º 590 de 1965, a los efectos de la *prelazione*, para que el arrendatario sea considerado cultivador directo basta con que desarrolle con habitualidad y continuidad, aunque no sea profesionalmente, pero eso sí con carácter de no mera ocasionalidad, la actividad de cultivo normal de la tierra. Por esta razón se atribuye tal condición incluso a aquel trabajador por cuenta ajena que dedica los ratos libres al cultivo del fundo con el fin de incrementar sus ingresos. Por el contrario, en España la Ley 19/95 de modernización de explotaciones agrarias contempla la figura de agricultor a tiempo parcial, como la persona física que siendo titular de una explotación agraria, dedica a actividades agrarias en la misma, no menos de la quinta parte ni más de la mitad de su tiempo total de trabajo. Por ello, quien tenga otra actividad laboral principal a la que le dedique más del 50 por 100 de su tiempo, aunque sea agricultor, no reúne los requisitos para ser arrendatario, por no ser profesional de la agricultura —artículo 15, apartado a), de la Ley de Arrendamientos Rústicos de 1980—, y por tanto tampoco será titular del derecho de tanteo.

En otro orden de cosas, en España el arrendatario rústico, por así permitirlo el artículo primero (231) de la Ley de Arrendamientos Rústicos de 1980, puede dedicarse exclusivamente a la crianza de ganado, lo que no le priva de su derecho a ejercitar de tanteo y retracto. Contrariamente el arrendatario italiano que se dedique a la crianza de ganado para que pueda ejercitar la *prelazione* necesita además cultivar el fundo, lo que constituye un requisito indispensable a los fines de reconocimiento de la cualidad de cultivador directo.

II.8.1.2. Otras condiciones subjetivas

En Italia, el inciso 1.º del artículo 8 de la Ley n.º 590 exige, además de que el arrendatario sea cultivador directo, varios requisitos subjetivos para la atribución del derecho de *prelazione*, correspondiendo al propio cultivador directo del fundo ofrecido en venta la carga de la prueba de los mismos (232).

El primero de esos requisitos se refiere al cultivo del fundo al menos durante dos años (233), lo que se justifica en el hecho de que la actividad

(231) El artículo 1.º de la Ley 83/1980, reza: «Se considerarán arrendamientos rústicos a los efectos de esta Ley y quedarán sujetos a los preceptos de la misma todos los contratos mediante los cuales se ceden temporalmente una o varias fincas para su aprovechamiento agrícola, pecuario o forestal, a cambio de precio o renta».

(232) Cass. 14 de abril de 1989, n.º 1804, *Giur. Agra. It.*, 1989, pág. 476. Cass. 11 giugno 1987, n.º 5095, *Giur. Agr. It.*, 1987, 601, Cass. 19-2-1993, n.º 2028, *Dir. e Giur. Agr.*, 1993, pág. 219. Cass. 25-1-1991, n.º 756, *Dir. e Giur. Agr.*, 1992, pág. 59.

(233) Véase el artículo 7, de la Ley 14 de agosto de 1971, n.º 817.

agraria del cultivo del fundo ha de tener la suficiente relevancia como para constituir un título de adquisición de la propiedad (234). La razón de exigir el cultivo del fundo durante al menos dos años, en el momento de ejercitar la *prelazione*, así como la exigencia de continuidad en el cultivo respecto del futuro, una vez adquirido el fundo, se encuentra en considerar ese cultivo como hecho que legitima el sucesivo negocio de adquisición preferente (235). Caso de no concurrir esas perspectivas de futuro en el cultivo del fundo, ya que después de adquirido el fundo «rápidamente» se vende a un tercero, pone en evidencia la falta de voluntad de destinar el fundo al cultivo por quien ejercitó la *prelazione*, incurriéndose en nulidad tanto del negocio de adquisición preferente como de la venta posterior (236).

El cálculo del período bienal de cultivo del fundo se realiza con referencia al momento de la estipulación de venta entre el propietario del fundo y el tercero (237). Sin embargo, si se hubiese notificado la propuesta de enajenación del fundo al arrendatario, el término de referencia, dado que subsiste el derecho de retracto, es la fecha de la venta del fundo al tercero (238).

La demostración de la llevanza del fundo por el período mínimo de dos años a los fines del reconocimiento del derecho de *prelazione* a favor del cultivador directo tiene como objeto el hecho mismo del cultivo y no el contrato de arrendamiento que constituye el título (239).

Mientras esto ocurre en Italia, en España la vigente Ley de Arrendamientos Rústicos no exige que los colonos lleven tiempo alguno en la explotación de la finca (240). Sin embargo, se exige, al igual que la legislación italiana,

(234) BASSANELLI, E., *Il lavoro come fonte della proprietà della terra*, en Atti dei 1° Congresso Internazionale di diritto Agrario, Milano, 1954, págs. 717 y ss.

(235) Giorgio Casarotto, G., *La prelazione agraria*, Cedam, Padova, 1980, págs. 66, 236. Cass. 21-6-1979, n.º 3446. *Giur. Civ.*, 1979, I, pág. 2103.

(236) Cass. 9-8-1991, n.º 8658, *Dir. Giur. Agr.*, 1992, pág. 605. No es suficiente que lo esté al momento de la transcripción del contrato —publicidad del contrato— según Cass. 18-11-1971, n.º 3317, *Riv. Dir. Agr.*, 1972, II, pág. 287.

(237) App. Napoli, 28-3-1978, en *Vita Not.*, 1980, pág. 496.

(238) Cass. 27-7-1979, pág. 4432, *Giust. Civ.*, 1980, I, 134, *Riv. Dir. Agr.*, 1980, II, pág. 381.

(239) Cass. 12-5-1986, n.º 3132, *Giur. Agr. It.*, 1987, 185, considera que es suficiente el cultivo directo del arrendatario por el citado período, sin necesidad del correlativo título jurídico. Para CARPINO, B., *Periodo minimo di coltivazione e diritto di prelazione*, *Giur. Agr. It.*, 1978, II, pág. 414, el cultivo del fundo de al menos dos años se efectuará en base a un título jurídico válido.

(240) Sí existen en el Derecho español antecedentes de lo contrario. Así el Decreto de 4 de agosto de 1923 estableció un derecho de tanteo a favor de los colonos que llevasen cuatro años en la explotación de la finca en los casos en los que ésta, perteneciente a fundaciones benéficas particulares o de carácter mixto, se enajenasen a terceros. Igualmente el Decreto de 28 de mayo de 1928 se facultaba al arrendatario para adquirir la finca por el mismo precio que en las subastas se ofreciese al mejor postor. Por último, el Decreto-ley de 23 de junio de 1928 extendió ese derecho de tanteo a favor de los

una vez que el arrendatario ha accedido ya a la propiedad, una continuidad en la explotación agraria. Ahora bien, mientras que la legislación italiana no señala al respecto un plazo concreto de cultivo directo del fundo una vez que el arrendatario ha accedido ya a la propiedad de la finca mediante los derechos de adquisición preferente —si bien la exigencia de continuidad excluye la enajenación a un tercero «rápidamente»—, en España, el arrendatario que adquiera la propiedad de la finca arrendada en virtud del ejercicio del derecho de adquisición preferente, «no podrá, salvo que lo haga en favor del Instituto de Reforma y Desarrollo Agrario, enajenarla, arrendarla o cederla en aparcería hasta que transcurran seis años desde la fecha de adquisición. Si hipotecase la finca, la acción del acreedor no podrá tener afectividad mientras no transcurra dicho plazo» —artículo 84, párrafo 2.º, de la Ley de Arrendamientos Rústicos de 1980—. El precepto exige, una vez ejercitado el derecho de tanteo, continuidad del nuevo titular en la actividad agraria del fundo durante al menos seis años (241). Este dato debe constar en la escritura y en el Registro de la Propiedad (242) y es conocido por el acreedor hipotecario, quedando el derecho que éste tiene pendiente durante seis años.

La razón de todo ello está en que la Ley utiliza una institución de carácter social como es el tanteo para hacer posible la continuidad del arrendatario en el fundo y no para que realice operaciones o maniobras puramente especulativas que burlarían la finalidad y el sentido social pretendidos con los derechos de adquisición preferente.

Añade, por último, el artículo 84 en su tercer apartado que si el arrendatario incumpliere cualquiera de las prohibiciones anteriormente señaladas, el arrendador «podrá pedir la resolución del contrato ordinario, recuperando la propiedad de la finca, con la consiguiente resolución, según proceda, de la transmisión, arrendamiento o cesión efectuados». Si se incumple la prohibición legal de disponer (243), el anterior dueño cuenta con una acción judicial para instar la resolución del contrato en el plazo de cuatro años, puesto que en caso contrario el defecto quedará convalidado (244).

Mucho más polémica resulta la cuestión en Italia. Lo enjundioso del tema se encuentra en saber si la reventa del fundo adquirido por el arrendatario tras ejercer su derecho de *prelazione* y antes de los diez años —artículo 28— de

colonos de fincas rústicas dejadas al Estado como heredero abintestato, siempre que las llevasen cultivando cinco años al menos.

(241) Los antecedentes de este límite se encuentran en el artículo 17 de la Ley de 15 de marzo de 1935 sobre regulación de los arrendamientos rústicos.

(242) Véase artículos 9.2 y 26.1 de la Ley Hipotecaria

(243) Entiende que es una condición resolutoria, CORRAL DUEÑAS, F., «La nueva Ley de Arrendamientos Rústicos y el Registro de la Propiedad», *Revista de Estudios Agro-Sociales*, Madrid, octubre-diciembre de 1981, págs. 140 y 141.

(244) Véanse los artículos 1.299 y 1.301 del Código Civil.

la adquisición con los beneficios de la Ley 590/1965, es nula o únicamente comporta la decadencia de esas ayudas recibidas (245).

Hago notar que si bien es cierto que falta una expresa previsión normativa para el caso de ejercicio de la *prelazione* y sucesiva reventa del fundo en la Ley 590/1965, también lo es que de ella emerge una prohibición de enajenación. La cuestión se centra en determinar si de esa prohibición resulta la nulidad de los actos contrarios a la misma o solamente la pérdida de beneficios fiscales o económicos.

La Jurisprudencia entendió en un primer momento que la venta del fundo adquirido con los beneficios de la Ley n.º 590 no comportaba la nulidad de la venta, sino la simple decadencia de los beneficios concedidos (246).

Posteriormente, la Jurisprudencia inicia una inversión sobre la interpretación de la prohibición decenal de enajenación del inciso segundo del artículo 8 de la Ley 590/1965, en el sentido de considerar que la reventa determina la nulidad del contrato de adquisición celebrado por el arrendatario tras ejercitar su derecho de *prelazione*, así como el sucesivo acto de venta-reventa (247).

(245) En la doctrina sobre el particular, véase a CASAROTTO, *La prelazione Agraria*, Padova, 1980, pág. 396; CONFORTI, *Inalienabilità decennale del fondo posta della legge n.º 590 del 1965 en nota a la Cass. 9-11-1976 n.º 3351*, en *Giur. Agr. It.*, 1978, pág. 101; DETTI, «Sanzione per la vendita del fondo acquistato con il beneficio della L. 26 maggio 1965, n.º 590», *Riv. Not.*, 1969, pág. 445; GERI, «Esercizio della prelazione agraria per fini diversi da quelli previsti dalla legge», *Giur. Agr. It.*, 1984, pág. 211; GERI, V., «Considerazioni intorno alle renuncia e nullità dell'esercizio del diritto di prelazione agraria», *Giur. Agr. It.*, 1978, pág. 547; GRECO, G., *La prelazione agraria*, 1986, Roma, pág. 178; JESU, «Questioni varie intema di prelazione», *Nuovo Dir. Agr.*, II, 1988, pág. 276; MINICI, «Esercizio della prelazione agraria e successiva immediata rivendita del fondo», *Novo Dir. Agr.*, 1985, pág. 347; NICOLINI, «Rivendita di fondo rustico acquistato esercitando la prelazione agraria», *Riv. Dir. Agr.*, I, 1985, pág. 121; ORLANDO, *Vendita del fondo acquistato in prelazione*, nota a Cass. 14-12-1990, n.º 11909, *Giur. Agr. It.*, 1991, pág. 409; PANZANI, L., «Alcune questioni in tema di prelazione di fondi agricoli», *Giur. It.*, 1974, I, 2. pág. 292. PIPITONE, «Esercizio del diritto di prelazione e immediata rivendita di fondo rustico», *Giur. Agr. It.*, 1984, pág. 17; REBUFFAT, «Considerazioni sull'esercizio abusivo della prelazione agraria e successiva rivendita del fondo», *Riv. Dir. Agr.*, II, 1981, pág. 24; SPALLANZANI, D., «Il divieto di vendere di cui all'art 28, L. 26 maggio 1965, n.º 590 e a pena di nullità?», *Riv. Not.*, 1969, I, 1104-1106; TRIOLA, *Prelazione agraria*, Milano, 1990, pág. 166; TRIOLA, R., «Due questioni in tema di validità delle vendite conseguente all'esercizio della prelazione agraria», *Giust. Civ.*, 1979, I, pág. 2109; VERDE, «Nullità dell'immediata rivendita da parte del coltivatore del fondo acquistato con l'esercizio della prelazione», *Giur. Agr. It.*, 1985, pág. 490.

(246) Se considera que la venta no es nula, sino que comporta únicamente la decadencia de los beneficios previstos para la formación de la propiedad campesina en Cass. 9-10-1976, n.º 3351, en *Foro It.*, 1976, I, pág. 2584, Cass. 12-10-1982, n.º 5270, *Giur. It.*, 1983 I, 1, pág. 711; Cass. 20 gennaio 1986, n.º 363, *Giur. Agr. It.*, 1987, pág. 123; Cass. 19 luglio 1984, n.º 4249, *Giur. Agr. It.*, 1985, pág. 488; Cass. 20 agosto 1984 n.º 4658, *Giur. Agr. It.*, 1985, pág. 291; Cass. 22 luglio 1981, n.º 4709, *Giur. Agr. It.*, 1983, pág. 650, y Cass. 14-12-1990, n.º 11909.

(247) Cass. 14 maggio 1983, n.º 3329, *Giur. Agr. It.*, 1984, pág. 315; Cass. 21 novembre 1984, n.º 5950, *Giur. Agr. It.*, 1985, pág. 537.

Dos han sido básicamente las razones que han llevado a la Jurisprudencia a adoptar esta postura. La primera se basa en considerar que la venta del fundo, antes de que hayan transcurrido los diez años desde la adquisición del mismo por el arrendatario con los beneficios de la Ley de 26 de mayo de 1965, n.º 590, así como el sucesivo acto de reventa, se han realizado en fraude de Ley (248). No le han faltado críticas a esta tesis al considerar que en la primera venta, realizada por el propietario al arrendatario —no a un tercero adquirente—, el propietario no incurre en ningún acuerdo fraudulento que vulnere la normativa sobre *prelazione*. Además se añade que la reventa no puede ser nula por fraude de Ley faltando, como falta, el presupuesto de la norma defraudada: el artículo 28, inciso 2.º, de la Ley 590/1965 no introduce una prohibición general de venta, limitándose ésta a los fondos adquiridos con los beneficios fiscales previstos. Con este planteamiento el ámbito de aplicación del inciso 2.º del artículo 28 de la Ley n.º 590 se limita a los casos de concesión de préstamo para facilitar la adquisición de fundos. Queda excluido del ámbito de aplicación del precepto la reventa antes de los diez años, cuando la adquisición del fundo se realiza sin los beneficios de la Ley 590.

La segunda razón en que se ha apoyado la Jurisprudencia para decantarse por la nulidad del contrato de adquisición celebrado por el arrendatario, que tras ejercitar su derecho de *prelazione* realiza la venta antes de que hayan transcurrido los diez años desde la adquisición del fundo con los beneficios de la Ley n.º 590, se encuentra en el inciso 1.º del artículo 1.418 del Código Civil, ya que la decadencia de los beneficios fiscales está ya prevista en el inciso 2.º del artículo 8 de la Ley n.º 590, que, como norma imperativa, agrega, innovando, la legislación vigente, con dicha grave sanción (249).

Ahora bien, la razón de la exclusión de la *prelazione* en caso de reventa hay que buscarla, en mi opinión, en una doble razón. En primer lugar en evitar el fenómeno especulativo en la transmisión de los terrenos agrícolas afectados. De otra parte, en que la finalidad de la Ley de 26 de mayo de 1965, n.º 590, se encuentra en promover como propietario al cultivador directo del fundo, haciendo coincidir la titularidad de la explotación agraria del fundo con la propiedad del mismo terreno. En este sentido es de capital importancia determinar si la preferente adquisición se ha ejercitado por el arrendatario para la reventa y no para continuar en la explotación agraria, puesto que si el cultivo del fundo es un elemento constitutivo de la *prelazione* —que ha de

(248) Cass. Sez. II, Civ. 7-5-1992, n.º 5443, *Dir. Giur. Agr. e dell' Ambiente*, aprile 1993, n.º 4, pág. 226; Cass. Sez. III Civ. 10-8-1988, n.º 4923, *Giur. Agr. It.*, n.º 5, maggio 1991, págs. 296 y ss. Corte n.º 7414, de 16-12-1983; Cass. 14 maggio 1983, *Giur. Agr. It.*, 1984, pág. 315; Cass. 26-4-1985, n.º 2724, *Giur. Agr. It.*, 1986, pág. 218; 10-8-1988, n.º 4923; 22-8-1990, n.º 8558.

(249) Cass. Sez. II, Civil 11- 6-1992, n.º 7159, *Dir. e Giur. Agr. e dell' Ambiente*, n.º 9, septiembre 1993, n.º 11, pág. 481.

verificarse no sólo con referencia al momento en que la misma se ejercita, sino también con perspectiva de futuro—, su necesaria subsistencia desaparece cuando el ejercicio de la *prelazione* por el arrendatario no responde a la continuidad en la explotación agraria, sino a la reventa de fundo a un tercero (250). El cultivo directo del fundo es un elemento fundamental que autoriza el ejercicio de la *prelazione* y, por tanto, debe estar presente no sólo en el momento de su ejercicio, sino que también debe concretarse en una actividad permanente, susceptible de prolongarse en el tiempo (251).

Ahora bien, en la venta del fundo adquirido con los beneficios de la Ley 265, mayo 1965, n.º 590, realizada antes del transcurso de diez años, debe diferenciarse dos supuestos distintos. El primer supuesto consiste en la reventa de un fundo efectuada «inmediatamente» después del ejercicio de la *prelazione* —esto es dentro de brevísimo tiempo de esa fecha, vg. seis meses—. El otro supuesto consiste en aquella reventa que se celebra después de un intervalo de tiempo que no sea breve —vg. dos años—. En el primer caso se pone de manifiesto que el arrendatario no tiene intención de continuar en el cultivo directo del fundo, ya que estamos ante el resultado de un preordenado diseño entre el arrendatario que ejercitó la *prelazione* y el tercer adquirente dirigido a que éste consiga la propiedad del inmueble vulnerando la normativa sobre *prelazione*. Por el contrario, en el segundo supuesto en que la reventa se produce después de un tiempo dilatado, esto es, después de varios años desde la adquisición, se considera que la venta no es nula, sino que sólo comporta la pérdida de los beneficios previstos en la Ley 590/1965, en lo referente a la formación de la pequeña propiedad campesina (252).

Un segundo requisito para la atribución del derecho de *prelazione* en la legislación italiana es el consistente en no haber vendido en el trienio precedente otros fundos rústicos de imponible superior a *lire mille*, salvo el caso de cesión para el desarrollo de la agrupación fundiaria. El propósito de este requisito es el de castigar la falta de seriedad del agricultor por falta de unas previsiones reales y ciertas, fuera de aquellas de una finalidad de reestructuración de la explotación, dado que es una contrariedad vender primero un fundo de una cierta dimensión y luego pretender adquirir el fundo que se lleva en arrendamiento. Es lógico deducir la inexistencia de una seria intención de dedicarse al ejercicio de la actividad agraria a quien haya enajenado en el bienio precedente fundos rústicos con imponible fundiario superior a *lire mille*, faltando la razón, si este hecho se produce, que

(250) Cass. Sez. III. Civ. 10-8-1988, n.º 4923, *Giur. Agr. It.*, n.º 5, maggio 1991, págs. 261 y ss.

(251) Cass. 14, maggio, 1983, n.º 3329, *Giur. Agr. It.*, 1984, pág. 315; Cass. 21 giugno 1979, n.º 3446, *Giur. Agr. It.*, 1980, pág. 504

(252) Cass. Sez. III Civ. 14-12-1990, n.º 11909, *Giur. Agr. It.*, 1991, pág. 407.

justifica la preferencia en la adquisición del fundo cultivado (253). Si la *prelazione* se atribuye al arrendatario cultivador directo con el fin de que se forme una explotación de su propiedad, no se justifica la atribución de la misma para adquirir fundos ajenos a quien ha vendido fundos propios en el bienio precedente, demostrando con su comportamiento no tener el cultivo de la tierra como fuente principal de sus rentas, sino otras operaciones especulativas (254).

II.8.2. *Sujeto pasivo*

La calificación de sujeto pasivo aparece precisada en el momento en el que se ha concluido los tratos con el tercero adquirente. Son sujetos pasivos de la preferente adquisición del arrendatario rústico el propietario o copropietario del fundo cedido en arrendamiento, ya que al no haberse producido aún transmisiones intermedias, no cabe dirigir su ejercicio contra terceros adquirentes.

III. EJERCICIO DEL TANTEO

III.1. NOTIFICACIÓN DE LA TRANSMISIÓN PROYECTADA

Para que el arrendatario pueda ejercitar el tanteo es preciso conocer la intención del propietario de transmitir la finca. Para ello, el transmitente ha de efectuar una notificación al arrendatario, mediante la cual queda en condiciones de saber cuáles son las condiciones para la adquisición del fundo (255).

En España, el propietario, o bien su representante debidamente autorizado, notificará de manera fehaciente al arrendatario su propósito de enajenar, indicando las condiciones de la enajenación así como el precio en su caso y el nombre y circunstancias del adquirente —artículo 87 de la Ley de Arrendamientos Rústicos—. Caso de ser varios los arrendatarios, el transmitente realizará individualmente la notificación, transcurriendo el plazo del derecho de tanteo para cada arrendatario desde el momento en que aquélla se reciba —artículo 93.1 de la Ley de Arrendamientos Rústicos—.

(253) TRIOLA, R. *La Prelazione Agraria*, Giuffrè Editore, Milano, 1990, pág. 60.

(254) Cass. 8-11-1991, n.º 11900, *Dir e Giur. Agr.*, 1992, pág. 226.

(255) En Italia, véase al respecto, Cass. 14-4-1972, n.º 1183, en *Giur Agr It.*, 1973, II, pág. 286. Sobre la problemática de la obligación de especificar en la *denuntiatio* el precio para parte del fundo objeto de la *prelazione*, véase CASAROTTO, G., «Denuntiatio e indicazione del precio parziale, in "U,7 studio e due note interna di prelazione agraria"», *Rivista Dir. Civ.*, 1976, II, págs. 422 y ss

La notificación —que no constituye una oferta contractual de venta (256), sino el medio que tiene el transmitente de explorar la intención del arrendatario de ejercitar o no su adquisición preferente— ha de ser fehaciente, que es tanto como requerir la intervención del notario (257) o la realización de un acto judicial de conciliación. De ese modo, el conocimiento de las condiciones de la enajenación, así como el precio, en su caso, y el nombre y circunstancias del adquirente, es pleno. Para lograr este pleno conocimiento se especificará si el contrato de transmisión es una compraventa, una donación, una aportación a sociedad, una permuta, adjudicación en pago o cualquier otro distinto de la compraventa. También se hará constar el nombre y demás circunstancias de quien hubiera de ser el adquirente, el precio de la transmisión por metálico u otros bienes y en caso de donación se indica el que se estime precio justo. Además, han de concretarse las estipulaciones previstas en caso de que se realizase el contrato proyectado.

El arrendatario, por su parte, no tiene posibilidad de discusión previa del precio, ni del resto de condiciones de la prevista enajenación; su única opción, en principio, es la de satisfacer el precio acordado. Si no existiese constancia del precio o si éste no tiene relación alguna, por ser superior o inferior al valor real de la finca, habrá que estar, en principio, a la cantidad en metálico que hubiere de entregar quien pretendía adquirirla (258), sin perjuicio de acudir a la vía judicial.

En el caso de venta de varias fincas realizada a tanto alzado, sin que figure un valor para cada finca, o el de la finca sujeta a derecho de tanteo, su precio sera el que resulte de la distribución del precio único entre las diferentes fincas vendidas teniendo en cuenta las diferentes características de cada una de ellas (259).

En el caso de que no se hubiese cumplido en forma el requisito de la notificación, o se omitiesen algunas de las condiciones que, según el artículo 87 de la Ley de Arrendamientos Rústicos, han de notificarse (260) o por

(256) Para NART, I., «Ex-arrendamientos», *Anuario de Derecho Civil*, 1951, julio-septiembre, tomo IV, pág. 954, bien puede calificarse la notificación como una obligación de hacer impuesta por la ley al propietario, consistente en realizar al titular de la preferencia una oferta contractual de venta de la cosa por un precio.

(257) No basta la manifestación hecha por el transmitente en escritura pública de venta de haber notificado al titular el derecho a través de carta certificada, puesto que la fe notarial no alcanza a ese extremo. En este sentido, DELGADO DE MIGUEL, J. F., «Acerca de los presupuestos de validez para el ejercicio de los tanteos y retractos rústicos», *Anuario de Derecho Civil*, julio-septiembre, 1988, pág. 799.

(258) Sentencia del TS de 11 de enero de 1943.

(259) Sentencia del TS de 16 de junio de 1956.

(260) Sentencia del TS de 1 de junio de 1976: «No basta la noticia escueta de que ha existido una compraventa y sean conocidos los sujetos, el objeto y el precio como equivocadamente entiende la sentencia recurrida, es necesario también saber si contiene

último, si falta correspondencia entre las condiciones notificadas y las de la venta, se está privando al arrendatario, de tener un conocimiento «pleno, cabal, cierto, completo, exacto, perfecto, de las condiciones esenciales y no esenciales» (261), de la transmisión.

No obstante, en caso de no producirse la notificación y el arrendatario conociese por otros medios las intenciones del propietario, nada impide y hasta mucho aconseja que aquél requiera a éste a fin de que realizase la notificación omitida y en su caso ejercitar el tanteo.

En Italia, el inciso 4.º del artículo 8 de la Ley de 26 de mayo de 1965, n.º 590, establece que el propietario que intenta enajenar su fundo rústico, debe notificar al arrendatario cultivador directo mediante «carta certificada» (262) la propuesta de enajenación —*denuntiatio*— indicando el nombre del adquirente, el precio de la venta, el nombre de quien pretende adquirir y las demás condiciones pactadas comprendidas en clausulado (263).

La eficacia de la preferencia en la adquisición se activa cuando se producen unos tratos preliminares con un tercero adquirente, momento en que deviene actual el derecho de *prelazione* (264). Por ello al transmitente le interesa realizar la *denuntiatio*, ya que de esa manera averigua si el arrendatario ejercita o no su derecho de adquisición preferente. Caso de que no lo haga, el transmitente puede libremente enajenar al tercero con el que ha realizado los contactos preliminares, asegurándose además que el arrendatario no podrá ejercitar el retracto una vez consumada la venta.

En ausencia de la comunicación por parte del propietario de su intención de enajenar el fundo, el arrendatario, conociendo la propuesta de enajenación podrá valerse de la *prelazione* y en todo caso del retracto que sigue a la enajenación al tercero (265).

o no las condiciones y los plazos y otras cláusulas onerosas o beneficiosas que al retraente interesan, puesto que ha de subrogarse en ellas».

(261) La omisión de condiciones equivale a la falta de notificación, según Sentencia del TS de 20 de mayo de 1981, dado que con la notificación se trata de que el arrendatario tenga conocimiento «pleno, cabal, cierto, completo, exacto, perfecto, de las condiciones esenciales y no esenciales».

(262) Ex art. 8 de la Ley de 14 de agosto de 1971, n.º 817

(263) Art. 8, inciso 4.º, legge n.º 590 del 1965.

(264) Según Cass. 6-8-1987, n.º 6758, *Giur. Agr. It.*, pág. 34, el derecho de *prelazione* —artículo 8 L. n.º 590 de 1965— surge en favor del cultivador directo en el momento en que viene puesto en marcha el acto inicial del iter formativo del contrato de compraventa entre el propietario del fundo y un tercero, acto constitutivo de la propuesta contractual. Desde ese momento nace a cargo del propietario la obligación legal de comunicar la propuesta al arrendatario cultivador directo. Véase en el mismo sentido Cass. 17-4-1978, n.º 1812, *Giur. Agr. It.*, 1979, n.º 354, con nota SALVESTRONI, *Nascita e rinunziabilità del diritto di prelazione legale*. Tambien Cass. 13-7-1983, n.º 4791, *Giur. Civ.*, 1983.

(265) Consideran que en este caso no cabe la *prelazione* y sí el *retrato* por efecto de la enajenación y no por la falta de *prelazione*, Cass. 7-12-1994, n.º 10494, *Dir. e Giur. Agr. e dell' Ambiente*, n.º 7/8, 1995, págs. 411 y 412.

El procedimiento de notificación mediante carta certificada de las condiciones de la prevista enajenación no tiene carácter de *ius cogens*, por lo que puede ser sustituido por una comunicación completa de todos los elementos esenciales de la propuesta de adquisición, efectuada de otro modo dada la naturaleza no contractual de la *denuntiatio*. Ha de entenderse que es de aplicación el principio de libertad de forma considerando que la Ley no ha previsto la nulidad de forma determinada alguna (266).

Lo que quiere la Ley es que la propuesta se efectúe de manera apropiada para que se posibilite el ejercicio de la *prelazione* por parte de sus titulares (267). Tomando como punto de partida que la intención del legislador es la de asegurar al arrendatario el conocimiento de todos los datos esenciales para que pueda ejercitar la *prelazione* de modo consciente y ponderado, toda comunicación, pensemos en una que lo sea genérica (268), que no alcance la finalidad de completa información al arrendatario, no es idónea a los efectos del derecho de *prelazione* (269).

La carta certificada prevista —artículo 8 de la Ley n.º 590 y artículo 8 de la Ley n.º 817— no constituye una forma solemne, es decir, una formalidad prevista so pena de ineficacia, dado que no se impone la adopción al efecto de forma solemne alguna, siendo suficiente sin adoptar formas solemnes, que la notificación de las condiciones de enajenación se efectúe de forma y manera que provoque el ejercicio del derecho de *prelazione* por el arrendatario interesado (270). Si esto es así, resulta suficiente, que la notificación se realice con los medios idóneos que permitan al arrendatario, si así lo quiere, ejercitar su derecho de *prelazione* (271).

(266) Cass. 5-5-1993, n.º 5189, *Dir. Giur. Agr. e dell' Ambiente*, n.º 3, 1994, págs. 155 y ss.

(267) Cass. 14-1-1980, n.º 304. En Cass. 18-4-1977, n.º 1434, *Giust. Civ.*, 1977, I, pág. 1386, se ha considerado que en caso de recepción de una carta certificada existe una presunción absoluta de conocimiento; en caso contrario, si la carta se ha entregado a persona no legitimada para recibirla, la certificación postal vale en cambio sólo como prueba de la llegada de la comunicación a la dirección del destinatario.

(268) No es suficiente una información genérica, aunque proveniente del propietario del fundo, o bien el mero conocimiento de la declaración del terecero según Cass. 24-7-1987, n.º 6451, *Giur. Agr. It.*, 1988, pág. 630.

(269) Cass. Sez. III Civ. 30-12-1993, n.º 13010. *Dir. Giur. Agr. e dell' Ambiente*, n.º 4, aprile 1995, pág. 229.

(270) Cass. Sez. II Civ. 27-11-1990, n.º 11424, *Giur. Agr. It.*, pág. 503. También en la línea de considerar que no tiene carácter imperativo e inderogable el procedimiento notificadorio dispuesto en el artículo 8 de la Ley 590 está Cass. Sez. III Civ. 26-1-1995, n.º 936, *Dir. e Giur. Agr. e dell' Ambiente*, n.º 4, Aprile 1995, págs. 214 y 215.

(271) El envío de la denuntatio mediante carta certificada no constituye formalidad bajo pena de ineficacia, Cass. 14-1-1980, n.º 304, Cass. Sez. III Civ. 17-7-1991, n.º 7948, *Dir. Giur. Agr.*, marzo 1992, n.º 3, pág. 151. Por su parte, Cass. Sez. III Civil 23-4-1991 n.º 4374, *Dir. e Giur. Agr.*, n.º 778 julio-agosto 1992, pág. 426, considera como idónea la notificación por el propietario mediante copia del contrato, aún no firmado, estipulando

Es desde el momento en que el arrendatario recibe la notificación cuando comenzará a contar el plazo de treinta días de que dispone el arrendatario para ejercitar el derecho de *prelazione*. Transcurrido ese plazo sin que el arrendatario notifique su ejercicio, decae su derecho de preferente adquisición, quedando libre el propietario para enajenarlo al tercero en las condiciones notificadas.

El arrendatario únicamente puede aceptar o rechazar en bloque las condiciones notificadas por el transmitente, sin posibilidad alguna de modificar su contenido. Es preciso que en la *denuntiatio* figure el precio, aunque en el inciso 6.º del artículo 8 de la Ley n.º 590 de 1965 se disponga que el pago del precio se efectuará en el plazo de tres meses a partir del trigésimo día de recibir la notificación del propietario, salvo que sea más favorable lo pactado entre las partes (272). Además, el propietario debe comunicar al arrendatario cultivador directo, si el fundo se vende por entero o por porciones, ya que no es el mismo el esfuerzo económico que ha de realizarse para adquirir una parte que para adquirir el todo (273).

En el supuesto de que se pretenda enajenar a una persona por determinar, o el precio sea determinable en el futuro, también debe notificarse tales extremos al arrendatario.

En el caso de que sean varios los arrendatarios de una misma finca, como también ocurre en España, el inciso 9.º *in fine* del artículo 8 Ley n.º 590 establece que la *denuntiatio* se efectuará contemporáneamente a todos los arrendatarios, cultivadores directos, para que así pueda cada uno adquirir la cuota del fundo que le corresponda, así como asumir el respectivo coste, tras hacer efectiva la disciplina de las comunicaciones recíprocas y en su caso la presunción de renuncia. La efectividad del sistema dibujado se basa en las comunicaciones recíprocas, de forma que cada arrendatario debe comunicar a los otros su intención de ejercitar la *prelazione* en el plazo de quince días desde la notificación. Si no lo hace, se considera que renuncia a su ejercicio. A tal efecto, la *denuntiatio* indicará los nombres de todos los arrendatarios rústicos cultivadores directos afectados, a fin de que puedan comunicarse su intención de valerse o no de su derecho de preferente adquisición.

con el tercero que pretende adquirir, siempre que tal copia contenga todos los elementos previstos legalmente.

(272) Cass. 18-4-1975, n.º 1478, *Giust. Civ.*, 1975, I, pág. 1094. Cass. 18-2-1980, n.º 1185. Cass. 14-4-1972, n.º 1183, *Giur. Agr. It.*, 1973, II, pág. 285.

(273) Cass. 22-11-1974, n.º 3792, *Riv. Dir. Agr.*, 1976, II, pág. 114, y Cass. 14-12-1979, n.º 625.

III.2. REVOCABILIDAD DE LA DECISIÓN DEL PROPIETARIO DE ENAJENAR LA FINCA

Se suscita en no pocas ocasiones la cuestión referida a si cabe la revocabilidad por parte de quien se proponía transmitir la finca, dado que las consecuencias de la admisión o no de la misma trascienden de manera definitiva a los efectos de que quepa o no el ejercicio del tanteo por parte del arrendatario.

En Italia, por quienes han considerado la notificación como «propuesta» u «oferta» contractual se ha defendido la irrevocabilidad por parte de quien se proponía transmitir la finca antes de que la «propuesta contractual» hubiese sido aceptada por el arrendatario titular de la *prelazione* (274). Sin embargo, para quienes no consideran la *denuntiatio* como oferta contractual, debe considerarse irrevocable (275) en el plazo de treinta días establecido para que el preferido pueda ejercitar su derecho de *prelazione* (276).

En España también existen posturas divergentes. Quienes han considerado que la notificación prevista en el artículo 87 de la Ley de Arrendamientos Rústicos de 1980 tiene naturaleza de una «oferta de contrato» (277) y como tal vincula a quien la hace, quedando obligado a mantenerla por la obligatoriedad derivada de la doctrina de los actos propios. El transmitente, para quienes así opinan, no podrá revocar la oferta sin consentimiento expreso del arrendatario.

Por el contrario, si se considera —y a mi juicio es lo correcto— la notificación como mera comunicación del propósito del propietario de transmitir a un tercero el fundo, para averiguar, en su propio interés y seguridad, si el arrendatario tiene o no intención de ejercitar el tanteo, abandonada tal intención de transmitir por el propietario deberá nuevamente notificarlo fehacientemente al arrendatario dentro del plazo con que este cuenta para ejercitar su derecho de adquisición preferente (278), ya que al arrendatario no le cabe posibilidad alguna de subrogación en una posición contractual inexistente (279). La decisión del propietario de abandonar su intención de transmitir

(274) D'ORAZI FLAVONI, M., *Della prelazione legale e volontaria*, Giuffrè, Milano, 1950, pág. 151.

(275) Cass. 5-7-1973, n.º 1907, en Foro It., 1974, I, c. 3477, y FORCHIELLI, P., *Della divisione*, in *Comentario del Cod. Civ. a cura di Scialoja e Branca*, Libro II, Delle Successioni (art. 713-768), Bologna-Roma, 1970, pág. 177 y nota 9.

(276) En este sentido, véase el inciso 4 del artículo 8 de la Ley n.º 590.

(277) En este sentido COCA PAYERAS, *Comentarios al Código Civil*, tomo II, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, págs. 446 y ss.; MORENO QUESADA, «La oferta de contrato», en *Revista de Derecho Notarial*; GÓMEZ LAPLAZA, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, tomo XVII, vol. 1.º, Madrid, 1993, págs. 64 y ss..

(278) En este sentido, si bien en Italia, véase Cass. 14 de marzo 1988, n.º 2427, en *Giust. Civ.*, 1988, I, 1707.

(279) En este sentido en Italia App. Milano 19 novembre 1.74, en *Riv. Dir. Agr.*, 1976, II, 257.

la finca hace decaer el derecho del arrendatario de ejercitar el tanteo. No se olvide que el derecho de tanteo presupone, como requisito para su ejercicio, que el propietario haya ofrecido transmitir la cosa arrendada a un tercero, de lo que se infiere que dejando de existir el propósito de transmitir la finca a un tercero, desaparece el presupuesto para ejercitar el derecho de tanteo (280).

III.3. EJERCICIO DEL DERECHO DE PREFERENTE ADQUISICIÓN EN EL MISMO PRECIO Y CONDICIONES

Notificadas por el propietario al arrendatario las condiciones de la transmisión y el precio, y en su caso el nombre y circunstancias del adquirente, inciso 4.º del artículo 8 de la Ley italiana n.º 590 y el artículo 87 de la Ley española de Arrendamientos Rústicos—, el arrendatario tiene un plazo, desde que recibió la notificación, para ejercitar su derecho de adquisición preferente en el mismo precio y condiciones.

En España, en la fecha de la recepción por el arrendatario de la notificación —acreditada de manera indubitada al dar fe de ello el notario o el secretario del correspondiente Juzgado si lo fuese en acto de conciliación— se inicia el plazo de sesenta días con que cuenta el arrendatario para ejercitar el derecho tanteo. En el caso de que se omitan algunas de las condiciones que, según el artículo 87 de la Ley de Arrendamientos Rústicos, han de notificarse o si falta correspondencia entre las condiciones notificadas y las de la venta, no cabe entender que el plazo de sesenta días para el tanteo, haya de entenderse prorrogado por otros sesenta a contar desde el momento en que el arrendatario notificado comparezca en la notaría o en el acto de conciliación y oponga la omisión de alguna de las condiciones de la venta o alegue que falta correspondencia entre las condiciones notificadas y las de la venta. Tanto una como otra situación equivale a la ausencia de notificación y, por tanto, suponen el incumplimiento de uno de los requisitos del tanteo, apareciendo el supuesto que sirve de base al retracto en los términos del artículo 91.2 de la Ley de Arrendamientos Rústicos (281).

(280) En España, Sentencia de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife de 24-X-1994, *Aranzadi Civil*, 1994, 1886, y Sentencia del TS de 9 de junio de 1958, *Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi*, 1958, 2141.

(281) DELGADO DE MIGUEL, J. F., «Acerca de los presupuestos de validez para el ejercicio de los tanteos y retractos rústicos», *Anuario de Derecho Civil*, julio-septiembre, 1988, pág. 800, entiende que: «Si se omiten algunas de las condiciones de la venta estaríamos ante el incumplimiento de uno de los requisitos del tanteo y, por tanto, habría que plantearse la posibilidad de hacerlo de nuevo con todos los preceptos necesarios de tiempo y forma. Si, por el contrario, hubiera diferencia entre las que se notificaron en el tanteo y las reales de la venta, aparecería el supuesto base del retracto en los términos del artículo 91-2.º de la Ley»

El derecho de tanteo se ejercita por el arrendatario notificando fehacientemente al propietario, su voluntad de adquirir la finca en las mismas condiciones contenidas en la previa notificación del dueño.

En el artículo 88 de la Ley española de Arrendamientos Rústicos se señala que «el arrendatario tendrá un plazo de sesenta días hábiles desde que hubiera recibido la notificación para ejercitar su derecho de adquirir la finca en el mismo precio y condiciones, notificándolo así al enajenante también de modo fehaciente». En este sentido, el arrendatario realizará una notificación fehaciente, «hace fe por sí misma» sin necesidad de ninguna otra que la complementa, al propietario de su voluntad de adquirir la finca en las mismas condiciones contenidas en la previa notificación del transmitente.

El plazo de sesenta días hábiles —se trata de un plazo de caducidad por lo que no admite interrupción— comenzará a partir del día siguiente a aquel en que el arrendatario haya recibido la notificación del transmitente (282). La fecha de la recepción está acreditada de manera indubitada al dar fe de ello el notario o el secretario del correspondiente Juzgado si lo fuese en acto de conciliación.

En el supuesto de que se omitan algunas de las condiciones que han de notificarse o si falta correspondencia entre las condiciones notificadas y las de la transmisión, no cabe entender que el plazo de sesenta días para ejercitar el tanteo, haya de prorrogarse por otros sesenta a contar desde el momento en que el arrendatario notificado comparezca en la notaría o en el acto de conciliación, y oponga la omisión de alguna de las condiciones o alegue que falta correspondencia entre las condiciones notificadas y las de la venta. Tanto una como otra situación equivale a la ausencia de notificación, apareciendo el supuesto que sirve de base al retracto (283).

En Italia, conforme se establece en el inciso 3.º del artículo 8 de la Ley n.º 590 de 1965, el arrendatario, cultivador directo, debe ejercitar su derecho de *prelazione* dentro del plazo de treinta días, a partir de la notificación por el propietario de su intención de enajenar la finca. La declaración del ejercicio de la *prelazione* revestirá la misma forma que la ley prescribe para la *denuntiatio*

(282) Véase artículo 5.1 del Código Civil español: «siempre que no se establezca otra cosa en los plazos señalados por días, a contar de uno determinado, quedará éste excluido del cómputo, el cual deberá empezar el día siguiente...».

(283) Véase artículo 91.2 de la Ley de Arrendamientos Rústicos. Por el contrario, DELGADO DE MIGUEL, J. F., «Acercas de los presupuestos de validez para el ejercicio de los tanteos y retractos rústicos», *Anuario de Derecho Civil*, julio-septiembre, 1988, p.800. entiende que: «Si se omiten algunas de las condiciones de la venta estaríamos ante el incumplimiento de uno de los requisitos del tanteo y, por tanto, habría que plantearse la posibilidad de hacerlo de nuevo con todos los preceptos necesarios de tiempo y forma. Si, por el contrario, hubiera diferencia entre las que se notificaron en el tanteo y las reales de la venta, aparecería el supuesto base del retracto en los términos del artículo 91-2.º de la Ley»

del propietario enajenante (284). En aplicación del principio general de la libertad de forma para la comunicación de actos jurídicos y de la manifestación de la voluntad negocial, no estando prevista en el artículo 8 de la Ley n.º 590 de 1965 la forma so pena de nulidad, puede ser válidamente efectuada la comunicación en cualquier modo equivalente, incluso verbalmente (285).

En España, ejercitado por el arrendatario su derecho de tanteo, deberá realizarse el pago en las mismas condiciones estipuladas entre el propietario y el tercero —artículo 90.2 de la Ley de Arrendamientos Rústicos—, siendo de cuenta del arrendatario los reembolsos determinados en el artículo 1.518 del Código Civil. Con ello lo que se pretende es que el titular dominical del fundo perciba la contraprestación correspondiente como valor patrimonial del bien transmitido al arrendatario y además en condiciones tales que no difieren de las que se habían concertado en relación con el proyectado negocio jurídico con el tercero adquirente (286). El pago se efectuará dentro del plazo de sesenta días fijado para efectuar el ejercicio de tanteo, así como los reembolsos determinados en el artículo 1.618 del Código Civil, salvo el supuesto de pago aplazado en todo o parte (287).

Ejercitado convenientemente el tanteo, se adquiere la finca por el arrendatario, otorgándose la escritura de enajenación. En el caso de que el dueño se negare a ello, el arrendatario podrá obligarle ejercitando la correspondiente demanda judicial. En todo caso, el contrato de arrendamiento se extingue y se procederá a la liquidación que en materia de mejoras establece el artículo 62 de la Ley de Arrendamientos Rústicos de 1980.

Por su parte, en Italia el inciso 6.º del artículo 8 de la Ley n.º 590 establece que el pago del precio (288), en el caso de que el derecho de

(284) Cass. 3 settembre 1985, n.º 4577, en *Giust. Civ.*, mass. 1985, 1410.

(285) No obstante lo dispuesto en el artículo 1.351 del Código Civil italiano, considerando que tal comunicación no tiene el valor de propuesta contractual, será válida a estos efectos, siempre que tal conocimiento de la propuesta de parte del cultivador se pruebe cierta oralmente o documentalmente. Cas.s. 14-1-1980, n.º 304, *Giur. Agr. It.*, 1981, pág. 376; Cass. 17-2-1979, n.º 1060, en *Foro It.*, 1979, pág. 224, Cass. 28-12-1973, n.º 3459, *Giur. Agr. It.*, 1975, pág. 229. Cass. Sez. III, Civ. 8-7-1991, n.º 7527, *Dir. e Giur. Agr.*, marzo 1992, n.º 3, pág. 153, y Cass. Sez. III, Civ. 8-7-1991, n.º 7527, *Dir. e Giur. Agr.*, n.º 2-2-1992, pág. 124.

(286) MARTÍNEZ VALENCIA, J., *Comentarios de la Ley de Arrendamientos Rústicos Jurisprudencia y formularios* Dykinson, 1991, Madrid, pág. 469.

(287) Hidalgo, M., *La Ley de Arrendamientos Rústicos Comentarios y formularios*, Tecnos, 2.ª ed., 1987, pág. 183.

(288) Entre la bibliografía sobre «Il pagamento del prezzo» destaca Busetto, G., «Sorte del contratto preliminare di compravendita concluso in violazione del diritto di prelazione», *Giur. Agr. It.*, 1980, pág. 166; Cappelletto, I., «Promissario acquirente difondo rustico e prelazione agraria», *Giur. Agr. It.* 1991, pág. 457; Geri, V., «Decadenza dalla prelazione agraria ed omissione della denuncia di successione per morte del concedente-alienante», en *Giur. Agr. It.*, 1980, pág. 496; «Prelazione: termini di pagamento del prezzo profondi di riforma», *Giur. Agr. It.*, 1987, pág. 364; «Brevi osservazioni sul pa-

prelazione haya sido ejercitado, debe ser efectuado dentro del término de tres meses —a partir del trigésimo día desde la notificación del propietario— salvo que sea otra cosa lo pactado entre las partes. Seguidamente el inciso 8.º del artículo 8 del mismo texto legal establece que en todos los casos en los que el pago del precio esté diferido a la transmisión de la propiedad, se está sometido a la condición suspensiva del pago dentro del término establecido. De estos preceptos y en aras de conservar el principio de igualdad de condiciones en el pago del precio, el arrendatario dispone de un plazo de tres meses para efectuar el pago salvo que el transmitente haya convenido con el tercero adquirente otro plazo. En caso de que se establezca un plazo más breve o incluso el pago inmediato en el momento mismo de la venta —teniendo presente lo dispuesto en el inciso 6.º *in fine* del artículo 8 de la Ley n.º 590—, no cabe entender derogado el plazo legal de tres meses para efectuar el pago. Así, cuando fuese establecido un plazo para el cumplimiento del precio más breve del indicado en la Ley, la indicación no puede hacerse valer en perjuicio del arrendatario puesto que se trata de un plazo fijado por normas inderogables en favor del arrendatario (289). En caso contrario, la disposición legal que fija el plazo de tres meses para efectuar el pago del precio, recobraría únicamente sentido cuando las partes no hubiesen fijado plazo alguno para el pago.

Por otra parte, el inciso 7.º del artículo 8 de la Ley n.º 590 establece que el plazo de pago viene suspendido hasta que no se haya dispuesto la concesión o denegación del préstamo solicitado por el arrendatario, suspensión que en todo caso no puede durar más de un año. Este plazo comenzará a contar desde la fecha de la presentación de la solicitud del préstamo, según certifi-

gamento del prezzo nella prelazione agraria», *Giur. Agr. It.*, 1991, pág. 350; GIORDANO, A., «Diritto soggettivo o mero interesse alla concessione del mutuo agevolato agrario ex l. 26 maggio 1965, n.º 590», *Dir. e Gir.*, 1987, pág. 1024; JESU, G., «Prelazione agraria e contratto definitivo», *Nuova Giur. Civ.*, 1990, I, pág. 318; MAGNI, F.A., «Preliminare di compravendita, eccessiva onerosità e comportamento dei contraenti», *Giur. It.*, 1993, I, pág. 1555; MINICI, E., «Esercizio del diritto di prelazione agraria condizionata alla concessione di mutuo agevolato», *Nuovo Dir. Agr.*, 1988, pág. 269; MORGI, A., «Purgazione della garanzia ipotecaria iscritta sul terreno e dilazione del pagamento del prezzo ex art. 8, sesto comma, legge 590/1965», *Giur. Agr. It.*, 1988, pág. 623; ORLANDO, A., «Esercizio parziale della prelazione su fondi suscettibili di divisione e computo del termine per il pagamento del prezzo», *Giur. Agr. It.*, 1990, pág. 49; SCILLA, C., «Il diritto di prelazione violato, l'obbligo del tempestivo pagamento del prezzo ed il sequestro liberatorio», *Nuovo Dir. Agr.*, 1990, pág. 385; SCOGNAMIGLIO, C., «Termine essenziale e interesse del creditore», *Giur. It.*, 1986, I, pág. 691; SCUDELLA, A., «Termine essenziale nel contratto preliminare», *Giur. It.*, 1987, I, pág. 541; SERAFINEI, L., «Accettazione condizionata della denunziatio e mancante pagamento del prezzo nel termine stabilito dalla legge», *Giur. Agr. It.*, 1988, pág. 91; TRIOLA, R., «Esercizio della prelazione e termine essenziale per il pagamento del prezzo», *Giur. Agr. It.*, 1986, pág. 93.

(289) Cass. 18-1983, n.º 6884. Cass. Sez. III Civ. 23-10-1995, n.º 11001.

cado de la inspección provincial agraria, y no desde el día que se acredita ante el propietario que se ha presentado la misma (290).

Una vez que se ha concedido o rechazado el préstamo, en todo caso dentro del término de un año, el plazo de tres meses se reanuda desde el instante en que se suspendió.

Por último, atendiendo al inciso 8.º del artículo 8 de la Ley n.º 590, el ejercicio de la *prelazione* produce sus efectos traslativos sólo en el momento del pago del precio dentro del plazo establecido. En otras palabras, si el arrendatario no paga el precio en el plazo establecido, impide que el ejercicio de la *prelazione* produzca sus efectos traslativos (291).

Antes de abandonar el estudio del precio en el ejercicio de la *prelazione*, es conveniente detenerse en el análisis de una importante casuística. En Italia existen supuestos en que el transmitente notifica al arrendatario un precio superior al que termina haciéndose efectivo por el adquirente o bien indica el precio establecido en la proyectada transmisión, pero después a la hora de elevarla a escritura pública, se concede una larga dilación gratuita, sin interés. Este largo plazo para efectuar el pago equivale a una disminución del precio mismo (292).

Supuesto distinto es aquel en que se indica en la escritura pública un precio inferior a aquel realmente pactado y notificado al arrendatario, cultivador directo, fundamentalmente buscando el fraude al fisco. En estos casos se tutela al titular de la *prelazione*, facilitándole el ejercicio del *retratto* tras demostrar que el precio resultante del contrato de compraventa es superior a aquel que efectivamente figura en la escritura pública (293).

Si existe divergencia entre el precio notificado y el que definitivamente se abona por el tercero adquirente, siendo el notificado superior al que se abona, se reconoce el *retratto* al arrendatario en aras de que no resulte burlado su derecho de *prelazione* con la dolosa alteración de la paridad con las reales condiciones de adquisición.

En el caso de que el arrendatario considere que es simulado el precio de venta que le ha notificado el propietario, debe pagarlo en el plazo pre-

(290) GERMANO, A., «La *prelazione* agraria: problemi sostanziali e processuali», *Giur Agr. It.*, 1973, págs. 401 y ss.

(291) Cass. 17-1-1987, n.º 373, Cass. 3-9-1987 n.º 7189. En caso de rechazo del precio por parte del transmitente constituyéndose un depósito liberatorio de la suma en la forma del artículo 1210 del Código Civil italiano; véase Cass. 18-7-1992 n.º 8726, Cass. 11-12-1990, n.º 11771, *Giur. Agr. It.*, 1991, pág. 410. Sobre el pago del precio en la *prelazione* oferta real y depósito de la suma, véase Cass. 14-9-1983 n.º 5557, *Giur. Agr. It.*, 1984, pág. 568; Cass. 8-3-1980, n.º 1551, *Giur. Agr. It.*, 1980, pág. 673; Cass. 20-1-1989, n.º 287, *Giur. Agr. It.*, 1989, pág. 290; Cass. 13-10-1979, n.º 5899, *Giur. Agr. It.*, 1980, pág. 494.

(292) Cass. 11-9-1972, n.º 2724, en *Giust. Civ.*, 1972, I, pág. 1894.

(293) Cass. 11-9-1972, n.º 2724, *Giust. Civ.*, 1972, I, pág. 1894.

visto en el artículo 8, inciso 6.º, de la Ley n.º 590, sin que quepa esperar hasta que se produzca la resolución judicial que reconozca la simulación del precio (294).

El arrendatario no puede negociar el precio notificado por el propietario. Si quiere ejercitar la *prelazione* ha de aceptarlo y pagarlo dentro del plazo legalmente establecido, sin que se le reconozca el derecho —cosa que sí ocurre en España, artículo 62 de la Ley de Arrendamientos Rústicos de 1980— a disminuir el precio en una cantidad equivalente al valor de las mejoras aportadas al fundo, una vez efectuada la correspondiente liquidación de las mejoras realizadas por el arrendatario y subsistentes. En este sentido, si en contra del propietario el arrendatario, cultivador directo, pretendiese que el precio que le ha sido notificado sea disminuido en el valor de las mejoras aportadas al fundo, decae en el derecho de *prelazione* (295).

Dentro de este apartado del pago del precio, es preciso aludir a la cuestión de los intereses compensatorios. En el artículo 1.499 del Código Civil italiano se prevé, salvo pacto en contrario, el devengo de intereses sobre el precio, aun cuando éste no sea todavía exigible, cada vez que la cosa vendida y entregada al comprador produce frutos. Así, en el supuesto de la adquisición preferente del fundo por el arrendatario y la consiguiente falta de disfrute de los frutos por el propietario del fundo durante el período de tiempo, que transcurre desde la entrega del fundo hasta el pago, ¿se originan o no intereses compensatorios? Si se considera que el arrendatario, cultivador directo, no deviene propietario hasta que no haya pagado el precio, no procede el pago de intereses compensatorios sobre el precio. Contrariamente el arrendatario, durante ese tiempo, detenta el fundo por su propio derecho de colono que constituye el fundamento de su exclusivo derecho a los frutos (296).

Resulta interesante referirse al caso de la reducción del precio global en el supuesto de venta de un complejo inmobiliario. Pensemos en el caso de una venta con un único precio de un inmueble, constituido por un terreno en parte agrícola y en parte con destino no agrícola en base al planeamiento urbanístico. En este caso, el arrendatario puede ejercitar el derecho de *prelazione* solamente en la parte correspondiente al terreno agrícola, con la consiguiente

(294) Según Cass. Sez. III Civ. 9-8-1991, n.º 8669, *Dir. e Giur. Agr.*, giugno 1992, n.º 6, pág. 353, no es aplicable a la *prelazione* agraria lo dispuesto por la Ley 8-1-1979, n.º 2, para la hipótesis de ejercicio de rescate. Sobre el caso de rescate con simulación de precio, véase Cass. 19-XI-1990, n.º 11622, *Giur. Agr. It.*, 1991, pág. 505, y Cass. 2-3-1990 n.º 1655, *Giur. Agr.*, 1990, pág. 280.

(295) Cass. 28-1-1989, n.º 529, *Giur. Agr. It.*, 1989, pág. 504; Cass. Sez. III Civ. 20-5-1991, n.º 5731, *Dir. Giur. Agr. e dell' Ambiente*, n.º 5, maggio 1994, pág. 315.

(296) Cfr. GERMANO, A., «La *prelazione* agraria: problemi sostanziali e processuali», *Giur. Agr. It.*, 1973, págs. 391 y ss. Contrariamente entiende que procede el pago de intereses compensatorios, Tribunale di Avellino, 4-2-1972, *Riv. Dir. Agr.*, 1972, II, p. 73.

reducción del objeto y correspondiente reducción del precio global de la venta (297).

Caso distinto es aquel en el fundo, por el cual el arrendatario, cultivador directo, tiene derecho de *prelazione*, se pretenda vender conjuntamente con otros fundos, y el propietario le indique un precio global de venta. Si el arrendatario no procede al pago del precio en el plazo fijado por el inciso 6.º del artículo 8 de la Ley n.º 590, no decae en su derecho de *prelazione* ya que no cabe cargar sobre el arrendatario la carga de individualizar que parte del precio global corresponde al fundo que lleva en arrendamiento. Por el contrario, la especificación de dicho precio es una obligación impuesta por la Ley al propietario (298). La indicación del precio de venta responde a la exigencia de que el arrendatario se encuentre en condiciones de valorar la oportunidad de ejercitar el derecho de *prelazione* (299).

En España, en caso de que no haya constancia del precio o éste sea escandalosamente desproporcionado e inferior al valor de la finca vendida, se toma como precio la cantidad realmente entregada por el comprador (300). «Es requisito esencial y decisivo, por razones de elemental justicia y en evitación de un lucro reprochable, el conocimiento del precio real y verdadero en que fue vendida la finca...» (301). En todo caso, la prevalencia del precio contractual sobre el que figura en la escritura pública, será siempre a condición de que exista una prueba cumplida y completa del mismo y no se justifique que se pretende burlar o hacer más gravoso el derecho de retracto (302). No cabe considerar prevalente el precio consignado en la escritura pública sobre el real, dado que no es lícito que el comprador de la finca rústica arrendada, tras ejercitarse el retracto por el arrendatario, pueda lucrarse de su propia culpa, de su engaño y fraude a

(297) RECCHI. P., «Osservazioni sugli artt. 7, 8 e 16.5 comma, della legge 14 agosto 1971 n.º 817, relativi alla *prelazione* dei coltivatori diretti, conduttori dei fondi altrui o proprietari confinanti», *Riv. Giur. Lav. e Prev. Soc.*, 1973, pág. 61. También Cass. 27-7-1973, n.º 2204; Cass. 17-1-1974, n.º 126, y Cass. 21-6-1974, n.º 1862.

(298) Cass. Sez. III Civ. 3-8-1995, n.º 8488, *Dir. e Giur. Agr. e dell'Ambiente*, n.º 3, marzo 1996, págs. 166 y ss.

(299) Cas. 9-8-1991, n.º 8669 y 1-3-1994, n.º 2014.

(300) Sentencia del TS de 12 de junio de 1984: «Conocido el verdadero precio, éste es el que ha de prevalecer y el que se ha de reembolsar, aunque sea otro el que figure en la escritura pública, que, como es sabido, no garantiza la veracidad intrínseca de su contenido».

(301) Si bien referidas al retracto, véase STS de 30 de abril de 1991, *Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi* 1991, pág. 3117. En el mismo sentido, véase la STS de 4 de diciembre de 1991, *Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi*, 1991, pág. 8914.

(302) STS de 29 de mayo de 1957, *Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi*, 1957, pág. 2184; STS de 21 de abril de 1965, *Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi*, 1965, pág. 2280, y STS de 21 de septiembre de 1993, *Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi*, 1993, pág. 6651.

terceros sin que quepa invocar el propósito ilícito de cometer fraude fiscal para negar el precio real.

III.4. LA RENUNCIA AL DERECHO DE TANTEO

No es pacífica la cuestión de si el derecho de tanteo existe para el arrendatario desde el momento de la conclusión del contrato de arrendamiento rústico (303), o si en cambio existe sólo desde que el propietario entra en tratos con un tercer adquirente para transmitir el fundo.

Considerando acertada la afirmación de que el derecho de tanteo nace *ex lege* en el mismo instante en que se celebra el contrato de arrendamiento rústico, si bien deviene actual en el momento en que el propietario decide vender el fundo, igualmente resulta acertado admitir la renuncia del derecho de tanteo desde el momento en que se concreta en el patrimonio del arrendatario (304).

En Italia, para determinar el momento en que el titular de la *prelazione* puede válidamente manifestar la voluntad de renunciar a la *prelazione*, resulta diferente acogerse, como aquí se defiende, a la tesis de considerar la *prelazione* como un derecho potestativo o contrariamente, lo que ya he rechazado, sostener que constituye un negocio obligatorio.

Para la posición que defiende la naturaleza obligatoria de la *prelazione*, ésta nace en el mismo momento de la notificación (*denuntiatio*) (305); antes no existe aún en el patrimonio del cultivador, por lo que no cabe renunciar a ella, ni aun en el caso de que se hubiese tenido noticias verbalmente de que el propietario tiene la intención de vender el fundo. La comunicación verbal no permite al arrendatario darse cuenta del contenido y de la extensión del derecho a que renuncia. Sólo tras la *denuntiatio*, que debe hacerse sin retraso, el arrendatario puede renunciar (306), siendo nula toda renuncia anterior (307).

(303) No se trata aquí de analizar la problemática de la admisibilidad de la renuncia de un derecho futuro; sobre el particular véase a BOZZI, «Rinuncia diritto pubblico e privato», *Noviss. Dig. It.*, XV, Torino, 1968, págs. 1141 y ss. Tampoco se plantea en este lugar el discernir si el derecho de *prelazione* existe como legítima expectativa; sobre este aspecto véase a SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, 9.^a ed., Torino, págs. 75 y ss.

(304) Sobre este particular véase en Italia a GERMANO, A., «La prelazione agraria: problemi sostanziali e processuali», *Giur. Agr. It.*, 1973, pág. 407; SPALLANZANI, D., «La prelazione nella vendita dei fondi rustici —legge 26 maggio 1965—», *Rev. Notariato*, 1966, pág. 374.

(305) Cass. 29-1-1991, n.º 872, *Giust. Civ.*, mass., 1991; Cass. 10-8-1988, n.º 4920, *Giur. Agr. It.*, 1989, pág. 29; Cass. 3-9-1985, n.º 4590, *Vita Not.*, 1986, pág. 176, y Cass. 13-11-1984, n.º 5727, *Giur. Agr. It.*, 1985, pág. 342.

(306) Cass. 13-1-1979 n.º 283; Cass. 10-8-1988, n.º 4920, *Giur. Agr. It.*, 1989.

(307) CIANCIO, *Prelazioni e acquisto di fondi rustici*, Padova, 1978, pág. 91.

Por el contrario, considerando acertada la primera tesis, el derecho de *prelazione* existe a favor del arrendatario desde que se celebró el contrato de arrendamiento, si bien deviene actual y concreto en el momento en que el propietario notifica su voluntad de enajenar el fundo —aun en el supuesto de que la comunicación fuera verbalmente (308)—, momento a partir del cual es admisible la renuncia, careciendo de validez alguna la efectuada con anterioridad (309). Se considera nulo el acto por el cual, en el momento de celebrarse el contrato de arrendamiento, el arrendatario renuncia a su derecho de *prelazione* (310).

Considero, aunque no haya al respecto unanimidad, que el derecho de *prelazione* existe en favor del arrendatario rústico, cultivador directo, desde el momento en que se celebró el contrato de arrendamiento —formando parte de la posición subjetiva en el ámbito del mismo—, si bien deviene actual en el momento en que el arrendatario conoce la voluntad del propietario de enajenar el fundo a título oneroso. Desde este momento es válida la renuncia del derecho de *prelazione* (311). El arrendatario no puede válidamente renunciar antes de la notificación (312) —aunque sea verbalmente— del propietario que a su vez determinada la actualidad del derecho de *prelazione* (313).

(308) Cass. Sez. III. Civil 13-6-1992, n.º 7250, *Dir. Giur. Agr.*, n.º 11, novembre 1992, pág. 597.

(309) Cass. 13-6-1992, n.º 7250, *Riv. Giur. Agr. It.*, 1992, pág. 597, Cass. Sez. III. Civ. 2-8-1993; Cass. 5-5-1993, n.º 5189, *Riv. Giur. Agr. It.*, 1994 pág. 154; Cass. Sez. III. Civ. 18-5-1995, n.º 5457, *Dir. Giur. Agr. e dell' Ambiente*, n.º 3, marzo 1996, págs. 170 y ss.; Cass. 26-1-1995, n.º 936, *Dir. Giur. Agr. e dell' Ambiente*, 1995 pág. 214, y Trib. Orvieto, 27-10-1993, *Dir. Giur. Agr. It.*, n.º 9, septiembre 1995, págs. 513 y ss. En la doctrina CIGARINI, G. P.; RINALDI, T., *La prelazione Legale Agraria*, III, Ediz. Bologna, 1990, pág. 47; CAPIZZANO, E., y otros, *La prelazione e il riscatto agrario*, Padova, 1993, pág. 73.

(310) En este sentido debo recordar lo dispuesto en el artículo 23 l de la Ley n.º 11, de 11-2-1971, que establece la invalidez de la renuncia y de la transacción que tenga por objeto derechos del arrendatario.

Se ha considerado, en cambio, anulable —impugnable—, dentro de los seis meses desde la resolución del contrato, el acto por el que el arrendatario renuncia a su derecho a la *prelazione* tras la celebración del contrato. PARLAGRECO, A., «Affitto di fondi rustici e sua evoluzione giuridica», *Giur. Agr. It.*, 1971, pág. 135.

(311) Cass. Sez. III. Civil 13-6-1992, n.º 7250, *Dir. e Giur. Agr.*, n.º 11, nov. 1992, pág. 597. Sobre la renuncia a la *prelazione* después de la notificación del preliminar véase a RECCHI, P., «Sulla irrinunciabilità del diritto di prelazione del conduttore coltivatore diretto», *Riv. Giur. Lav.*, 1972, II, págs. 198 y ss.

(312) Para TRIOLA, R., «Rinuncia e rifiuto in tema di prelazione agraria», *Giust. Civ.*, 1979, I, págs. 606 y ss., siguiendo esta tesis, en realidad se impide toda posibilidad de renuncia en sentido propio, permanenciando sólo la posibilidad de un rechazo, concebido como acto de ejercicio negativo del poder de aceptar la propuesta contenida en la denuncia; MILANI, F., «La prelazione a favore degli affittuari, mezzadri nel trasferimento di proprietà del fondo ai sensi della l. 26 maggio 1965», *Riv. Dir. Agr.*, 1970, I, págs. 318 y ss.

(313) Cas. 13-11-1984, n.º 5727, *Giur. Agr.*, 1985, pág. 342; Cass. 3-4-1981, n.º 1900, *Riv. Not.*, 1981, pág. 876; Cas. 27-1-1979, n.º 283, *Giust. Civ.*, 1979, I, pág. 606.

No existiendo norma alguna que califique el derecho de *prelazione* agraria como irrenunciable, cabe, en virtud de una autónoma elección de su titular, la decisión de renunciar a ejercitarlo después de haber tenido en cuenta la condiciones de venta del fundo sobre el que puede ejercitar la preferente adquisición. La renuncia, en los términos que acabo de expresar, puede manifestarse de modo expreso o tácito. De modo expreso efectuándose con claridad y precisión. De modo tácito, si transcurren los treinta días desde la notificación prevista en la Ley n.º 590 sin que el arrendatario, cultivador directo haya ejercido la *prelazione*. La renuncia del arrendatario se hace en relación a un específico proyecto de enajenación y con efectos limitados al mismo —único cuyas condiciones conoce el arrendatario, cultivador directo— sin que quepa hacerla extensiva a cualquier transmisión futura.

En España dispone el artículo 11, apartado primero, de la Ley de Arrendamientos Rústicos que: «sólo serán renunciabiles los derechos del arrendatario desde el momento en que pueden ser ejecutados».

Admitiendo, como hemos admitido en el Derecho italiano, que el derecho de tanteo nace desde que se adquiere la condición de arrendatario, si bien sólo se concretiza en su patrimonio desde que el arrendatario ha tenido conocimiento de todas las condiciones esenciales de la proyectada transmisión de la finca rústica; cabe admitir desde ese momento, sin reservas, su renunciabilidad (314).

La acción para ejercitar el tanteo no surge hasta que se tiene conocimiento de la proyectada transmisión de la finca rústica, «en otro caso es ineficaz la renuncia hecha por anticipado, puesto que no se puede renunciar a lo que todavía no se tiene, por no estar aun adquirido e incorporado al patrimonio del titular de la renuncia» (315). Por tanto, no cabe establecer en el contrato de arrendamiento rústico que por voluntad de las partes, el arrendatario renuncia al tanteo, fundamentalmente por dos razones. La primera, porque las normas reguladoras del tanteo son imperativas y, por tanto, indisponibles para las partes contractuales. Y la segunda, porque, según el artículo 9.1 de la Ley de Arrendamientos Rústicos, «son nulas y se tendrán por no puestas las cláusulas que modifiquen en perjuicio del arrendatario las normas de la presente Ley, salvo los casos en que ésta expresamente lo autorice».

En la doctrina en sentido contrario véase a TRIOLA, *La prelazione Agraria*, Seconda Edizione, Milano, 1990, págs 154 y ss.

(314) En este sentido y refiriéndose al retracto véase STS de 30 de marzo de 1953, *Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi*, 1953, pág. 1260, STS de 4 de octubre de 1962, *Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi*, 1962, pág. 3790, y STS de 6 de febrero de 1979, *Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi*, 1979, pág. 437. Véase el artículo 6.2 del Código Civil, donde se contempla el p.º de renunciabilidad.

(315) En este sentido, referido al derecho de retracto, véase STS de 28 de junio de 1951, *Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi*, 1951, pág. 1610; STS de 18 de diciembre 1952, *Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi*, 1952, pág. 2707; STS de 1 de junio de 1953, *Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi*, 1953, pág. 1676.

La renuncia, puede manifestarse de modo expreso o tácito. De modo expreso efectuándose con claridad y precisión. Así el arrendatario puede hacer su renuncia, recibiendo una cantidad como indemnización por la resolución del contrato de arrendamiento rústico, en el mismo documento privado de venta de la finca rústica (316). El modo tácito de renuncia, precisa la realización de actos que palpablemente demuestren su conformidad de abandono del derecho de preferente adquisición. No pueden tener la consideración de renuncia tácita el silencio o la tardanza al ejercitar el tanteo. El retraso en su ejercicio no tiene transcendencia jurídica, puesto que quien está legitimado para su ejercicio es dueño de su acción mientras no se le pueda oponer la caducidad (317).

III.5. VULNERACIÓN DEL DERECHO DE TANTEO

El propietario vulnera el derecho de tanteo cuando no notifica al arrendatario su propósito de enajenar, o realiza la notificación pero sin reunir los requisitos legales de conocimiento y forma, o bien el precio y las condiciones de la enajenación difieren de las realmente definitivas (318).

La omisión de la notificación se produce desde el momento en que el transmitente no notifica su voluntad de vender un fundo a un tercero con el que se encuentra en negociaciones (319). Desde el momento en que el propietario realiza la enajenación a un tercero, omitiendo la notificación previa en los términos legalmente establecidos, el arrendatario dispone del derecho de retracto (320).

En España el ejercicio del tanteo exige que el arrendatario conozca la proyectada enajenación. El conocimiento ha de ser pleno, es decir, el arren-

(316) En este sentido, referido al retracto, véase STS de 7 de abril de 1986, *Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi*, 1986, p.1842.

(317) En este sentido, referido al retracto, STS de 19 de febrero de 1990, *Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi*, 1990, pág. 10287. La simple pasividad o no oposición del arrendatario a la transmisión no presupone por sí sola la renuncia tácita al retracto, STS. de 28 de mayo de 1923, *Jurisprudencia Civil*, Colección de SSTs publicadas por *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, tomo 159, núm. 74, págs. 364 y ss. En esta sentencia se señala que la renuncia tácita del derecho de retracto no acontece por tenerse noticia de la compraventa de la finca rústica, sino cuando se reconoce, se confiesa o se declara a favor del comprador el derecho por éste adquirido y la respectiva obligación en el reconociente.

(318) Artículo 87 de la Ley española de Arrendamientos Rústicos de 1980. Incisos 4.º y 5.º del artículo 8 de la Ley n.º 590 de 1965.

(319) ROMOLI, R., «In tema di rito di prelazione ed interessi», *Riv. Dir. Agr.*, 1973, II, pág. 27, en nota a Cass. 26 aprile 1972, n.º 2724, en *Riv. Dr. Agr.*, 1973, II, pág. 27.

(320) Artículo 88 de la Ley española de Arrendamientos Rústicos. En Italia inciso 5º del artículo 8 de la Ley n.º 590 de 1965 También Cass. 20-12-1994, n.º 4382, *Giur. Agr. It.*, 1976, pág. 217.

datario sabrá todas las condiciones pactadas entre el propietario y el tercero que pretende adquirir el fundo. Por otra parte el precio sera especificado con toda claridad, indicando si la transmisión se realiza por metálico u otros bienes o si fuese supuesto de donación indicando el que se estime precio justo (321).

En Italia existen varios supuestos en los que el propietario indica un precio falso al arrendatario, destaco entre ellos, sin ánimo de agotarlos, los siguientes: en primer lugar, cuando el precio indicado al arrendatario es superior a aquel resultante del contrato de venta al tercero —se considera también el precio indicado superior a aquel que resulta del contrato de compra-venta cuando el pago de una parte notable del precio se encuentra diferido en el tiempo con exclusión pactada de intereses compensatorios, sin que tal exclusión se comunicara al arrendatario (322)—; en segundo lugar, indicar al arrendatario unos requisitos y unos términos más gravosos en las condiciones de pago (323); por último. el supuesto en que el precio indicado al arrendatario, si bien es el que resulta del contrato de venta previsto, es simulado respecto del efectivamente pagado e inscrito en el registro público único vinculante (324).

Concluyo este apartado aludiendo a supuestos que, si bien son menos habituales, no dejan de entrañar una vulneración del derecho de tanteo. Me refiero en primer lugar a aquella situación en que, si bien el transmitente notifica en tiempo y forma al arrendatario su propósito de enajenar, antes de que transcurra el plazo que tiene el arrendatario para ejercitar su derecho de preferente adquisición, el propietario vende el fundo al tercero. En tal supuesto y teniendo en consideración la preferencia otorgada por la Ley para adquirir el fundo, el arrendatario tendrá derecho de retracto en plazo legalmente establecido. En segundo lugar, la Jurisprudencia italiana ha tenido la ocasión de ocuparse del supuesto en que el propietario vende el fundo a terceros estando pendiente el plazo para el pago del precio por parte del arrendatario que ha ejercitado la *prelazione*. Tal hipótesis, aun cuando no esté expresamente contemplada en el inciso 5.º del artículo 8 de la Ley 590/1965, constituye, en cuanto supuesto asimilable, un presupuesto para el ejercicio del retracto por el arrendatario cultivador directo (325).

(321) AGÚNDEZ FERNÁNDEZ, A., *Comentarios a la Ley de Arrendamientos Rústicos*, Comares, Granada, 1994, pág. 277.

(322) La falsa indicación del precio entraña una violación por el propietario de la posibilidad del ejercicio de la *prelazione* por el arrendatario en igualdad de condiciones respecto al tercero adquirente. Cass. 8-7-1971 n.º 2180, *Giur. Agr. It.*, 1973, pág. 291.

(323) Cass. 26-4-1972, n.º 2724.

(324) MORSILLO, G., «Diritto di prelazione dell'affittuario coltivatore diretto nella vendita del fondo e non opponibilità allo stesso dell'accordo modificativo sull' prezzo tra venditore e acquirente», *Giur. Agr. It.*, 1971, pág. 303.

(325) Cas. 30-10-1973, n.º 2852.

IV. EL RETRACTO

IV.1. EL RETRACTO Y SU RELACIÓN CON EL TANTEO

El derecho de tanteo y de retracto se configuran como diferentes fases de un mismo derecho de adquisición preferente con un distinto momento de actuación. El tanteo actúa sobre una enajenación proyectada. El tanteante se subroga con las mismas condiciones estipuladas en el contrato, en el lugar del comprador, desplazándolo y asumiendo por ende los derechos y obligaciones propias de tal concreta posición jurídica. Cuando la enajenación ha sido consumada —sin notificación previa para que el arrendatario pueda ejercitar el tanteo, o bien se ha realizado la notificación pero careciendo de los requisitos legales de contenido y forma— el arrendatario podrá acceder a la propiedad de la finca mediante el ejercicio del retracto.

El retracto es un derecho de adquisición preferente, que la ley concede, en ocasiones, a un sujeto —retrayente— para adquirir un bien cuya enajenación ya se ha consumado, previo desembolso de la misma contraprestación que el adquirente haya llevado a efecto. Realmente se trata de un «tanteo postadquisitivo» que soporta el adquirente, quien resulta forzado a enajenar el bien en favor del retrayente (326).

En España el artículo 88 de la Ley de Arrendamiento Rústicos establece que en defecto de notificación del arrendador al arrendatario tendrá derecho de retracto durante sesenta días hábiles a partir de la fecha en que, por cualquier medio, haya tenido conocimiento de la transmisión.

También en Italia, como remedio a imposibilidad de ejercicio del derecho de *prelazione* por el arrendatario, cultivador directo, debido a la vulneración por parte del propietario, la Ley n.º 590, inciso 5.º del artículo 8, prevé el derecho de *retratto* (327) ejercitable por el arrendatario frente a terceros

(326) Cfr. COCA PAYERAS, M., «Retracto», Enciclopedias Jurídicas Civitas. *Enciclopedia Jurídica Básica*, tomo IV, vol. IV, Ed. Civitas, Madrid, 1995, págs. 5983 y 5984

(327) Sobre el «retratto» véase a BELLANTUONO, D., «Prelazione e riscatto di fondo rustico tra formalismo e libertà delle forme», *Dir. e Giur. Agr.*, 1993, pág. 425; CAPIELLO, I., «Riscatto agrario e competenza», *Giur. Agr. It.*, 1981, pág. 218; GERI, V., «Prelazione agraria e autonomia contrattuale», *Giur. Agr. It.*, 1983, pág. 239; GERMANO, A., «Domanda giudiziale di retratto dell'affittuario coltivatore diretto incompetenza», *Giur. Agr. It.*, 1975; GUERRERA, F., «Novità e problemi in tema di riscatto agrario», *Ras. Dir. Civ.*, 1986, pág. 447; JANNARELLI, A., *Quale futuro per la prelazione agraria*, Foro It., 1984, I, pág. 2763; JESU, G., «Retratto e responsabilità del venditore», *Nuovo Dir. Agr.*, 1980, pág. 181; LOTITO, G., «Retratto agrario e qualche problema connesso», *Nuovo Dir.*, 1989, pág. 861; LUMINOSO, A., «Sulla dichiarazione di adesione al retratto agrario», *Riv. Giur. Sarda*, 1990, pág. 340; MORGI, A., «Esercizio del diritto di riscatto e mancato versamento del prezzo nei termini», *Giur. Agr. It.*, 1988, pág. 499; RAGIONIERI, M.P., «Esercizio di riscatto agrario con domanda giudiziale e successiva estinzione del proces-

adquirentes o frente a quienes de ellos traen causa, dentro del año siguiente a la inscripción del contrato de compraventa correspondiente. No le cabe al arrendatario, cultivador directo, en lugar de ejercitar el retracto, pedir al transmitente el resarcimiento de daños por vulnerar su derecho de *prelazione* (328). Su única reacción, excluido el resarcimiento del daño, es el ejercicio del retracto (329).

Como en su momento defendí respecto del derecho de tanteo, considero que el retracto tiene naturaleza jurídica de derecho potestativo con el que el arrendatario modifica a su favor la relación jurídica existente entre el propietario y el tercero adquirente. Se define como el poder de sustituir *ex tunc* al tercero adquirente en la misma relación negocial establecida entre éste y el vendedor por la sola declaración del arrendatario (330).

El retracto consiste en un poder dado al retrayente de determinar con su propia declaración unilateral de voluntad, una modificación subjetiva de los efectos traslativos de la enajenación, sustituyendo al adquirente y adquiriendo en su lugar directamente del enajenante por efecto de un único acto de enajenación (331).

El *retrato* en Italia se ha configurado como un derecho potestativo (332) que corresponde a quien siendo titular de la *prelazione* agraria no ha podido valerse de ella y que se ejercita mediante una declaración unilateral recepticia dirigida al tercero adquirente y determina su sustitución por el retrayente con efectos *ex tunc* (333). La Jurisprudencia italiana para

so», *Riv. Dir. Agr.*, 1990, II, p.162; TRIOLA, R., «Osservazioni in tema di rinuncia al riscatto», *Giur. Agr. It.*, 1984, pág. 98; VITALI, G., «In tema di esercizio del diritto di riscatto agrario», *Corriere Giur.*, 1989, pág. 499.

(328) Cass. 11-X, n.º 4547, *Giust. Civ.*, 1979, I, pág. 64. Cass. 28-X-1978, n.º 4934, *Riv. Not.*, 1979, II, pág. 826

(329) D'ORAZI FLAVONI, M., *Della prelazione legale e volontaria*, Giuffrè, Milano, 1950, pág. 287

(330) Cass. 26-3-1974, n.º 839, *Giur. Agr. It.*, 1975, pág. 614.

(331) En Italia véase Cass. 5-7-1973 n.º 1907, *Giur. Agr. It.*, 1975, pág. 349.

(332) Cas. 15-X-1970, n.º 2039, *Giur. Agr. It.*, 1973, II, pág. 417; Cas. 23-12-1974, n.º 4388, *Giur. It.*, 1975, I, l. c., 859. En la doctrina SCALINI, P., «L'impresa agraria e i contratti agrari», *Giur. Sist. Civ. Comm.*, diretta da BIAGINI, Torino, 1970, pág. 122; Spallanzani, D., «Lineamenti del regime della prelazione agraria», *Riv. Dir. Agr.*, 1968, II, págs. 333 y ss. SARA, C., «Sull'art. 8 della L. 26 maggio 1965, n.º 590», *Riv. Dir. Agr.*, 1968, pág. 425; BASSANELLI, E., «La prelazione legale per lo sviluppo della proprietà coltivatrice», *Riv. Dir. Agr.*, 1972, I, págs. 95 y ss. Para CASADEI, E., «La prelazione del coltivatore nei casi di non perfetta coincidenza entre il bene venduto e il fondo locado», *Riv. Trim.*, 1970, pág. 1354; D'ORAZI FLAVONI, M., *Retrato e riscatto*, Foro pad., 1963, I, pág. 177, considera el retracto como un derecho potestativo con eficacia real que tiene por efecto la sustitución del retrayente en la posición contractual del retraído en un contrato que permanece válido y eficaz.

(333) Cass. 23-6-1986, n.º 4166, en *Giur. Agr. It.*, 1987, pág. 250, Cass. 17-5-1985, n.º 3016, en *Giur. Agr. It.*, 1986, pág. 377.

salvar íntegramente la función del *retrato* considera que sus efectos son *ex tunc*, haciendo posible que el arrendatario, cultivador directo, consiga la titularidad del fundo en la situación jurídica en que se encontraba en el momento de la venta al tercero adquirente, sin que terceros puedan oponer eventuales derechos constituidos a su favor por el adquirente (334). El *retrato* puede hacerse valer contra los subadquirentes del derecho de propiedad, nuda propiedad, usufructo, etc., o frente al acreedor que había inscrito su hipoteca. Por tanto, el *retrato* no da lugar a la resolución del negocio traslativo a favor del tercero y a la formación de un título de adquisición *ex nunc* a favor del retrayente, sino a la sustitución *ex tunc* de aquel titular por el retrayente. Se trata de una modificación subjetiva en el tipo negocial que se realiza con la declaración unilateral recepticia con efectos *ex tunc* (335).

También en España los efectos del ejercicio del retracto son *ex tunc*, ya que el retrayente adquiere la finca rústica libre de toda carga, gravamen o hipoteca constituida con posterioridad al negocio jurídico origen del retracto, por gozar de prioridad aun frente a los derechos inscritos por terceras personas conforme declara el artículo 37 de la Ley Hipotecaria (336).

(334) Sirva de ejemplo una hipoteca consituida por el adquirente, que se considera ineficaz, Cass. 21-2-1980, n.º 12521.

(335) Cfr. Cass. 26-3-1974, n.º 839, *Giur. Agr. It.*, 1975, II, pág. 614. Cass. 5-7-1973, n.º 1907, *Foro It.* 1974, I, c. 3481; RECCHI, P., «La prelazione del conduttore di fono rutico in alcuni paesi dell'Europa Occidentale», *Riv. Giur. Lav.*, 1970, I, pág. 55; SPALLANZANI, D., «La prelazione nella vendita difosldi rustici», *Riv. Not.*, 1966, I, pág. 415. Es crítico con la doctrina prevalente, TRIOLA, R., «Modalità di esercizio ed effetti del retratto nella prelazione legale», *Gius. Civ.*, 1974, I, pág. 661, quien entiende que el efecto de la declaración del retratto consiste en un traspaso *ex nunc* del adquirente al rescatante del derecho enajenado el cual deja intacta la enajenación estipulada sin respeto del derecho de *prelazione*.

Sin embargo, hay que señalar que la Jurisprudencia más reciente ha criticado la teoría de la subrogación tendiendo a reconducir el supuesto de ejercicio de *retrato* al ámbito de la transmisión coactiva, si bien no ha especificado la naturaleza de la estructura, Cass. 16-10-1976, n.º 3498, *Foro, It.*, 1976, I, 2586.

(336) Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 8 de mayo de 1959, *Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi*, 1959, 1944. En esta resolución refiriéndose a tal efecto dice que: «entraña graves peligros e inseguridades para la contratación inmobiliaria por la múltiple variedad de retractos reconocidos en la legislación vigente, de los que no hay el menor indicio de existencia en los libros del Registro y que, al actuar a modo de cargas ocultas, perjudican al tráfico jurídico y la seguridad del crédito territorial», añadiendo que: «el derecho de retracto legal como limitación del dominio obra siempre con la máxima eficacia frente a los terceros adquirentes del inmueble, hasta el punto de que respecto del mismo no actúan ciertos principios hipotecarios, básicos en nuestro sistema, como el de fe pública registral, que se paraliza, y en definitiva quedan inermes los enérgicos resortes de defensa que la inscripción lleva de ordinario consigo, todo lo cual constituye la excepción unánimemente reconocida y declarada por el artículo 37 de la Ley Hipotecaria en su número tercero».

IV.2. EJERCICIO DEL RETRACTO

IV.2.1. *Presupuestos*

Para que pueda ejercitarse el derecho de retracto es absolutamente imprescindible que se haya producido la transmisión de la finca rústica arrendada. No cabe su ejercicio ante una promesa de venta o ante el conocimiento de las ofertas previas a la venta. En estos casos, como ya he explicado, puede ejercitarse el tanteo.

Independientemente de cuando nazca el derecho de retracto (337), solamente cabe su ejercicio cuando, como *conditio iuris* de su ejercicio (338), la enajenación está consumada —el adquirente tiene en su poder la finca rústica— (339).

Sin embargo, no es obstáculo para ejercitar el derecho de retracto, por no serlo tampoco para que se consume la venta, cualquiera de las siguientes circunstancias. Primera, la existencia de aplazamiento de parte del precio de la finca rústica, puesto que la consumación de la compraventa se produce por la transmisión del dominio por la entrega de la cosa (340). Segunda, la sumisión de la compraventa a condición resolutoria, puesto que el arrendatario como retrayente adquirirá en las mismas circunstancias del comprador (341). En tercer y último lugar, tampoco es obstáculo el que la condición resolutoria a que se encuentre sometida la compraventa sea la voluntad del vendedor de readquirir el dominio de la cosa vendida, dado que eso no afecta a la consumación de la compraventa, al producirse una

(337) Para algunos autores nace el derecho de retracto desde que se adquiere la situación jurídica de arrendatario de la finca rústica. Existe desde que se constituye por la Ley de Arrendamientos Rústicos, incluso antes de que se enajene la finca rústica. Desde que se es arrendatario rústico, aunque todavía no se haya producido la transmisión de la finca rústica, surge el derecho retractual. En este sentido, GARCIA CANTERO, G., *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*. Dirigidos por Albaladejo/Díaz Alabart, tomo XIX, págs. 629, 630 y 645; Barber Cárcamo, R., *El retracto gentilicio*. Editorial Montecorvo, S. A., Madrid, 1991, págs. 327 y 328.

(338) SANCHO REBULLIDA, F. DE A., en LACRUZ BERDEJO, J.L., *Elementos de Derecho civil*, tomo III, vol. 2, 2.ª ed., Bosch, Barcelona, 1991, pág. 444.

(339) En el caso de la venta, su consumación fundamentalmente viene determinada por la entrega de la cosa, Sentencias del TS de 26 de mayo de 1982, *Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi*, 1982, pág. 2602; de 6 de junio 1988, *Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi*, 1988, pág. 4820, y de 30 de enero de 1989, *Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi*, 1989, pág. 158.

(340) Sentencias del TS de 12 de mayo de 1945, *Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi*, 1945, pág. 576, y de 28 de junio de 1949, *Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi*, 1949, pág. 736.

(341) Sentencia del TS de 17 de abril de 1958, *Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi*, 1958, pág. 1484.

transferencia inmediata del dominio, aunque lo sea con carácter revocable durante la vigencia del pacto (342).

Conviene detenerse en estos supuestos especiales. Así, en primer lugar, si se realiza una compraventa de la finca rústica con pacto de precio aplazado y condición resolutoria en caso de impago, ¿es posible que el arrendatario ejercite el derecho de retracto? La respuesta ha de ser afirmativa. La finca rústica ha salido del patrimonio del vendedor y ha ingresado en el del comprador. Al retracto del arrendatario rústico no cabe oponer la condición resolutoria impuesta por el impago del resto del precio en el plazo estipulado (343), dado que al «subrogarse» el arrendatario retrayente en la posición jurídica del comprador, aquél adquiere en las mismas condiciones que éste, es decir, sujeto a la condición resolutoria. El aplazamiento de parte del precio no impide que se consume la venta, que acontece cuando se produce la transmisión del dominio por la entrega de la finca rústica, extremo este que no resulta afectado por las obligaciones pendientes derivadas del aplazamiento del precio (344).

Igualmente cabe el ejercicio del retracto por el arrendatario rústico en el caso de una compraventa de una finca rústica con precio aplazado garantizado con hipoteca. En ese supuesto no cabe obligar al arrendatario retrayente a consignar el precio de una sola vez puesto que, además de vulnerar el artículo 1.521 del Código Civil, se alterarían las condiciones en que la transmisión se estipuló. Como la entrega del precio aplazado se aseguró con hipoteca sobre la finca rústica transmitida, la garantía real ha de subsistir (345), subrogándose el retrayente de la finca rústica en las mismas estipulaciones y garantías (346).

Sin embargo, el arrendatario retrayente, por exigencia del artículo 1.618, párrafo segundo, de la Ley de Enjuiciamiento Civil, para tramitar la demanda retractual, ha de consignar el precio de la venta, es decir, la cantidad desembolsada por el adquirente en cuya posición se subroga y que comprende

(342) Sentencia del TS de 20 de mayo de 1943, *Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi*, 1943, pág. 572.

(343) En este sentido Sentencia TS de 17 de abril de 1958, *Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi*, 1958, pág. 1484.

(344) Sentencia del TS. de 12 de mayo de 1945, *Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi*, 1945, pág. 576, y Sentencia del TS de 28 de junio de 1949, *Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi*, 1949, pág. 736.

(345) Sentencia del TS de 11 de diciembre de 1944, *Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi*, 1944, pág. 1282. Sin embargo, señala dificultades técnico-jurídicas FIGA FAURA, L., «El retracto legal en la compraventa de inmuebles con precio aplazado», *Revista Crítica de Derecho Privado*, 1948, págs. 887 y ss. Véase también el artículo 118 de la Ley Hipotecaria.

(346) Así, en este sentido, GARCÍA CANTERO, G., *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Dir. Albaladejo, M., y Díaz Alabart, S., tomo XIX, Editorial Revista de Derecho Privado, págs. 639 Y 640.

además de la cantidad pagada en el acto de venta, las sucesivas entregas del precio aplazado (347).

En el supuesto de que la condición resolutoria a que se encuentra sometida la venta de la finca rústica consista en la voluntad del vendedor de reservarse el derecho de recuperar la finca vendida —el llamado retracto convencional del artículo 1.507 del Código Civil español—, también cabe que el arrendatario ejercite el retracto en el plazo que establece el artículo 88 de la Ley de Arrendamientos Rústicos, sin que quede excluido el mismo durante el plazo de duración del pacto de retro —artículo 1.508 del Código Civil español— (348), si bien el arrendatario retrayente respetará el ejercicio del retracto convencional por el vendedor anticipándose al suyo (349).

Otro supuesto distinto, el segundo que he señalado como especial, tiene lugar cuando el contrato se anula o rescinde —no por causas legales, en cuyo caso no cabe ejercitar el retracto por falta del presupuesto básico: la existencia de una venta (350)—, obedeciendo a la conveniencia de las partes contratantes con ánimo fraudulento. El retracto no opera en los casos en que la venta es nula de pleno derecho por carencia de alguno de los requisitos exigidos por el artículo 1.261 del Código Civil. Sí opera, cuando esa ineficacia se deba únicamente a la voluntad de las partes contratantes. También operará en los supuestos de compraventas anulables y rescindibles en tanto en cuanto no se interponga la correspondiente acción impugnatoria siempre y cuando se mantenga que el negocio anulable es inicialmente válido (351).

Por su parte, en Italia el *retrato* también puede ejercitarse desde el momento en que el propietario ha enajenado el fundo. Es ejercitable desde la consumación del contrato de compraventa, aun cuando no se haya producido la *trascrizione* —inscripción registral— señalada en el inciso 5.º del

(347) Sentencia del TS de 31 de octubre de 1988, *Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi*, 1988, pág. 7780.

(348) Sentencia del TS de 20 de mayo de 1943, *Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi*, 1943, pág. 572.

(349) Sentencia del TS de 24 de marzo de 1956. *Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi*, 1956, pág. 1537.

(350) La Sentencia del TS de 12 de octubre de 1912, *Jurisprudencia Civil*, Colección de Sentencias del Tribunal Supremo publicadas por la *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, tomo 125, págs. 70 y ss., en ella se pone de manifiesto que una vez ejercitado el retracto no puede perjudicar su efectividad toda innovación de parte del vendedor o comprador que deje sin efecto la venta que dio origen al retracto.

(351) Entiende que es eficaz hasta que se anule Díez-Picazo, L., *Fundamentos de Derecho civil patrimonial*, tomo I, 4.ª ed., Madrid, 1993, pág. 463. En contra, DELGADO ECHEVARRÍA, J., en LACRUZ BERDEJO, J. L., *Elementos de Derecho civil*, tomo II, vol. 2, 2.ª ed., Barcelona, 1987, págs. 356 y 357. La «subrogación» opera solamente si en el momento de interponer la acción de retracto se ha trasladado el dominio al comprador. Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de julio de 1946, *Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi*, 1946, pág. 992.

artículo 8 de la Ley n.º 590, como *dies a quo* del término para su ejercicio: un año (352).

Además, tanto en España como en Italia se coincide en señalar como presupuesto del retracto la ausencia de la preceptiva notificación, que de manera fehaciente debe realizar el transmitente al arrendatario, referida a su propósito de enajenar la finca arrendada, indicando las condiciones de la enajenación, así como el precio.

En defecto de notificación del arrendador al arrendatario, señala el artículo 88 de la Ley española de Arrendamientos Rústicos de 1980, el arrendatario tendrá derecho de retracto durante sesenta días hábiles a partir de la fecha en que, por cualquier medio, haya tenido conocimiento de la transmisión. En el mismo sentido, en Italia el inciso 5.º del artículo 8 de la Ley n.º 590 de 1965 señala que si el propietario del fundo en arrendamiento no procede a la *denuntiatio*, o el contenido de ésta difiere de los tratos preliminares entre el propietario transmitente y el tercero (353), el arrendatario tiene el derecho de *retrato* dentro de un año a partir de la *trascrizione* del contrato de compraventa.

Para la Jurisprudencia italiana el ejercicio del *retrato* no se encuentra limitado a que el propietario omita la *denuntiatio* o comunique un precio superior al importe resultante —inciso 5.º del artículo 8 de la Ley n.º 590 de 1965—, por considerar que esas situaciones no agotan todas las posibilidades en que una determinada categoría de sujetos ven frustradas sus expectativas de preferencia en la adquisición con prioridad a un tercero. Por tanto, la norma ha de interpretarse en sentido amplio al fin de adecuarla a la voluntad querida por la Ley n.º 590, que no es otra que la de favorecer, en igualdad de condiciones, a los arrendatarios rústicos cultivadores directos, frente a todo otro adquirente (354).

Por otra parte, señalar que en sentido estricto no cabe la acción retractual por el arrendatario rústico cuando el comprador se haya obligado de modo esencial a prestaciones personalísimas con el vendedor (355), ya que no son

(352) Sobre este particular véase a GIORGIO CASAROTTO, *La prelazione agraria. (Lineamenti dell'istituto dottrina e Giurisprudenza)*, op. cit., págs. 276 y ss.

(353) Puede ocurrir que se realice la *denuntiatio* contemplando la venta en un único bloque del fundo cultivado. Si después se realiza la misma por parcelas de la finca separadas, no se ha notificado correctamente las condiciones del proyectado contrato, surgiendo para el arrendatario la posibilidad de ejercitar el *retrato* Cass. 22-11-1974, pág. 3792.

(354) Cass 11-9-1972, n.º 2724, *Giust. Civil*, 1972, I, pág. 1844.

(355) Sentencia del TS de 10 de enero de 1919, Jurisprudencia Civil. Colección SSTs publicadas por la *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, tomo 145, n.º 9, págs. 39. Así en este sentido GARCÍA CANTERO, G., *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, DIR. Albaladejo, M., y Díaz Alabart S., tomo XIX. Editorial Revista de Derecho Privado, págs. 640. BARBER CÁRCAMO, R. *El retracto gentilicio*, op. cit., págs. 145 y 146.

posibles para el arrendatario, dado su condición de intransmisibles por su carácter esencial o *intuitu personae*. En esos casos ha de concluirse que el carácter personalísimo de las prestaciones impide la viabilidad del retracto del arrendatario (356), ya que no cabe la subrogación del retrayente en el lugar del adquirente, dado que sobre éste recaen obligaciones de carácter personalísimo e intransmisibles (357).

Por último hago una breve referencia al caso de la venta en pública subasta y sobre la procedencia o no del ejercicio del Derecho de retracto. Al respecto la Jurisprudencia italiana, ante el silencio de la Ley, ha reconocido el derecho de *prelazione*, y consiguientemente el derecho de *retrato*, en caso de venta en pública subasta, judicial o no (358).

En España el artículo 89 de la Ley de Arrendamientos Rústicos, al enumerar los supuestos que originan para el arrendatario el derecho de adquisición preferente, concluye con la expresión «o cualesquiera otros distintos de la compraventa». Esta expresión permite ampliar el ejercicio por el arrendatario del derecho de adquisición preferente, sin ir más allá de lo permitido por la propia Ley, al caso de la venta en pública subasta (359).

Mediante la subasta, se enajena forzosamente la finca rústica, determinando el posible comprador y el precio del remate —precio que se pagará por la finca rústica—. A partir del momento en el cual un postor ofreció un precio admisible para la adquisición de la finca rústica que se enajena forzosamente, nace la acción de derecho de adquisición preferente, puesto que la venta comenzó a producir sus efectos de modo pleno, si bien no debemos olvidar que en un principio quedarán sometidos a la condición resolutoria propia de toda subasta, es decir, que se abone el precio total ofrecido por la finca rústica vendida.

El momento a partir del cual se inicia el plazo de ejercicio del derecho de adquisición preferente por el arrendatario empieza a contar desde el auto de aprobación judicial del remate, siempre que el retrayente haya tenido cono-

(356) En este sentido, GARCÍA CANTERO, G., *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Dir. Albaladejo, M., y Díaz Alabart, S., tomo XIX, Editorial Revista de Derecho Privado, pág. 640. BABER CÁRCAMO, R., *El retracto gentilicio*, op. cit., págs. 145 y 146. Véase también la Sentencia del TS, Sala de lo Social, de 6 de octubre de 1969.

(357) Sentencia del TS, Sala de lo Social, 6 de octubre de 1969, *Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi*, 1969, p.5256.

(358) Cass. 13-6-1992, n.º 7250

(359) Sentencias del Tribunal Supremo de 16 de mayo de 1946, *Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi*, 1946, pág. 565; de 29 de febrero de 1960, *Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi*, 1960, pág. 943, de 26 de mayo 1992, *Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi*, 1992, pág. 4382. En sentido contrario, CUBELLS ROIG, E., «La subasta y el retracto *ex lege*», *Revista General de Derecho*, mayo, 1993, n.º 584, págs. 4380 y 4381, que considera que la subasta excluye al retracto *ex lege*, salvo las excepciones expresamente previstas por el legislador.

cimiento exacto de la subasta y de las condiciones de la misma (360). Con la aprobación judicial de la subasta se abre el plazo de la acción de derecho de adquisición preferente, ya que con la aprobación del remate y la subsiguiente adjudicación al rematante de la finca rústica subastada se opera la consumación de la venta judicial, atribuyéndose a la referida adjudicación judicial el carácter de tradición simbólica (361).

IV.2.2. *Las partes en el retracto*

IV.2.2.1. Sujeto activo

El titular del derecho de *retrato* en Italia —inciso 5.º del artículo 8 de la Ley n.º 590 de 1965— es el arrendatario, cultivador directo, que ha visto vulneradas sus expectativas de su derecho de *prelazione* por el propietario del fundo con la transmisión al tercero.

En el mismo sentido, en España el artículo 88 de la Ley de Arrendamientos Rústicos establece que: «en defecto de notificación del arrendador, el arrendatario tendrá derecho de retracto».

La condición de arrendatario para ejercitar el derecho de retracto (362) no es necesario que concorra inicialmente, sino que también se concede a los que

(360) Sentencia del TS de 11 de julio de 1992, *Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi*, 1992, pág. 6280.

(361) Sentencias del TS de 11 de julio de 1992, *Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi*, 1992, pág. 6280; de 30 de octubre de 1990, *Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi*, 1990, pág. 8268, y julio de 1991, *Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi*, 1991, pág. 5311.

(362) En caso de matrimonio, si sólo uno de los cónyuges es arrendatario a tenor de lo establecido en la Ley de Arrendamientos Rústicos, para determinar si la finca que sirve objeto al ejercicio del retracto es bien ganancial o privativo se atenderá a lo dispuesto en los artículos 1.346-4º y 1.347-4º del Código Civil. Estos preceptos, tras la reforma operada en el régimen de gananciales y la inclusión, tanto en la esfera privativa como ganancial del retracto, se fundamentan en el principio de que es indiferente el origen privativo o ganancial del dinero con que se pague el precio respecto de la naturaleza de la finca rústica como bien ganancial o privativo. Si bien la finca rústica adquirida es mediante precio, sin embargo, no ingresa necesariamente en el patrimonio de donde procede dicho precio, sino que sustituye al derecho en cuyo ejercicio se adquirió. La finca rústica adquirida por derecho de retracto perteneciente a uno sólo de los cónyuges, no perderá su carácter privativo por el hecho de que su adquisición se haya realizado con fondos comunes, si bien en este caso la sociedad será acreedora del cónyuge propietario por el valor satisfecho. Se producirá un derecho de reembolso de la sociedad de gananciales respecto del cónyuge propietario por valor satisfecho en el caso de tener carácter privativo la finca rústica retraída y su adquisición se ha realizado con fondos comunes —artículo 1.346-4º del Código Civil—. La finca rústica adquirida por derecho de retracto de carácter ganancial no dejará de ser un bien ganancial aun cuando su adquisición se hubiese realizado con fondos privativos, en cuyo caso la sociedad será deudora del cón-

ostenten tal cualidad por subrogación *inter vivos* —artículo 61.2 de la Ley española de Arrendamientos Rústicos— o *mortis causa* —artículo 79 de la Ley española de Arrendamientos Rústicos—. Aun en el caso de que el arrendatario de una finca rústica no esté al corriente en el pago de las rentas, puede ejercitar el retracto, siempre que en el momento de ejercitarlo tenga la condición de arrendatario (363).

Por el contrario, no puede prosperar la acción de retracto cuando la ejerce quien no acredite ser arrendatario —la pérdida de tal calidad produce la extinción del derecho de retracto—, o aun siéndolo, sea propietario de más de 20 hectáreas en regadío o de 200 en secano en territorio nacional —artículo 97 de la Ley de Arrendamientos Rústicos de 1980—.

IV.2.2.2. Sujeto pasivo

En Italia el inciso 5.º del artículo 8 de la Ley n.º 590 de 1965 señala como sujeto pasivo del *retrato* al propietario del fundo arrendado en el momento de su ejercicio. En el caso de sucesivas enajenaciones, el *retrato* va dirigido contra el último adquirente (364).

Una vez que la Ley atribuye al cultivador un instrumento para alcanzar un resultado, ello implica la eliminación de cualquier obstáculo que impida alcanzar ese resultado. Por ello el retrayente debe comunicar su ejercicio del retracto a todos los sujetos que tengan derechos reales sobre el fundo objeto de retracto (365).

También en España el retracto lo soporta el adquirente, en cuyo lugar se subroga el retrayente (366). El originario propietario del fundo que lo transmitió a un tercero no se ve afectado por el retracto, puesto que ya no tiene derecho alguno sobre la finca rústica.

yuge por el valor satisfecho. Se producirá un derecho de reembolso a favor del cónyuge y contra el patrimonio ganancial si el pago se hizo con dinero privativo —artículo 1.347-4.º del Código Civil—.

(363) Si bien referidas al arrendamiento urbano, véase la STS 3-6-1952, *Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi*, 1952, pág. 1246, y STS de 7-5-1985, *Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi*, 1985, pág. 2262. Sobre la obligación de pago de la renta por parte del arrendatario hasta la fecha de la consignación del precio de retracto, véase PASCUAL QUINTANA, «El vicio esencial en el ejercicio del derecho de retracto en los arrendamientos rústicos», *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1956, págs. 603 y ss.

(364) Cass 22- 11-1974 n.º 3792, en *Giust. Civ.*, 1975, I, pág. 797; Cass. 5-7-1973, n.º 1907, en *Riv. Notar.*, 1974, pág. 431.

(365) Caprino, B., *L'acquisto coattivo del diritto reali*, Napoli, 1977, págs. 1146 y 1147.

(366) COCA PAYERAS, M., «Retracto», *Enciclopedias Jurídicas Civitas*, *Enciclopedia Jurídica Básica*, vol. IV, Editorial Civitas, Madrid, 1995, 4.ª, pág. 5983.

La acción de retracto ha de dirigirse contra el comprador sin que se precise declarar la resolución de la transmisión ya efectuada para que el retrayente pueda hacer efectivo su derecho de preferente adquisición sobre el fundo. Ejercitado el retracto con todos los requisitos exigidos por la Ley, se produce una enajenación forzosa de la finca rústica en su favor, reembolsando el arrendatario al tercero lo que pago o, en su caso, al acreedor que ha obtenido la propiedad, el importe de la deuda, según exige el artículo 1.518 del Código Civil, en virtud de la remisión del artículo 90 de la Ley española de Arrendamientos Rústicos.

Consideración especial merece el supuesto en el que el tercero adquirente se encuentra casado en el momento en que se verifica la transmisión y el régimen económico del matrimonio es el de la sociedad de gananciales. En tal caso la acción de retracto ha de dirigirse también contra el esposo o esposa del adquirente, ya que el bien objeto de retracto tiene carácter de ganancial (367).

Supuesto distinto es el de ventas sucesivas de la finca rústica, en cuyo caso el retrayente no debe dirigirse únicamente contra el primer comprador, sino que habrá de dirigir la acción, además, contra los adquirentes posteriores. En otras palabras, el derecho de retracto se dirige no sólo contra el primer adquirente cuya adquisición originó el retracto, sino también contra quien ahora es titular de la finca rústica, en el supuesto de que el retrayente conoció la transmisión a un segundo o ulterior comprador (368). No se olvide que la acción de retracto resultaría inútil si únicamente se dirige contra quien no está ya en posesión dominical de la finca. En definitiva, en caso de multiplicidad de transmisiones, debe demandarse a todos los adquirentes posteriores, siempre que se tenga conocimiento de esas sucesivas transmisiones: No es posible dejar sin efecto la segunda y sucesivas enajenaciones, en su caso, sin la concurrencia en el juicio del adquirente en cuyo poder se halla de derecho la finca rústica que se reclama. A los ulteriores adquirentes, por traer causa del primero, les ha de alcanzar igual que a este las consecuencias de la acción de retracto (369).

La razón de que la acción retractual haya de dirigirse contra el primer comprador se encuentra en que su adquisición fue la que originó el ejercicio del retracto y sus condiciones sirven de base a la pretendida «subrogación» del retrayente. Igualmente ha de dirigirse contra el último adquirente porque

(367) Artículos 1.375 y 1.377 del Código Civil. Sin embargo, mayoritariamente la Jurisprudencia recaída al respecto entiende inaplicable la excepción de litisconsorcio pasivo necesario, así STS de 5 de junio de 1989, *Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi*, 1989, pág. 4295, referida a la acción *communi dividundo* derivada del artículo 400 del Código Civil.

(368) ALBALADEJO GARCÍA, M., *Derecho Civil*, tomo III, vol. 2, 8.ª ed., Bosch, Barcelona 1994, pág. 358, y BARBER CÁRCAMO, R., *El retracto gentílico*, Editorial Montecorvo, S.A., Madrid, 1991, págs. 378 a 384 y 467.

(369) STS de 9 de mayo de 1956, *Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi*, 1956, pág. 2686.

es el obligado a otorgar la escritura de venta y entregar la finca al retrayente. Por último, también ha de dirigirse contra los adquirentes intermedios, dado que sin su concurrencia en el juicio no cabe dejar sin efecto las transmisiones intermedias (370).

IV.2.3. *Plazo y modos de ejercicio del retracto*

En España, el retracto ha de ejercitarlo el arrendatario mediante proceso declarativo, en el plazo de sesenta días hábiles (371) a partir de la fecha en que por cualquier medio tuviere conocimiento de la transmisión (372), para que se le reconozca y se declare a su favor el derecho preferente a la adquisición de la finca, y su subrogación en el lugar del adquirente y que se le otorgue escritura pública transmitiéndole el dominio de la finca retraída, previo pago o consignación del precio y reembolsos legales (373).

El plazo de ejercicio del retracto, lo es de caducidad, lo que significa la extinción del derecho que ya nace con un plazo de duración limitada, de manera que transcurrido el lapso de sesenta días hábiles, el derecho de retracto quedará necesariamente extinguido. El plazo establecido en el artículo 88 de la Ley de Arrendamientos Rústicos para el ejercicio de las acciones de retracto ha de calificarse como de caducidad (374), puesto que dando una duración prefijada para el ejercicio de tales acciones, no se invaden más allá de lo necesario, los justos intereses de los demás (375). La caducidad no requiere su alegación —al contrario de la prescripción que sólo cuando se alega puede ser estimada— y opera por sí misma obligando al juzgador a declararla de oficio (376). Asimismo, la caducidad no admite interrupción,

(370) STS de 27 de febrero de 1954. *Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi*, 1954, pág. 981.

(371) En cuanto al plazo para el ejercicio de la acción de retracto, véase las Sentencias del TS. de 17 de marzo de 1989, 30 de octubre de 1990, 6 de febrero de 1992 y de 25 de abril de 1981.

(372) Sentencias de 6 de febrero de 1979, de 15 de octubre de 1984 y de 9 de febrero de 1984. Según esta última: «el conocimiento de la venta, a efectos de comenzar a contar el plazo de ejercicio del retracto, ha de ser completo, cumplido y cabal, abarcando una noticia exacta de todos los extremos de la transmisión, no bastando ciertas referencias de la misma o datos incompletos de sus condiciones».

(373) Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de febrero de 1982.

(374) Sentencia del TS de 11 de julio de 1992, *Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi*, 1992, pág. 6280, y Sentencia del TS de 30 de septiembre de 1992, *Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi*, 1992, pág. 7419.

(375) Así PUIG BRUTAU, J., *Compendio de Derecho civil*, vol. I, Bosch, Barcelona, 1987, pág. 383.

(376) STS de 30 de abril de 1940. *Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi*, 1940, pág. 304.

originándola el mero transcurso del tiempo (377), resultando absolutamente extraordinaria la admisión de la suspensión del plazo (378).

Calificado el plazo como de caducidad, es preciso concretar exactamente el día inicial a partir del cual se han de computar los sesenta días hábiles. El artículo 88 de la Ley de Arrendamientos Rústicos sigue un criterio «subjetivo» al dar al retrayente sesenta días hábiles a partir de la fecha en que por cualquier medio, haya tenido conocimiento de la transmisión. No se presume *iuris et de iure* que desde que se produce la inscripción de la escritura de transmisión en el Registro de la Propiedad el retrayente conoce la enajenación (379).

El día inicial para el cómputo del plazo de caducidad es aquel en que, por cualquier medio, el retrayente haya tenido cumplido conocimiento de la transmisión y de sus condiciones, independientemente del medio por el que se entere o se haya procedido o no a la inscripción de la misma en el Registro de la Propiedad (380). Ese conocimiento ha de ser claro, preciso, sin aspectos dudosos (381) y además completo, cabal, cumplido, con noticia exacta de todos los extremos de la transmisión (382). Solamente si el retrayente tiene pleno conocimiento (383), contará con los elementos de juicio precisos para decidir sobre la conveniencia o no de ejercitar la acción de retracto.

Corresponderá al demandado probar que la fecha de conocimiento de la venta por el arrendatario, es distinta de la alegada por el retrayente (384). Es por esto que la legislación española presta especial atención a la acreditación

(377) STS. de 18 de diciembre de 1984, *Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi*, 1984, pág. 6135.

(378) Tras la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 6 de agosto de 1984, el artículo 460 del citado texto legal suprime el carácter obligatorio del acto de conciliación, sin que éste pueda, por tanto, configurarse como medio interruptivo del ejercicio de una acción sujeta a plazo de caducidad.

(379) Existe esa presunción *iuris et de iure* en el artículo 1.524 del Código Civil.

(380) Hago notar la diferencia con lo dispuesto en el artículo 1.524 del Código Civil, en el que el día inicial para el cómputo del plazo es el del conocimiento de la venta, a no ser que previamente se haya procedido a la inscripción de la misma en el Registro de la Propiedad. En este sentido, Sentencias del TS de 20 de marzo de 1925 *Jurisprudencia Civil*, Colección de Sentencias del Tribunal Supremo publicadas por la *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, tomo 168, págs. 880 y ss., de 8 de julio de 1946, *Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi*, 1946, pág. 992.

(381) Sentencia del TS de 28 de febrero de 1989, *Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi*, 1989, pág. 1411.

(382) Sentencia del TS de 24 de mayo de 1982, *Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi*, 1982, pág. 2591; Sentencia del TS de 9 de febrero de 1984, *Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi*, 1984, pág. 1128.

(383) No es obstáculo a tal conocimiento pleno el hecho de que falten algunos datos intrascendentes, Sentencia TS de 15 de septiembre de 1990, *Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi*, 1990, pág. 6858.

(384) Sentencias del TS de 18 de junio de 1949, *Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi*, 1949, pág. 734, y de 26 de febrero de 1956, *Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi*, 1956, pág. 1503.

de la notificación. El párrafo primero del artículo 91 de la Ley de Arrendamientos Rústicos dispone que en toda escritura de enajenación de fincas rústicas el transmitente deberá declarar si la que es objeto de la misma está o no en arrendamiento. Puede ocurrir que el transmitente sea el nudo propietario, en cuyo caso manifestará quien sea el arrendador y su calidad de usufructuario, superficiario u otro título análogo.

En esa declaración el transmitente, tras manifestar si la finca está o no arrendada, expresará, caso de estar arrendada, si se trata de un aprovechamiento de los sujetos a la Ley de Arrendamientos Rústicos o de alguno de los excluidos según los artículos 4, 6 y 7 del mismo texto legal. Se añadirá si se está o no ante una donación entre parientes o en caso de permuta —extremos previstos en el artículo 92 de la Ley de Arrendamientos Rústicos— y caso de saberse, si el arrendatario es propietario de fincas con las superficies previstas en el artículo 97 del mismo texto legal. Por último manifestará si realizó las notificaciones que exigen los artículos 87 y 89 de la Ley de Arrendamientos Rústicos, puesto que de lo contrario el Notario no autorizará la escritura de enajenación y el Registrador de la Propiedad no inscribirá la enajenación cuando falte en la escritura esa declaración de que la finca no se halla arrendada. Tampoco inscribirá el título de adquisición cuando falte la acreditación de haberse practicado la notificación fehaciente de la enajenación. Esta notificación fehaciente la realizará el mismo Notario autorizante de la escritura de enajenación, salvo que el transmitente se comprometa a gestionarla por otro Notario o mediante un acto de conciliación.

Los párrafos primero y segundo del artículo 91 de la Ley de Arrendamientos Rústicos parecen entrar en contradicción. Por un lado, en el párrafo primero se afirma que el fedatario no autorizará la escritura de enajenación sin que el transmitente le acredite la notificación al arrendatario de su propósito de enajenar, indicando las condiciones de la enajenación, así como el precio, en su caso, y el nombre y circunstancias del adquirente. Por otra parte, el párrafo segundo del mismo precepto establece que «en todo caso» al arrendatario se le notificará de forma fehaciente la escritura de enajenación al efecto de que pueda ejercitar el derecho de retracto. Entonces surge el interrogante de cómo notificar una escritura de enajenación en el caso de que el notario no haya podido autorizarla. Para salvar la contradicción, no cabe alegar que el legislador al redactar el precepto consideró solamente situaciones concretas, dado que no existe base alguna para afirmarlo. El precepto no contempla únicamente los casos en que el transmitente asegura al Notario que la finca no está arrendada, o que el contrato ya está extinguido o, por último, que el contrato no está sujeto a la legislación especial de arrendamientos rústicos, situaciones éstas en que el Notario autorizaría la escritura de enajenación, si bien cosa distinta es que el transmitente haya cometido delito de falsedad en documento público.

Tampoco se salva la contrariedad aseverando que el segundo párrafo del artículo 91 de la Ley de Arrendamientos Rústicos únicamente está pensado para el supuesto en que hubiese mediado una transmisión verbal o en documento privado sin notificación previa, puesto que en este caso el Notario, atendiendo a lo dispuesto en el párrafo primero del mismo precepto, no puede autorizar la escritura de enajenación y, por tanto, difícilmente podrá notificarse al arrendatario.

La contradicción se salva entendiendo que el Notario autorizara la escritura de enajenación con sólo alegar el transmitente, en el momento de la enajenación, que ha practicado la notificación en tiempo y forma. La escritura de enajenación se notificará en todo caso al arrendatario para que de no ser así el arrendatario pueda ejercitar el retracto y así adquirir la finca.

Por último, hay que aludir al supuesto en que el arrendatario no ejercite su derecho, dejando transcurrir el plazo de los sesenta días establecido por el artículo 88. Si se está ante un contrato de compraventa ya realizado y el arrendatario no ejercita en tiempo y forma el retracto, el adquirente revalida su derecho de propiedad sobre la finca —el artículo 90 de la Ley de Arrendamientos Rústicos se ocupa en su párrafo tercero, letra *d*)—. El arrendatario, que no ejerce en tiempo y forma el retracto, continuará como tal, mientras el nuevo propietario lo será bien de la nuda o plena propiedad.

Me ocupo ahora de Italia. En la legislación italiana el *retratto* es ejercitable desde la conclusión del contrato de compraventa, aunque no se haya realizado la inscripción registral, a la que se remite el inciso 5.º del artículo 8 de la Ley n.º 590 de 1965 como *dies a quo* del término para su ejercicio. Aquella tiene únicamente relieve a los solos fines del transcurso del plazo de decadencia: un año de la fecha de la transcripción de la compraventa.

En la hipótesis de que el acto traslativo de la propiedad al tercero sea una sentencia —vg. ejecución específica de la obligación de concluir un contrato—, el término va referido a la transcripción de la sentencia (385).

El arrendatario, cultivador directo, que intente ejercitar el *retratto* debe en primer lugar notificar al adquirente su ejercicio del *retratto*, ya sea en forma extrajudicial o en acto de citación dentro del año de la inscripción del contrato de compraventa. Esta declaración de ejercer el retracto contiene la voluntad del arrendatario de adquirir el fundo mediante el reembolso del precio pagado por el adquirente, así como de los gastos que a éste le ha ocasionado la adquisición. En segundo lugar debe reembolsar el precio, así como los gastos u otros pagos legítimamente realizados en la compraventa, en los términos previstos en los incisos 6.º y 7.º del artículo 8 de la Ley n.º 590/1965.

(385) GIORGIO CASAROTTO, G., *La prelazione Agraria (Lineamenti dell'istituto Dottrina e Giurisprudenza)*, Cedam, Padova, 1980, pág. 277.

En cuanto a los modos de ejercicio del retracto, en España puede distinguirse entre el ejercicio judicial, el acto de conciliación y por último su ejercicio extrajudicial.

En primer lugar, en relación con el ejercicio judicial, el artículo 129 de la Ley de Arrendamientos Rústicos señala que cuando se ejercite la acción de retracto «el procedimiento será el del título XIX, libro II, de la Ley de Enjuiciamiento Civil, ajustándose a lo prevenido en la presente Ley». Por tanto, para ejercitar judicialmente el retracto se acudirá al órgano judicial competente en la forma prevenida en el artículo 1.618 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que regula el procedimiento en los juicios de retracto, ajustándose a lo prevenido en la Ley de Arrendamientos Rústicos. Así, para que prospere la demanda retratual, es suficiente que se consigne o se afiance el precio pagado en la venta origen del retracto —artículo 1.618-2 Ley de Enjuiciamiento Civil— (386). Para que la demanda sea admitida, no se impone al retrayente la obligación de consignar ni afianzar el pago de los gastos del contrato y los demás gastos legítimos hechos para la venta, como se establece en el artículo 1.518 del Código Civil, ya que el pago de estos gastos es requisito únicamente para la efectividad del retracto (387).

No sólo es innecesario, también es imposible exigir que se consigne, además del precio pagado en la venta, las demás cantidades a que se refiere el artículo 1.518 del Código Civil, fundamentalmente por dos razones. La primera porque presupone un conocimiento exacto de la suma a que ascienden esos gastos que se tendrán al hacerse efectivo el derecho de retracto, pero que difícilmente se conocerán por el retrayente al interponer la demanda. En segundo lugar porque no es de justicia que al demandado —el vendedor— se le reintegren esos gastos y entre en el disfrute de esos valores económicos, cuando la finca rústica está aún en su poder durante el tiempo que dure la reclamación judicial, sin que se sepa aún si ésta prosperará (388).

Es habitual, dada la picaresca existente, que se produzca discordancia entre el precio aparente, es decir, el escriturado y el real o verdadero pagado por la finca rústica. En este caso para el ejercicio de la acción de retracto, conocida por el retrayente la cantidad que realmente se ha entregado por el adquirente, no es suficiente con consignar el precio aparente y afianzar la

(386) Sentencias del TS de 8 de junio de 1954, *Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi*, 1954, pág. 1867, y 30 de mayo de 1955, *Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi*, 1955, pág. 1717.

(387) Sentencias del TS de 23 de marzo de 1956, *Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi*, 1956, pág. 1529; de 20 de marzo de 1959, *Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi*, 1959, pág. 1518, y de 19 de enero de 1974, *Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi*, 1974, pág. 198.

(388) Sobre este aspecto del derecho de retracto véase la Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de junio de 1956, *Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi*, 1956, pág. 2714.

diferencia entre el precio aparente y el real, sino que ha de consignarse el precio real (389). De esta forma, el retrayente satisface al comprador el precio de la venta, es decir la cantidad que realmente ha entregado por la finca rústica.

Cosa diferente es que con posterioridad al ejercicio de la acción, durante el curso del procedimiento judicial, resulte acreditado el precio realmente pagado siendo superior al que figura en la escritura. En tal caso no existe obligación de ampliar la consignación realizada al interponer la demanda. La diferencia se reembolsará oportunamente en la ejecución de la sentencia (390).

En cuanto al acto de conciliación, en base a la Ley 34/1984, de 6 de agosto, quedaron tácitamente derogados los artículos 1.621 y 1.622 de la Ley de Enjuiciamiento Civil en lo que se refiere a la obligatoriedad del acto de conciliación en los juicios de retracto. Así pues, al desaparecer la obligatoriedad de la conciliación y su condición de ejercicio anticipado de acciones, no cabe actualmente ejercer el retracto por medio del acto de conciliación. Caso de celebrarse el acto de conciliación, éste no implica el ejercicio de la acción retractual, ni pone en marcha el proceso.

El derecho de retracto puede hacerse valer no sólo por medio del ejercicio de acciones procesales, sino también extrajudicialmente, mediante cualquier medio fehaciente, dado que de la Ley de Arrendamientos Rústicos cabe deducir una interpretación restrictiva de su ejercicio fuera de la vía judicial. Así, desde que se cumplen los requisitos legales y nace el derecho de retracto, es posible que por el acuerdo de voluntades entre retrayente y adquirente se alcance el objetivo de la subrogación del primero en lugar del segundo, siempre que se cumplan los requisitos exigidos (391).

El modo en que puede llevarse a cabo no cuenta con otra limitación que la derivada de la necesidad de fehaciencia. Basta que el retrayente se dirija, mediante requerimiento notarial al adquirente, con los requisitos exigibles para efectuar el ejercicio del retracto por vía judicial —necesaria consignación y ofrecimiento— para que el adquirente se avenga voluntariamente al retracto.

(389) De este aspecto del retracto se ocupan las Sentencias del TS de 20 de mayo de 1981, *Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi*, 1981, pág. 2083; 15 de febrero de 1983, *Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi*, 1983, pág. 1035; 12 de junio de 1984, *Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi*, 1984, pág. 3232, y 19 de junio de 1986, *Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi*, 1986, pág. 3577.

(390) Sobre este aspecto del derecho de retracto véase Sentencia del TS de 19 de diciembre de 1959, *Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi*, 1959, pág. 4720.

(391) GARCÍA CANTERO, G., *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Dir. Albaladejo, M., y Díaz Alabart, S., tomo XIX, Editorial Revista de Derecho Privado, págs. 685 y 686, entiende admisible el ejercicio extrajudicial del derecho de retracto al efecto de que otorgada la escritura por el comprador no se considere venta voluntaria de suerte que «si el adquirente se aviniera al retracto, la transmisión se entendería realizada en virtud del ejercicio de un derecho real de adquisición preferente y no como consecuencia de una venta voluntariamente consentida por el adquirente al retrayente».

Caso distinto es que el ejercicio voluntario del retracto se encuentre en colisión con otro derecho retractual ejercitado anteriormente en un proceso. En este caso el Tribunal Supremo deniega el otorgamiento voluntario por hallarse pendiente la resolución judicial de la demanda retractual (392).

El ejercicio voluntario del derecho de retracto cabe al margen del proceso si se cuenta con la aquiescencia de todas las partes. No cabe con éxito el mismo tras la interposición de la correspondiente demanda retractual, que se considera prevalente, se plantee o no la posible colisión entre los retrayentes.

En Italia, en cuanto a la forma y modalidad del acto de ejercicio del retracto, la declaración debe hacerse en forma escrita, artículo 1.350, n.º 1, del Código Civil italiano, por tratarse de un acto dirigido a operar una transmisión de propiedad inmobiliaria (393). Por otra parte, considerando que el ejercicio del derecho de retracto lo es de un derecho potestativo en sentido estricto, la declaración de retracto puede tener lugar a través de un acto negociable extrajudicial (394).

IV.2.4. *El reembolso del precio*

Ahora bien, en qué momento ha de realizarse el reembolso del precio y demás gastos. ¿Necesariamente ha de hacerse en el instante del ejercicio del retracto?

En Italia la respuesta es negativa (395). El *retrato* se ejercita sólo a través de la declaración unilateral recepticia de voluntad del retrayente sin que el

(392) STS de 25 de febrero de 1950, *Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi*, 1956, pág. 2749. Presentada judicialmente en forma procesal adecuada una demanda de retracto, el demandado no puede enajenar la finca rústica que se pretende retraer a otra persona, reconociendo a ésta el derecho de retracto preferente, pues no es dable al retraído enervar por vía de contratación privada y extrajudicial, al margen de la demanda ejercitada y del derecho en litigio, los efectos jurídicos-procesales de aquella demanda de retracto, STS de 19 de diciembre de 1960. *Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi*, 1961, pág. 89.

(393) Cass. 14-4-1970, n.º 1201, *Riv. Not.*, 1970, II, pág. 1031, SPALLANZANI, «Il cosiddetto riscatto nel regime della prelazione nella vendita di fondi rustici», *Riv. Not.*, 1970, II, pág. 1031.

(394) Cass. 20-1-1974, n.º 449

(395) En este sentido véase Cass. 26-4-1972, n.º 2724, *Riv. Dir. Agr.*, 1973, II, pág. 27, que considera que desde la declaración recepticia de retracto comienza el plazo de tres meses para reembolsar el precio al tercero adquirente o para demostrar que ha presentado solicitud de préstamo. En sentido contrario, Cass. 22-11-1974, n.º 3792, *Nuovo Dir. Agr.*, 1975, pág. 70, considera que no es aplicable al pago del precio debido por efecto del ejercicio del retracto el plazo de tres meses establecido para el pago del precio establecido como consecuencia del ejercicio del derecho de *prelazione* —artículo 8, 6.º *comma*—. Por el contrario, para el retracto, si el tercero adquirente no se opone al retracto, el pago debe ser efectuado inmediatamente —artículo 1.183 Código Civil italiano—. Si, en cambio, existe oposición, no existe incumplimiento del retrayente sino cuando venga judicialmente reconocido el derecho.

adquirente pueda pretender el reembolso del precio antes de terminar los tres meses desde la declaración, o en todo caso, antes de terminar el año en la hipótesis de que demuestre que ha solicitado préstamo. El arrendatario rústico, cultivador directo, con arreglo a la vigente legislación italiana, tiene un año desde la inscripción del contrato de venta para ejercitar el retracto, comunicando al adquirente —en forma extrajudicial o mediante acto de citación— su voluntad de ejercitar el *retrato*. Dentro de los tres meses desde tal declaración —artículo 8 Ley n.º 590— debe reembolsar el precio al adquirente de lo que ha pagado o en su caso demostrar que ha presentado solicitud de préstamo (396). Por último, dentro de un año, como máximo en la hipótesis de que haya solicitado préstamo, desde la declaración de ejercicio del *retrato* debe pagar completamente el precio y demás gastos. El reembolso de éstos funciona como condición de eficacia traslativa de la declaración de ejercicio de retracto por el arrendatario, cultivador directo (397).

En España el artículo 90 de la Ley de Arrendamientos Rústicos, en su apartado primero, establece que ejercitado por el arrendatario el derecho de tanteo, retracto o el de adquisición preferente, se otorgará la escritura de compraventa dentro del plazo de treinta días siguientes al de recepción por el transmitente de la notificación del arrendatario expresándole su voluntad de adquirir la finca.

Caso de que el tercero adquirente no aceptase la pretensión adquisitiva del arrendatario, este debe acudir a la vía judicial. El plazo de los treinta días para el otorgamiento de la escritura se contará a partir de la firmeza de la sentencia que declare el derecho de acceso a la propiedad.

El retracto legal no alcanza la plenitud de efectos hasta tanto no se opere la modificación jurídica que implica la llamada «esencia subrogatoria» que se establece en el artículo 1.521 del Código Civil, de lo que se deduce que hasta tal momento el adquirente sigue siendo a todos los efectos dueño de la finca rústica, ya que ha podido realizar en ella gastos. Por ello, una vez ejercitado en forma legal por el arrendatario el derecho retracto, el segundo apartado del artículo 90 establece que el arrendatario realizará el pago en las mismas condiciones previstas en la transmisión. Además son de cuenta del arrendatario los reembolsos determinados en el artículo 1.518 del Código Civil.

El arrendatario, además del precio, abonará —artículo 1.518-1 del Código Civil— a quien le transmite la finca los gastos del contrato de compraventa y cualquier otro pago legítimo hecho para la realización de la venta. Con ello se pretende que el ejercicio del retracto legal no lesione el patrimonio del

(396) Cass. 25-9-1972, n.º 2779, *Riv. Dir. Agr.*, 1972, I, p.318; Cass. 6-10-1972, n.º 2093; Cass. 26-3-1974, n.º 839.

(397) Germano, A., *La prelazione agraria: problemi sostanziali e processuali*, op. cit., págs. 413 y ss.

tercero adquirente a la vez que elimina cualquier posible enriquecimiento injustificado del retrayente.

Examinando en primer lugar el pago al que se refiere el párrafo segundo del artículo 90 de la Ley de Arrendamientos Rústicos puede ocurrir que no haya constancia del precio o que éste sea escandalosamente desproporcionado e inferior al valor de la finca vendida. En estos casos el precio no es otro que la cantidad realmente entregada por el comprador (398). «Es requisito esencial y decisivo, por razones de elemental justicia y en evitación de un lucro reproducible, el conocimiento del precio real y verdadero en que fue vendida la finca que se trata de retraer, que es el que ha de pagar el retrayente» (399). En todo caso, la prevalencia del precio contractual sobre el que figura en la escritura pública, será siempre a condición de que exista una prueba cumplida y completa del mismo y no se justifique que se pretende burlar o hacer más gravoso el derecho de retracto (400). No cabe consignar prevalente el menor precio consignado en la escritura pública sobre el real, dado que no es lícito que el tercero adquirente de la finca rústica, tras ejercitarse el retracto por el arrendatario, pueda lucrarse de su propia culpa, de su engaño y fraude a terceros sin que quepa invocar el propósito ilícito de cometer fraude fiscal para negar el precio real.

Por otra parte, respecto a los gastos originados por razón de la venta, aludiremos, entre otros, a los gastos de certificación del Registro para acreditar la liberalización de cargas, los gastos de inscripción en el Registro de la Propiedad, así como el Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales, que pagado por el adquirente podrá repetirse contra el retrayente (401). Para la determinación de «cualquier otro pago legítimo hecho por la venta» a que se refiere el artículo 1.518 del Código Civil existe Jurisprudencia referida a supuestos concretos sin que se haya elaborado una doctrina general sobre el particular (402).

(398) Sentencia del TS de 12 de junio de 1984: «Conocido el verdadero precio, éste es el que ha de prevalecer y el que se ha de reembolsar, aunque sea otro el que figure en la escritura pública, que, como es sabido, no garantiza la veracidad íntinseca de su contenido.»

(399) STS de 30 de abril de 1991, *Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi*, 1991, pág. 3117. En el mismo sentido véase la STS de 4 de diciembre de 1991, *Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi*, 1991, pág. 8914.

(400) STS de 29 de mayo de 1957, *Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi*, 1957, pág. 2184, STS de 21 de abril de 1965, *Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi*, 1965, pág. 2280, y STS de 21 de septiembre de 1993, *Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi*, 1993, pág. 6651.

(401) En el artículo 45.1.b).2 del Real Decreto Legislativo 1/1993, de 24 de septiembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Impuesto de Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, se establece que están exentas «las transmisiones patrimoniales que se verifiquen en virtud de retracto legal, cuando el adquirente contra el cual se ejercite aquél hubiere satisfecho ya el impuesto».

(402) Sentencia del TS de 12 de febrero de 1904, en Jurisprudencia Civil, de la *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, tomo 97, n.º 50, págs. 331 y ss., que no estima

Respecto de los reembolsos contemplados en el artículo 1.518-2 del Código Civil, es decir, los denominados «gastos necesarios y útiles», siempre y cuando no conste prueba suficiente ni justificación cumplida de una mala fe atribuible al tercero adquirente respecto de la ejecución de ciertas obras en la finca rústica, ambos tipos precisan un tratamiento diferenciado. Caso de que el adquirente realizare «gastos necesarios» destinados a la conservación de la finca en estado de servir para el aprovechamiento o explotación, tendrá derecho por aplicación analógica del párrafo primero, del artículo 453, a que se le abonen esos gastos necesarios. De lo contrario, se lesionaría su patrimonio y se produciría un enriquecimiento injustificado del arrendatario retrayente (403).

El tercero adquirente ha podido realizar en la finca rústica los denominados «gastos útiles» (404), que no dejan de ser en realidad mejoras de la finca (405). En aplicación de lo dispuesto en el artículo 1.518-2 del Código Civil, el retrayente arrendatario está obligado a abonar esos denominados «gastos útiles» —mejoras útiles según la terminología de la Ley de Arrendamientos Rústicos—. El retrayente, en aplicación del artículo 453 del Código Civil, puede optar entre abonar, bien el importe de los denominados «gastos útiles», que no son otros que el coste actual que supondría la realización de las mejoras útiles que todavía subsistan en el estado en que se

como gastos de abono legítimo del artículo 1.518 del Código Civil las costas de un juicio de testamentaria sostenido por el adquirente; Sentencia del TS de 7 de julio de 1909, en Jurisprudencia Civil de la *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, tomo 115, n.º 120, págs. 659 y ss., que estima como gastos de abono legítimo del artículo 1.518 del Código Civil los correspondientes a la subastas sin postor; Sentencia del TS de 9 de febrero de 1916, en Jurisprudencia Civil, de la *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, tomo 135 n.º 84, págs. 375 y ss., que no estima como gastos de abono legítimo del artículo 1.518 del Código Civil los gastos que ocasionan al comprador un litigio con el vendedor para obligarle al otorgamiento de escritura pública, y la Sentencia del TS de 14 de abril de 1989, *Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi*, 1989, pág. 3052, que no incluye entre los gastos del artículo 1.518 del Código Civil los intereses del precio devengados por el comprador retraído desde la fecha de su pago hasta la de la sentencia definitiva.

(403) Sobre los gastos necesarios véase la Sentencia del TS de 3 de julio de 1912, en Jurisprudencia Civil de la *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, tomo 124, n.º 109, págs. 834 y ss.; Sentencia del TS de 5 de diciembre de 1959 *Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi*, 1959, pág. 4487.

(404) Sentencia del TS de 10 de diciembre de 1991, *Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi*, 1991, pág. 8925

(405) El arrendador, conforme a lo establecido en el artículo 58.1 de la Ley de Arrendamientos Rústicos, previa autorización del IRYDA u organismo competente de la respectiva Comunidad Autónoma, oído el arrendatario, siempre que no menoscabe por ellas su rendimiento ni el uso agrícola a que ha sido destinada en el arrendamiento y sin perjuicio del derecho del arrendatario a la reducción de la renta mientras duren las obras y a la indemnización de los demás daños y perjuicios que se le causen.

encuentren, bien el mayor valor que por causa de las mejoras subsiguientes tenga entonces la finca (406).

Ahora bien, como alternativa a la aplicación analógica del instituto posesorio del artículo 453, se ha defendido la tesis de acudir al argumento analógico de los artículos 112 y 113 de la Ley Hipotecaria, correspondiendo entonces al tercero adquirente la facultad de optar entre exigir el importe de los aludidos gastos o retener los objetos en que consistan si puede hacerse sin menoscabo. Aunque esta solución es para algunos más justa (407), en mi opinión no deja de resultar excesivamente forzada para el retracto arrendatario rústico, donde las mejoras útiles realizadas por el tercero adquirente consisten en obras incorporadas a la finca arrendada, que aumentan de modo duradero su producción, rentabilidad y valor agrario, son difíciles de retener, como señala el artículo 113 de la Ley Hipotecaria, que está referido a muebles colocados permanentemente en los edificios y a mejoras que no consistan en obras de reparación, seguridad o transformación, según reza en el artículo 112 de la Ley Hipotecaria (408).

Ha de señalarse que si el tercero adquirente, a su costa, ha realizado en la finca arrendada mejoras de mero lujo, adorno o recreo, sin que sufra detrimento los intereses del arrendatario, no tiene derecho a reembolso de esos gastos de puro lujo o mero recreo, pero puede llevarse los adornos con que hubiera embellecido la finca si ésta no sufriera deterioro y ello en virtud de la aplicación analógica del artículo 453 del Código Civil.

ANGEL SÁNCHEZ HERNÁNDEZ

Departamento de Derecho.

Universidad de La Rioja

(406) ASÍ MANRESA Y NAVARRO, J.M.², *Comentarios al Código Civil español*, tomo X, vol. I, 6.² Ed. revisada por Bloch, J.M, Reus, Madrid, 1969, pág. 487. Sin embargo, en la doctrina no es pacífica la aplicable al caso del artículo 453 del Código Civil, puesto que una interpretación literal del artículo 1.518 del Código Civil, impide la aplicación analógica del artículo 453 del Código Civil, dado que, según una parte de la doctrina, el artículo 1.518 simplemente obliga a rembolsar los gastos útiles hechos en la cosa vendida, privando al retrayente de optar por el pago del aumento del valor que ha experimentado la finca, aunque el comprador hubiese tenido poco acierto al realizar la mejora. En este sentido sirva de muestra lo señalado por BORRELL Y SOLER, A.M, *El retracto de compra-venta según el Código Civil español*, Bosch, Barcelona, 1952, pág. 258; GARCÍA CANTERO, G, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*. Dirigidos por Albaladejo/Díaz Alabart, tomo XIX, págs. 608, y ALBACAR LÓPEZ, J.L., *Código Civil Doctrina y Jurisprudencia*, tomo V, Trivium, Madrid, 1991, págs. 416 y 417.

(407) BELLO JANEIRO, D., *El retracto de comuneros y colindantes del Código Civil*, Aranzadi, Pamplona, 1995, pág. 246.

(408) En este sentido RUBIO TORRANO, E., *El pacto de retroventa*, Tecnos, Madrid, 1990, pág. 232, señala que si bien la tesis de la aplicación de los preceptos de la Ley Hipotecaria «puede representar una solución más acorde con la justicia del caso, el argumento analógico de los artículos 112 y 113 de la Ley Hipotecaria resulta excesivamente forzado; por el contrario, la analogía parece más evidente con el instituto posesorio»

Realidad del tráfico y Registro Mercantil (algunas reflexiones sobre el principio de inoponibilidad)

SUMARIO I. INTRODUCCION.—II. SIGNIFICADO DEL REGISTRO EN SU EVOLUCION HISTORICA. 1. BREVE REPASO A LOS ANTECEDENTES HISTÓRICOS.—III. LA PUBLICIDAD MATERIAL EN EL DERECHO VIGENTE. 1. LA OPO-
NIBILIDAD. 1.1. *Oponibilidad de lo no inscrito: oponibilidad general.* 1.2. *Opo-
nibilidad de lo inscrito. oponibilidad registral.* Presupuestos: A) El cumplimen-
to por el sujeto inscrito del deber impuesto por la buena fe objetiva como
presupuesto de la oponibilidad. B) La buena fe del tercero como presupuesto de
oponibilidad de lo inscrito: a) Caracterización del tercero de buena fe; b) La
buena fe del tercero como presupuesto de la oponibilidad absoluta. 2. EL REGIS-
TRO COMO «INSTITUCIÓN DE TERCEROS» 2 1. *Mecanismos de defensa pasiva.* A) La
presunción de buena fe y el principio de fe pública; B) El carácter constitutivo
de la inscripción. 2.2. *La defensa activa del tercero.* A) Utilizabilidad; B) Invo-
cabilidad.—IV. EL VALOR JURIDICO DE LA APARIENCIA (A modo de
conclusión)

I. INTRODUCCION

Con motivo de la Ley 19/1989, de 25 de julio, de reforma parcial y adap-
tación de la legislación mercantil a las Directivas de la CE en materia de socie-
dades [que modificó los arts. 16 a 24 del CCom y promovió, en su disposición
adicional cuarta, la aprobación del Reglamento del Registro Mercantil que tuvo
lugar por medio del Real Decreto 1597/1989, de 29 de diciembre (1)], se pro-
dujeron cambios fundamentales en la institución registral mercantil. Como es
bien sabido, la reforma alcanzó tanto al sistema de organización del Registro

(1) La aprobación del Reglamento del Registro Mercantil por Real Decreto 1.784/
1996, de 19 de julio, según su Exposición de Motivos, ha tenido la finalidad de adecuar
el texto reglamentario a la nueva normativa sobre Sociedades de responsabilidad limitada
y sociedades unipersonales. Aun cuando se incluyen algunas modificaciones con respecto
al Registro Mercantil Central y los Títulos Preliminar, I, III y IV, se mantiene inalterado
la mayor parte del contenido del Reglamento derogado.

como a los principios y técnicas de publicidad formal (donde fueron muy notables las novedades) y a los principios de publicidad material (2).

En este trabajo se realizan algunas consideraciones sobre los principios de publicidad material (arts. 20 y 21 CCom y 7, 8 y 9 RRM) que fueron sustancialmente modificados por la citada reforma, pero no tan atendidos por la doctrina como las demás novedades incorporadas. En los trabajos de los comentaristas de la reforma la atención, con carácter general, se centra más en el estudio de la publicidad formal que en los principios de publicidad material. Estos últimos, como es sabido, cumplen una función esencial y merecen una atención especial, ya que regulan el juego y la eficacia del Registro Mercantil en las relaciones de tráfico y dan sentido a la publicidad formal y al Registro.

Tradicionalmente se ha afirmado que el Registro Mercantil es una institución al servicio de la seguridad del tráfico y de la tutela de los intereses de terceros de buena fe que se relacionan con sujetos inscritos (3). También se reconoce al Registrador Mercantil un efecto protector de los intereses de los sujetos inscritos, aunque este efecto parece relegado a un segundo plano, subordinado al cumplimiento de los anteriores. Mas la configuración legal del Registro Mercantil, tras la citada reforma de 1989, permite mantener que la protección que éste irradia va dirigida primordialmente a la *tutela de la con-*

(2) Son numerosos los trabajos que se han ocupado del Registro Mercantil. Sobre el Anteproyecto de Ley de reforma parcial y adaptación de la legislación mercantil a las Directivas de la CE en GÓMEZ SEGADÉ, J. A., «La publicidad de las sociedades de capital: la reforma del Derecho registral mercantil», en *La reforma de la Ley de sociedades anónimas*, dir. A. ROJO, Madrid, 1987, pág. 21 y ss. Tras la reforma de 1989, entre otros, ESTURILLO LÓPEZ, A., *Estudio de la legislación sobre el Registro Mercantil. Práctica de legislación mercantil societaria*, Madrid, 1993; FERNÁNDEZ DEL POZO, L., *El nuevo Registro Mercantil. sujeto y función registral. Crítica sobre su ámbito institucional*, Madrid, 1990; GARCÍA VILLAVERDE, R., «La reforma del Registro Mercantil», en *La Ley*, 1990, núm. 2, págs. 1180 y ss.; GIMENO Y GÓMEZ-LAFUENTE, J. L., «La eficacia de la publicidad del Registro Mercantil en la Primera Directiva del Consejo sobre sociedades (68/151)», en *Homenaje a José María Chico Ortiz*, Madrid, 1995, págs. 1179 y ss.; JIMÉNEZ DE LA PEÑA, J., «La reforma de sociedades y el Registro Mercantil», *RCDI*, I, 1989, págs. 675 y ss.; MENÉNDEZ, A., «La Primera Directiva de la Comunidad Económica Europea en materia de sociedades y el Registro Mercantil español», *RCDI*, 1990, núm. 597, págs. 393 y ss.; OLIVENCIA, M., «Ley y Reglamento del Registro Mercantil», en *Homenaje a Chico y Ortiz*, Madrid, 1995, págs. 1325 y ss.; PAU PEDRÓN, A., «Publicidad del Registro Mercantil», *Enciclopedia Jurídica Básica* (Civitas), vol. IV, pág. 5394 y ss.; IDEM, *Leyes Hipotecarias y Registrales de España. Fuentes y evolución* (Centro de Estudios Hipotecarios), tomo V, vol. II, Registro Mercantil, Madrid, 1992; PAZ ARES, C., «La reforma del Registro Mercantil», *Boletín Informativo del Ministerio de Justicia*, núm. 1.556, págs. 62 y ss.; SEQUEIRA MARTÍN, A., «La eficacia de la publicidad registral mercantil (introducción histórica y Derecho comparado)», *RCDI*, año LXXI, 1995, págs. 1177 y ss.; TORRENT, «¿Protección registral de hechos no inscritos? A propósito de la publicidad material negativa (arts. 21 CCom y 9 RRM)», *RCDI*, 1993 (II), págs. 1391 y ss.

(3) La Exposición de Motivos del Código de Comercio de 1885 indica que el Registro «es un poderoso medio de publicidad que sirve de garantía suficiente a los terceros que se hallan interesados en ciertos actos y operaciones mercantiles de trascendencia».

fianza en la apariencia (al servicio de la cual está el Registro Mercantil) (4), a la ordenación de los intereses en juego conforme a la realidad conocida y tenida en cuenta por las partes en el momento de la realización de un acto o contrato por un sujeto inscrito y un «tercero» (5).

El «nuevo» sistema coloca, en ocasiones, al sujeto inscrito en mejor posición que al tercero. Por un lado, porque se mantiene la eficacia exorbitante del acto inscrito, oponible a terceros, ya lo conozcan, ya lo ignoren (valor jurídico de la inscripción). Por otro lado, porque la realidad que prima es la que modifica o extingue el contenido de lo inscrito (hecho secundario no inscrito, v.g. revocación de poderes no inscrita), o la que crea un sujeto de derecho sin constancia registral (hecho primario no inscrito —sociedades irregulares—). Si la creación, modificación o extinción ha sido operada por el propio sujeto inscrito en sus relaciones con los terceros, no le resultará difícil probarla (y oponerla).

Cierto es que, como se advertirá más adelante, no hay que minusvalorar la protección de los intereses de los terceros por la vía del principio de fe pública, de la presunción de buena fe, de la invocabilidad de lo inscrito y no publicado, y de la publicación en el *BORME* como presupuesto de oponibilidad (6).

II. SIGNIFICADO DEL REGISTRO EN SU EVOLUCION HISTORICA (7)

Contemplando la institución registral mercantil desde la perspectiva de la finalidad perseguida y los intereses principalmente tutelados por ella es po-

(4) Esta afirmación es compartida por autores como GÓMEZ SEGADÉ («La publicidad...», cit.) y TORRENT («¿Protección registral...», cit.), en cuyos trabajos se aborda directamente la nueva concepción de la publicidad del Registro Mercantil.

(5) Como advierte PAU PEDRÓN (*Publicidad del Registro Mercantil*, cit., pág. 5.395) «(El nuevo régimen supone la mayor valoración del conocimiento de hecho. Este nuevo rango es complementario del anterior, y responde a un mismo criterio: atender más a la realidad que a las ficciones legales .. lo no inscrito puede, sin embargo, en algún caso, ser conocido por las relaciones de tráfico, y pese al silencio del Registro (y de ahí que se permuta la prueba de ese conocimiento)»

(6) Este último aspecto (establecido en el art. 21 1 CCom) más que una medida en favor de terceros es un requisito más para atribuir eficacia *erga omnes* —oponibilidad— a la inscripción unilateralmente decidida por el sujeto inscrito. Si bien es cierto que con la publicación en el diario oficial se incrementa la posibilidad de conocer de los terceros, no por ello van a dejar de soportar el «perjuicio» que supone la oponibilidad de lo publicado, lo conozcan o lo ignoren. En este sentido PAU PEDRÓN, *Publicidad...*, cit., pág. 5395.

(7) Sobre los precedentes históricos del Registro Mercantil se pueden consultar, entre otros, los trabajos de GARRIGUES, «El Registro Mercantil en Derecho español», *RCDI*, 1930, pág. 657 y ss.; GIRÓN, «Las sociedades irregulares», cit., págs. 163 y ss.; LANGLE, E., *Derecho Mercantil español*, tomo I, Barcelona, 1950, págs. 866 y ss.; MENÉNDEZ, A., «El Registro Mercantil español (Formación y desarrollo)», en Centro de Estudios Hipotecarios, *Leyes Hipotecarias y registrales de España, Fuentes y evolución*, tomo IV,

sible apreciar una evolución a lo largo de su historia que permite distinguir distintas fases en la eficacia de la publicidad registral mercantil (8).

Se parte de la tutela de los intereses de terceros y del tráfico como finalidad principal (Ordenanza de Bilbao de 1737 y CCom 1829) (9), para introducir la tutela de los intereses de los sujetos inscritos en equilibrio con la de los terceros de buena fe, a través del juego de los principios de oponibilidad e inoponibilidad (CCom 1885). Finalmente, en la actualidad, desaparecido el principio de inoponibilidad de lo no inscrito (10), se ha articulado un sistema registral que para la solución de los conflictos de intereses que se suscitan entre los sujetos inscritos y los terceros, más que atender a la tutela preferente de uno de ellos, atribuye a la *realidad* un valor jurídico superior. De modo tal que lo inscrito es oponible o invocable sólo si se corresponde con la realidad extrarregistral, y ésta prevalecerá frente al contenido de lo inscrito si se acredita que la apariencia discordante con lo inscrito fue la tenida en cuenta por las partes (sujeto inscrito y tercero) para ordenar su relación. No se recoge ya como regla el principio de inoponibilidad de lo no inscrito, ni se concede a la inscripción un valor jurídico tan exorbitante como en la situación previgente (la oponibilidad de lo inscrito cede ante la prueba

Registro Mercantil, II Congreso Internacional de Derecho registral, Madrid, 1974, págs 9 y ss.; SEQUEIRA MARTÍN, A., «La eficacia de la publicidad registral mercantil (introducción histórica y Derecho comparado)», cit., y autores allí citados.

(8) «El desarrollo de estas fases conformadoras de la actual situación del tratamiento de la eficacia de la publicidad registral mercantil ha tenido una doble influencia: De un lado, una influencia de carácter netamente proveniente del campo mercantil... Y de otro, una influencia de carácter esencialmente hipotecarista...» SEQUEIRA MARTÍN, A., «La eficacia...», cit., pág. 1178

(9) Como es sabido, los orígenes remotos de la institución registral mercantil se sitúan en la época clásica: en Grecia y Roma ya existieron *listas de mercaderes asociados* (anuncios en el local de la tienda o en los lugares de reunión, *literae oblatoariae*)

Durante la Edad Media adquirió esta práctica mayor desarrollo, autoridad y obligatoriedad, ya que las Corporaciones y Gremios no otorgaban sus ventajas sino a los comerciantes que figuraban en sus *libri mercatorum*. Tenían una finalidad de control meramente interno, y la inscripción producía efectos exclusivamente en favor del sujeto inscrito. La función de estos Registros no era, por tanto, publicitaria, sino corporativa.

Más tarde (Ordenanzas de Bilbao de 1737), habida cuenta la posibilidad de que el comerciante utilizara en el tráfico un nombre comercial distinto de su nombre civil y la insuficiencia informativa de la razón social respecto de las personas que integran la sociedad y su régimen de responsabilidad, se previó la inscripción de los contratos de sociedad en el archivo del Consulado con la finalidad de dar a conocer a los terceros la identidad de los sujetos responsables (publicidad en garantía de terceros). Esta proyección exterior del contenido del archivo para conocimiento de terceros es *el punto de partida de las formas de publicidad mercantiles actuales* (GARRIGUES, «El Registro Mercantil..», cit., pág. 658). Aunque, en realidad, no existía ni un Registro ni unos principios de publicidad legal, ni sanciones de derecho sustantivo para el supuesto de incumplimiento (GIRÓN, *Las sociedades irregulares*, cit., pág. 165).

(10) De los artículos 24 y 29 CCom 1885 en su redacción antes de la reforma de 1989. Vid. nota 14.

de hechos de apariencia discordantes). Desde la reforma de 1989 también el Registro Mercantil «es apariencia, un vehículo de apariencia más vertebrado y complejo que la posesión o los títulos valor, y está anclado en el mismo fundamento en que se basa siempre el legislador cuando dota de eficacia a los fenómenos aparentes (sean espontáneos o artificiales): la confianza. La masificación social hace luego que esa confianza se objetivice, y no quepa subordinar la protección registral a la prueba de la consulta efectiva del Registro. Pero entonces adquirirá relevancia la mala fe como hecho impositivo (de la adquisición), que habrá de probar el perjudicado; y quien ha pretendido abusar de la apariencia no se verá ya protegido por el sistema» (11).

1. BREVE REPASO A LOS ANTECEDENTES HISTÓRICOS

Como es sabido, en el Código de Comercio de 1829, la llamada *Matrícula de comerciantes* era un registro administrativo para el control de los que se dedicaban al comercio (la inscripción era constitutiva del estado de «comerciante» —arts. 1, 11 y 21 CCom 1829) y especialmente garante de los intereses de terceros y el tráfico porque cumplía la función de registro administrativo con efectos puramente informativos (art. 22, 25 CCom 1829). En él por primera vez se añadieron sanciones a la falta de inscripción: en ningún caso la falta de inscripción perjudicaba al tercero pero sí al sujeto obligado a la inscripción, privando de eficacia interna al negocio que debió acceder al Registro (art. 28, 29, 30, 285 y 289 en relación con 290 y 328, todos ellos del CCom 1829). La inscripción dotaba de eficacia interna al acto o contrato inscribible pero no se añadía ningún efecto jurídico a la misma: no había efecto de oponibilidad derivado de la inscripción y sí ineficacia *inter partes* derivada de la no inscripción. Lógicamente, tampoco el principio de inoponibilidad estaba enunciado, pero sí la utilizabilidad por el tercero de la realidad extrarregistral en los artículos 28 y 29 (12).

(11) PAU PEDRÓN, A., «La evolución de los principios jurídicos hipotecarios», *Centenario de la Ley de Bases del Código Civil (ciclo de conferencias)*, Madrid, 1989, pág. 477.

(12) Art. 28: *Las escrituras de sociedad, de que no se tome razón en el registro general del comercio, no producirán acción entre los otorgantes para demandar los derechos que en ellas les hubieren sido reconocidos* (ineficacia interna del negocio); *sin que por esto dejen de ser eficaces en favor de los terceros interesados que hayan contratado con la sociedad* (utilizabilidad por los terceros)

Art. 29: *Tampoco producirán acción entre el mandante y mandatario los poderes conferidos a los factores y mancebos de comercio para la administración de los negocios mercantiles de sus principales, si no se presentan para que se tome razón de ellos en el registro* (ineficacia interna del negocio de apoderamiento), *observándose, en cuanto a las obligaciones contraídas por el apoderado, lo prescrito en el artículo 177* (valor de la realidad extrarregistral) (Nota: el artículo 177 prevé la vinculación del principal frente a

Con el Código de Comercio de 1885 se produjo un cambio sustancial de la institución convirtiéndose al Registro Mercantil (como dice la Exposición de Motivos) en una institución esencialmente jurídica. En él se aumentó el valor jurídico de la inscripción, formulándose expresamente por primera vez los efectos de la publicidad material del Registro: oponibilidad y prevalencia de lo inscrito sobre la realidad extrarregistral en su artículo 26 (13); y principios de inoponibilidad y utilizabilidad de lo no inscrito en sus artículos 24 y 29 (14). El principio de «fe pública» no apareció formulado en el Código de Comercio 1885, y se incorporó por vez primera a nuestro Ordenamiento con rango inferior en el Reglamento de Registro Mercantil de 1956 (art. 3).

La Exposición de Motivos del Código de Comercio de 1885 declara que con la nueva regulación en materia de Registro se «establece un poderoso medio de publicidad que sirva de garantía suficiente a los terceros que se hallan interesados en ciertos actos y operaciones mercantiles de trascendencia», en un intento de prolongar el carácter tradicional del Registro como institución de tutela de intereses de terceros. Pero lo cierto es que el texto de los artículos 24, 26 y 29 no responde sólo a esa declaración programática. Como dijera el profesor GARRIGUES, «reconocidos en el Derecho moderno los dos aspectos, positivo y negativo, de la publicidad material del Registro, resulta ociosa la cuestión de si el Registro Mercantil favorece al comerciante o al tercero. En realidad, la inscripción favorece al comerciante y perjudica al tercero (efectos positivos), y la no inscripción favorece al tercero y perjudica al comerciante (efectos negativos)» (15).

Otorgar valor jurídico a la inscripción (oponibilidad de lo inscrito) y sancionar su omisión con la inoponibilidad respondía a la intención, según la Exposición de Motivos del Código, de *estimular la inscripción eficazmente por medios indirectos*. Aunque realmente se consiguieron otros dos efectos indirectos. Por un lado, poner en manos del sujeto inscrito un arma valiosí-

los terceros por los actos realizados por su factor en ejercicio de la facultad representativa atribuida por poder).

Nota: el texto entre paréntesis que se inserta en el texto de los preceptos transcritos y el que se inserta del mismo modo en las notas siguientes es nuestro.

(13) Artículo 26 CCom 1885 antes de la Reforma de 1989: *Los documentos inscritos sólo producirán efecto legal en perjuicio de tercero desde la fecha de su inscripción (oponibilidad de lo inscrito) sin que puedan invalidarlos otros anteriores o posteriores no registrados* (inoponibilidad de lo no inscrito y prevalencia del Registro sobre la realidad).

(14) Artículo 24: *Las escrituras de sociedad no registradas surtirán efecto entre los socios que las otorguen, pero no perjudicarán a tercera persona* (inoponibilidad de la realidad no inscrita), *quien, sin embargo, podrá utilizarlas en lo favorable* (utilizabilidad por el tercero de la realidad extrarregistral).

Artículo 29: *Los poderes no registrados producirán acción entre el mandante y el mandatario, pero no podrán utilizarse en perjuicio de tercero* (inoponibilidad), *quien, sin embargo, podrá fundarse en ellos en cuanto le fueren favorables* (utilizabilidad)

(15) GARRIGUES, «El Registro Mercantil...», cit., pág. 665.

sima: modificar el marco de sus relaciones con terceros a su arbitrio, ya que la inscripción de actos unilateralmente decidida por él le permite oponerlos a quien los conozca o los ignore, y por otro lado negar valor jurídico a la realidad (apariencia extrarregistral) a través del principio de inoponibilidad. Probablemente en la intención del legislador todo era una cuestión de equilibrio, aunque la fórmula no fue afortunada, como demostró la doctrina (16).

Estos tres preceptos dieron lugar a interpretaciones doctrinales del sistema de publicidad material radicalmente enfrentadas. Los autores llamados «literalistas» (17), otorgando una eficacia extraordinaria al principio de inoponibilidad (y tutela a todo tercero, sin distinguir si lo eran de buena o mala fe), no admitían la prueba (a cargo del sujeto obligado a la inscripción) del conocimiento por el tercero de datos no inscritos: el hecho no inscrito se tiene por inexistente frente al tercero *aunque lo conociera*. Por contra, lo inscrito se presume conocido por todos y a todos les es oponible, aunque sí se permite al tercero probar la existencia de actos no inscritos (modificativos o extintivos de otros inscritos —artículo 25 y 29— o constitutivos —art. 24—) y fundarse en ellos cuando le fueren favorables. Es decir, la realidad extrarregistral sólo existe si beneficia al tercero (aunque sea de mala fe), pero no se permite al sujeto obligado a inscribir ampararse en ella.

En opinión de otro grupo de autores (18), la interpretación literal propiciaba que la mala fe del tercero (su conocimiento extratabular de los hechos inscribibles) se convirtiera en un mecanismo para el fraude. Aunque es cierto que en ninguno de los artículos comentados (24, 25, 26 y 29) se menciona la buena fe del tercero como requisito para la protección que le brinda la inoponibilidad, también lo es que tal circunstancia no es suficiente para llegar a una conclusión que está en contradicción con el fundamento de la protección registral. El fundamento de esa protección está sencillamente en la necesidad de tutelar la confianza en la apariencia, de tutelar al tercero que confía en lo que aparece en el Registro —apariencia de carácter positivo—, y al tercero que confía en lo que no aparece en el Registro —apariencia de carácter negativo— (19). No puede ser el mecanismo formal del Registro una excusa

(16) Véase doctrina citada en nota 18.

(17) Denominación que utiliza PAU PEDRÓN (*Publicidad del Registro Mercantil*, cit., pág. 5.395) para referirse a la postura mantenida por GARRIGUES (*Tratado de Derecho Mercantil*, Madrid, 1946, y *Curso de Derecho Mercantil*, Madrid, 1976) y LANGLE (*Derecho Mercantil español*, cit.).

(18) GIRÓN, «Las sociedades irregulares», en *ADC*, tomo IV, fasc. IV, 1951, y también en *Estudios de Derecho Mercantil*, Madrid, 1955, págs. 125 y ss.; IDEM, «Sociedades civiles y sociedades mercantiles: distinción y relaciones en Derecho español» en *Estudios*, cit., especialmente págs. 119 y ss.; MENÉNDEZ, «La buena fe y el Registro Mercantil», *Curso de conferencias sobre Registro Mercantil* (Centro de Estudios Hipotecarios), Madrid, 1971, págs. 169 y ss.

(19) MENÉNDEZ, *La buena fe*, cit., pág. 180.

de inmoralidades; no hay razón para excluir la publicidad efectiva que origina el conocimiento de hecho porque, en definitiva, ese conocimiento está sirviendo prácticamente a la misma función a la que formalmente atiende el Registro (20).

Esta interpretación (correctora) de los principios de oponibilidad e inoponibilidad cobró gran arraigo en la doctrina y jurisprudencia y es el origen de la actual regulación de los artículos 20 y 21 CCom que comentaremos.

III. LA PUBLICIDAD MATERIAL EN EL DERECHO VIGENTE

Como consecuencia de la larga vigencia de la regulación anterior a la reforma, durante mucho tiempo se ha elaborado la doctrina de protección de los terceros de buena fe en torno al principio de inoponibilidad. Tras la reforma el principio no aparece recogido en nuestros textos legales, aunque la Primera Directiva, en su artículo 3.5 lo enuncia expresamente (21). Pese a la opinión de algún autor (22), no parece posible afirmar la invocación directa del referido precepto en las relaciones jurídicas de los particulares entre sí (23), ni, por tanto, la vigencia directa de la norma en su formulación

(20) GIRÓN, «Las sociedades irregulares», cit., pág. 161.

(21) El artículo 3.5 de la Primera Directiva del Consejo CEE sobre sociedades (68/151) dice que los actos e indicaciones no publicados no son oponibles a los terceros (*inoponibilidad*) salvo que la sociedad pruebe que los conocían (*valor jurídico de la apariencia, mala fe del tercero y carga de la prueba*). En el número 7 de ese mismo artículo se establece que los terceros podrán valerse siempre, además, de los actos e indicaciones respecto de los que aún no se hayan cumplido las formalidades de publicidad (*utilizabilidad por los terceros*), salvo que la falta de publicidad los convierta en ineficaces (*reserva a la legislación interna de conferir carácter constitutivo a determinadas inscripciones*). Nota: el texto entre paréntesis es nuestro.

(22) VALPUESTA GASTAMINZA, *La sociedad irregular*, Pamplona, 1995, pág. 89, nota 174: como la referida norma comunitaria «formula ese principio de forma expresa, ha de entenderse en línea con tal formulación la pervivencia del principio en Derecho español».

(23) Como es sabido, el TJCE en algunas sentencias y con carácter extraordinario, ha extendido a las directivas el efecto de aplicación directa propio de los reglamentos. Esta medida excepcional no es posible ni en todos los casos ni respecto de todas las normas contenidas en las directivas. A tal fin se distingue entre el llamado efecto directo de carácter *vertical* (en los casos en que el ciudadano pretenda ante el Estado el reconocimiento de un derecho contenido en una directiva cuyo plazo de incorporación ha vencido) y el efecto directo de carácter *horizontal* (que un particular pretenda en sus relaciones jurídicas con otros particulares el cumplimiento de una norma comunitaria no incorporada). En las referidas sentencias sólo se reconoce el efecto de aplicación directa *vertical*. No obstante el Tribunal Supremo, Sala 1.^a, en Sentencia de fecha 8 de noviembre de 1996, «de forma sorprendente y sin argumentación jurídica consistente, rompe con su propia jurisprudencia mantenida hasta el momento» al admitir el efecto directo horizontal de una directiva (véase PAYA PUJADO, «Los efectos de las directivas comunitarias. Una visión crítica de la Sentencia de 8 de noviembre de 1996», *La Ley*, número 4317, 25 de

comunitaria en el marco de nuestro sistema interno. Sí, en cambio, podrá ser invocada como principio informador del sistema a la hora de integrar e interpretar las normas sobre publicidad material (24).

La preocupación de la doctrina por la tutela de los intereses de los terceros de buena fe y su protección ante actos no inscritos, promueve la deducción del principio de inoponibilidad de la interpretación a *contrario* del artículo 21 del Código de Comercio (25). Si bien ese recurso es posible, el efecto protector está suficientemente garantizado (como se verá más adelante) por el juego de la presunción de buena fe con el principio de fe pública (para la inoponibilidad de *hechos secundarios*), o con el carácter constitutivo de la inscripción (para la inoponibilidad de hechos primarios). En el fondo la cuestión principal es la caracterización de la buena fe del tercero que le hacer acreedor de protección.

1. LA OPONIBILIDAD

La oponibilidad no es una categoría jurídica exclusiva del Derecho registral. En Derecho Común de obligaciones surgió el concepto para diferenciar el principio de relatividad de los contratos (art. 1.257 CCom) de la eficacia que, como realidades socio-jurídicas, éstos pueden desplegar ante terceros (26).

junio de 1997). Sobre estas cuestiones véase GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, «La eficacia jurídica del Derecho comunitario de sociedades no desarrollado en la legislación interna (en torno a la STJCE de 13 de noviembre de 1990)», *Anuario de Derecho civil*, 1992, págs. 343 y s., MATA SIERRA, *El efecto directo de las directivas en la jurisprudencia comunitaria y española*, Madrid, 1994. RUIZ COLOME, «Directiva (D.^o Comunitario)», *Enciclopedia Jurídica Básica* (Civitas), vol. II, págs. 2512 y ss.

(24) La interpretación por parte de los Tribunales de las normas internas a la luz de la literalidad y de los objetivos de las directivas es la llamada *doctrina de interpretación conforme o efecto indirecto de las Directivas*. Sobre estas cuestiones vid. bibliografía en nota anterior y AVILA DE LA TORRE, «Delimitación del ámbito de poder de representación de los administradores de la S. A. Eficacia jurídica de las Directivas comunitarias. Comentario a la RDGRN de 3 de octubre de 1994», *RCDI*, número 633, 1996, págs. 463 y ss.

(25) ESTURILLO LÓPEZ, *Estudio de la legislación sobre el Registro Mercantil. Práctica de legislación mercantil societaria*, Madrid, 1993, pág. 301; GARCÍA VILLAVERDE, «La Reforma...», cit.; MENÉNDEZ, «Sociedad anónima e inscripción en el Registro Mercantil», *AAMN*, tomo XXX, vol. I, pág. 49.

(26) Sobre estas cuestiones véase DE CASTRO, *El negocio jurídico*, Madrid, 1985, pág. 531, § 602, DIEZ-PICAZO, *Fundamentos de Derecho civil patrimonial*, I, Madrid, 1993, págs. 402 y ss.; GONZÁLEZ PACANOWSKA, «Notas sobre la oponibilidad de los contratos», *Estudios de Derecho civil en homenaje al profesor LACRUZ*, vol II, Madrid, 1993, págs. 1467 y ss.; IDEM, «Comentario al artículo 1.257 CCom», *Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales*, tomo XVII, vol. I-A, Madrid, 1993, págs. 322 y ss., RAGEL SÁNCHEZ, *Protección del tercero frente a la actuación jurídica ajena. la inoponibilidad*, Valencia, 1994.

Las modificaciones en las relaciones de responsabilidad y representación (27) de un sujeto inscrito son hechos jurídicos que existen y pueden ser dados a conocer en el tráfico antes de ser inscrito en el Registro. La publicidad de hecho de estas circunstancias puede generar apariencia bastante que justifique la posibilidad de ser opuesta ante quien las conoció. La publicidad de hecho habrá cumplido la misma función a la que sirve el Registro. Por tanto, la *oponibilidad* es una *categoría general de eficacia* predicable de todo hecho o acto de la realidad jurídica que es dado a conocer (apariencia). *Oponibilidad* que se especializa como *categoría registral* cuando la realidad se inscribe y ésta (la realidad inscrita) adquiere un valor jurídico superior en tanto que su eficacia será absoluta o *erga omnes* (ya no limitada a los sujetos que la conocieron por publicidad de hecho).

De ahí que, como acertadamente se ha dicho, la oponibilidad es un efecto producido por la realidad (la apariencia) y no (sólo) por el Registro (28). De todo lo anterior pueden ser extraídas dos importantes consecuencias. En primer lugar que la realidad (apariencia) no inscrita es oponible a los terceros que la conocen (29). En segundo lugar que si lo inscrito no coincide con la realidad (apariencia) no será oponible (30). Todos estos aspectos se irán desarrollando a continuación.

En el ámbito concreto de las relaciones de tráfico que un sujeto inscrito realiza con terceros la oponibilidad, como categoría general, puede ser entendida como *la posibilidad que tiene el sujeto inscrito de hacer valer sus circunstancias de responsabilidad y representación ante terceros*. La oponibilidad así entendida puede clasificarse en grados. Llamaremos oponibilidad *registral [absoluta]* (31) o *erga omnes* a la oponibilidad de lo inscrito, ya que con la inscripción el hecho o acto inscrito adquiere una eficacia exorbitante que permite al sujeto inscrito hacer valer su contenido ante todo tercero sin tener que probar ni el contenido de lo inscrito ni el conocimiento del tercero (art. 21.1 CCom). Llamaremos oponibilidad *general [rela-*

(27) Es un hecho indiscutido que la finalidad principal del Registro Mercantil es dar publicidad a las relaciones de responsabilidad y representación de los sujetos inscritos. Si bien es cierto que en el Registro también se da publicidad de las reglas internas de funcionamiento de la sociedad, y, desde esa perspectiva, también tienen la consideración de terceros «*las personas que acceden a la sociedad a la vista de determinados estatutos inscritos*» (PAU PEDRÓN, *Publicidad...*, cit., pág. 5399).

(28) PAZARES, «La Reforma...», cit., pág. 1310, nota al pie. El texto entre paréntesis es nuestro.

(29) Cfr. *infra* 1.1.

(30) Cfr. *infra* 1.2 A) y B).

(31) Llamamos «absoluta» a la oponibilidad de lo inscrito porque su eficacia no está, en principio, sometida a más presupuesto que la publicación en el *BORME*.

tiva (32) o de la apariencia no inscrita ante terceros de «mala fe»] a la posibilidad que tiene el sujeto inscrito de hacer valer ante terceros un acto sujeto a inscripción y no inscrito, inscrito y no publicado o la discordancia entre la inscripción y la publicación, previa prueba del conocimiento del tercero (art. 21.4 CCom).

1.1. *Oponibilidad de lo no inscrito: oponibilidad general (relativa o de la apariencia). Presupuestos*

La mayor novedad de la reforma consiste en que el efecto llamado «oponibilidad» no queda reservado sólo a los datos que acceden al Registro y se publican en el *BORME*, sino que es posible oponer lo no inscrito (o no publicado o la discordancia) si el sujeto obligado a inscribirlos demuestra que se ha producido el conocimiento por publicidad de hecho (art. 21.4 CCom) (33).

La oponibilidad relativa está supeditada a la prueba de la «mala fe» del tercero (34): su conocimiento de lo no inscrito, de lo no publicado o de la discordancia entre la inscripción y la publicación. En el caso de que se pretenda oponer lo no inscrito la prueba se extenderá además al contenido del hecho o acto (35). La necesidad de la prueba impuesta por el artículo 21.4 CCom es la consecuencia necesaria derivada del menor valor jurídico del hecho o acto sujeto a inscripción entre tanto no se haya completado el *iter* de la publicidad legal. *El simple conocimiento extratabular del tercero* (no es necesario que además conozca la discordancia entre la apariencia y el Registro) se identifica con el concepto de *mala fe*. Esta es presupuesto para la oponibilidad de lo no inscrito, ya que el tercero queda amparado por la presunción *iuris tantum* de buena fe del número 4 del artículo 21 CCom y el principio de fe pública.

La carga de esta prueba no resultará muy gravosa al obligado a inscribir, ya que contará con los medios probatorios de la apariencia que él mismo ha generado (36). Aunque para destruir la buena fe del tercero, tendrá que probar

(32) La «relatividad» de este supuesto de oponibilidad hace referencia a los presupuestos necesarios para su eficacia. prueba del conocimiento de la apariencia (realidad) no inscrita.

(33) Es lo que TORRENT, *op cit*, *passim*, denomina *protección registral de hechos no inscritos*.

(34) Sobre el concepto de *buena fe*, vid. *infra* 1.2 B).

(35) En cambio si lo que se pretende oponer es lo inscrito no publicado el contenido del hecho o acto será el que conste inscrito, por lo que no será necesario extender la prueba a ese extremo. Lo mismo ocurrirá cuando se pretenda oponer la discordancia entre la publicación y la inscripción.

(36) Prueba de *mala fe* del tercero que, en el primero de los casos del artículo 21 4 CCom (conocimiento del acto sujeto a inscripción no inscrito) no resultará muy difícil ya

la existencia de un conocimiento *efectivo* de la inexactitud o del hecho no inscrito: no es tercero de mala fe el que vagamente tiene noticias de un hecho no inscrito, y sobre cuya realidad o verdad puede tener, además, dudas (37).

La oponibilidad relativa del artículo 21.4 CCom es uno de los fundamentos de la tesis mantenida en este trabajo (38) de que la apariencia (realidad) prevalece sobre el contenido del Registro, ya que éste no es sino un instrumento al servicio de aquélla, pero no la sustituye (como ocurría en la situación previgente) ni la subordina. Como ha dicho PAZ ARES (39), «en realidad, la oponibilidad, que no es más que el reverso de la publicidad negativa, no puede catalogarse como efecto propio del Registro, puesto que sólo opera cuando la realidad extrarregistral coincide con la registral, debiendo entenderse, por tanto, que el efecto lo produce la realidad y no el Registro».

1.2. *Oponibilidad de lo inscrito: oponibilidad registral (absoluta) Presupuestos*

El artículo 21 CCom consagra el carácter general del llamado principio de oponibilidad de lo inscrito (40). En cambio, en el número 1 del referido precepto se hace una referencia tan directa a la buena fe que, aunque autorizadas opiniones lo ponen en duda (41), sería posible mantener que ésta es presupuesto para la oponibilidad de lo publicado en el *BORME*. Para fundar la anterior afirmación es necesario considerar varias cuestiones que pasamos a tratar.

que el conocimiento se habrá derivado de una apariencia creada por el sujeto que pretende oponerla (por ejemplo, revocación o atribución de poderes en escritura pública no inscritos pero notificados al tercero).

(37) GÓMEZ SEGADÉ, *La publicidad*, cit., pág. 41; MENÉNDEZ, «La buena fe » cit., pág. 185; PAU PEDRÓN, «Publicidad...», cit., pág. 5397.

(38) Tesis enunciada por GÓMEZ SEGADÉ al comentar el Anteproyecto de reforma en *La publicidad* . . . cit. y seguida por autores como TORRENT, *op. cit*

(39) PAZ ARES, «La Reforma...», cit., pág. 1310, nota al pie.

(40) Siendo un principio de alcance general el legislador se ve en la necesidad de derogarlo parcialmente a propósito de ciertos actos o circunstancias inscritas. Así, v.g., en el artículo 129 LSA en el que, por razones que tienen que ver con el carácter orgánico de su representación, se niega valor jurídico a la inscripción (oponibilidad a terceros de buena fe) de la limitación de facultades representativas de los administradores de la sociedad anónima.

(41) GARCÍA VILLVERDE, «La Reforma...», cit.: «*En el artículo 21.1 se hace una referencia tan directa a la buena fe que da la impresión de que el legislador pone ese condicionamiento al juego de la publicidad positiva, lo que, en esos términos, sería exagerado. Cosa distinta sucede con la publicidad negativa, como luego veremos.*»

- A) El cumplimiento por el sujeto inscrito del deber impuesto por la buena fe objetiva como presupuesto de la oponibilidad (42)

Aunque la norma no lo exija expresamente, es posible fundamentar que el comportamiento del sujeto inscrito coherente con lo publicado en el Registro es presupuesto necesario para la eficacia de la oponibilidad (43). Invocando el artículo 7.1 CCom, le es exigible a quien pretenda ejercer la facultad de oponibilidad que haya observado en sus relaciones con terceros un comportamiento coherente con el contenido de lo inscrito. De modo que con sus actos no haya creado una apariencia capaz de modificar el régimen de responsabilidad y representación en el que se han de desarrollar sus relaciones jurídicas con los terceros. El incumplimiento de este deber impuesto por la buena fe objetiva (art. 7.1 CCom) puede haberse producido con o sin dolo (44), consciente o inconscientemente (45), pero el resultado es la creación de una apariencia que le es imputable (atribuible por actos propios positivos o negativos) (46).

Como es sabido, la *doctrina de los actos propios* impone límites al ejercicio del derecho derivados de la buena fe. Es un sistema que protege la confianza en la coherencia de la conducta y se exige como decisivo que la confianza haya surgido efectivamente y sea comprobable (47). La actuación no coherente con el Registro implica una renuncia del sujeto inscrito a la ventaja o prerrogativa de *oponibilidad* (que le permite oponer tanto a quien conoce como a quien ignora sin más prueba que la de la fecha de publicación

(42) Sobre buena fe objetiva y subjetiva puede consultarse DÍEZ-PICAZO, *La doctrina de los propios actos*, Barcelona, 1962; LACRUZ BERDEJO-SANCHO REBULLIDA, *Derecho Inmobiliario Registral*, Barcelona, 1977, págs. 220 y ss., LADARIA CALDENTY, *Legitimación y apariencia jurídica*, Barcelona, 1952, págs. 145 y ss.; MENÉNDEZ, *La buena fe y el Registro Mercantil*, cit.: MIGUEL GONZÁLEZ, «Comentario al artículo 7.1 Código Civil», *Comentarios al Código Civil del Ministerio de Justicia*, Tomo I, págs. 37 y ss.; ROCA SASTRE, *Derecho Hipotecario*, Tomo I, Barcelona, 1968, pág. 639 y ss.

(43) Como indica PAU PEDRÓN («Publicidad del Registro Mercantil», cit., pág. 5.394) «los sujetos inscritos sólo pueden utilizar lo publicado, y siempre que lo publicado coincida con el Registro, y coincida también con la realidad».

(44) Si admitimos que a los sujetos inscritos les es exigible un deber de vigilancia y actualización del contenido de su hoja (principio de obligatoriedad de la inscripción), esto es, una *diligencia especial*, la actuación discordante podría ser calificada al menos de *negligente*.

(45) MIQUEL, «Comentario...» cit., pág. 44.

(46) El supuesto del artículo 21.3 CCom no es la excepción a esta regla: es el caso de que el comportamiento del sujeto inscrito es coherente con la inscripción pero no con la publicación del *BORME*, y esa discordancia no le es imputable. Y no es la excepción porque el 21.3 CCom no trata de oponibilidad sino de *invocabilidad* por el tercero de lo publicado en el *BORME* si eso le es favorable. No parece posible que el sujeto inscrito en este caso pueda oponer la publicación si su comportamiento no es coherente con ella.

(47) MIQUEL, «Comentario..» cit., págs. 50-51.

en el *BORME*) y, si pretende oponer lo no inscrito, se le obliga a demostrar tanto que el tercero conocía como el contenido de su conocimiento. Esto es, a destruir la presunción de buena fe que ampara al tercero según los artículos 21 CCom y 9 RRM.

La apariencia que habrá generado confianza en el tercero le hará tercero de «mala fe» a los efectos del artículo 21.4 CCom, ya que el conocimiento se lo habrá procurado el propio sujeto inscrito con sus actos. Al incumplimiento por el sujeto inscrito del deber impuesto por la buena fe objetiva se une, pero previa prueba, la «mala fe» subjetiva de los terceros. «Mala fe» o conocimiento de la realidad que, como veremos más adelante, permite al tercero *utilizar* en su favor la apariencia y *frustar la oponibilidad de lo inscrito* discordante, si le resultara favorable (48).

En realidad el incumplimiento por el sujeto inscrito del referido deber de coherencia tiene como consecuencia principal el cambio del régimen normativo por el que van a regir sus relaciones con los terceros. Se sustituye la aplicación de los principios y las normas *registrales* por los principios y las reglas que rigen la *doctrina de protección de la confianza en la apariencia*. Al tercero que conoce la realidad se le protege con este cambio de marco normativo porque ha confiado en la apariencia. Es su confianza en la apariencia, su *buena fe*, la que le hace acreedor de protección. Si, como se vio anteriormente, el Registro Mercantil es un vehículo de apariencia cualificado, la falta de inscripción de un hecho o acto impide que, respecto de ese hecho o acto, puedan regir las normas y principios registrales para ordenar la relación *entre los que los conocían*. La falta de inscripción desvanece la razón de la especialidad del Registro Mercantil y, para ordenar las relaciones entre quienes generan la apariencia y quienes la conocen, se hace necesario volver al régimen más general de la doctrina de protección de la confianza en la apariencia.

Sentado lo anterior, en el ámbito de las relaciones de un sujeto *inscrito* con los terceros, dado el concepto de tercero de buena fe del artículo 21.4 CCom, al tercero que conoce la realidad no inscrita (y que se tutela con la doctrina de protección de la confianza en la apariencia y la de los actos propios) se le puede denominar, paradójicamente, como tercero de «mala fe». Pero, en realidad, es el mismo tercero de *buena fe* a quien protege la doctrina de protección de confianza en la apariencia (49). Porque, en última instancia, lo que provoca el primer supuesto del número 4 del artículo 21 CCom (conocimiento de la realidad no inscrita) es la referida sustitución del marco normativo. Siempre que estemos ante un supuesto de *oponibilidad* o de *uti-*

(48) Vid los conceptos de «tercero» y de «buena fe» *infra b)*

(49) Esta paradoja, este absurdo terminológico, es una secuela más de la impronta hipotecarista en la configuración del régimen de publicidad material del registro mercantil

lizabilidad de la realidad no inscrita estaremos fuera del ámbito registral y dentro del marco de la doctrina de protección de confianza en la apariencia. Para que ese cambio se produzca será necesario probar el conocimiento y la confianza del tercero (su «mala fe» a efectos del artículo 21, o, lo que es lo mismo, su «buena fe» a efectos de protección de su confianza en la apariencia) y la apariencia generada por el sujeto obligado a inscribir.

En resumen, el cumplimiento por el sujeto inscrito del deber impuesto por la buena fe objetiva es presupuesto necesario para la oponibilidad de lo inscrito, o, mejor dicho, para que la prerrogativa de la oponibilidad registral surta eficacia. Con el sistema actual la inscripción ha perdido el valor jurídico absoluto que tenía en la regulación previgente y prevalece la realidad (apariencia). Y, a su vez, la eficacia exorbitante del acto inscrito (la oponibilidad absoluta) está ahora sometida al presupuesto de la conducta coherente del sujeto inscrito beneficiado por ella.

B) La buena fe del tercero como presupuesto de oponibilidad de lo inscrito

a) Caracterización del tercero de buena fe

En primer lugar hay que determinar quién es *tercero* a los efectos del Registro Mercantil y qué se entiende por *buena fe* para que se despliegue la eficacia del Registro.

El tercero (50) al que se protege es el *contractual*, al que se relaciona con un sujeto inscrito directamente (empresario individual) o a través de sus representantes legales o voluntarios. Su definición como *tercero* es fruto de la impronta hipotecarista en la configuración legal del Registro Mercantil. Nada tiene que ver con el *tercero* del artículo 34 LH (51). En nuestro ámbito vale la calificación de tercero en tanto que los hechos o actos que se le van a oponer son el resultado de decisiones (v.g. modificaciones estatutarias o vinculación de bienes gananciales o privativos) o negocios (v.g. aportaciones,

(50) Sobre el concepto de «tercero» véase la bibliografía citada en nota 2; sobre el concepto de tercero en la Primera Directiva véase GIMENO GÓMEZ-LAFUENTE, «La eficacia de la publicidad del Registro Mercantil en la Primera Directiva del Consejo sobre sociedades (68/151)», en *Homenaje a José María Chico y Ortiz*, Madrid, 1995, págs. 1.191 y ss.

(51) En la doctrina hipotecarista, dicho sea de paso, tampoco es clara ni unánime la caracterización del tercero (art 32 y 34 L.H.). Por lo que respecta a su diferenciación con el *tercero* del Registro Mercantil hay que recordar que el Registro de la Propiedad protege al *tercero* que inscribe. Pero en el Registro Mercantil el *tercero* no inscribe, sino que tiene la posibilidad (que no la carga ni la obligación) de consultar los datos que otro ha inscrito, y la protección se brinda en favor de todo *tercero* (de buena fe) que se relaciona con un sujeto inscrito, sin diferenciar entre los que efectivamente lo han consultado y los que no lo han hecho.

nombramiento de administradores o apoderamientos) que el sujeto inscrito realiza y en los que el tercero no es parte. Pero, atendiendo a la razón por la que resulta acreedor de protección, más que tercero es *segundo* o parte, ya que la protección se le brinda desde el momento que entabla relaciones de tráfico oneroso con el sujeto inscrito como *contratante* e, incluso, *contratante* (52).

La buena fe a que se refiere esta norma es *subjetiva* (53), y podría definirse como el *desconocimiento* por parte del tercero de los hechos o actos que modifican o contradicen el contenido de lo inscrito (54). No puede formularse sólo en términos de *confianza en lo inscrito* porque la ignorancia de lo inscrito también es «buena fe». Por contra, «mala fe» será el conocimiento de hechos o actos extrarregistro. La mala fe del tercero no significa necesariamente que conozca la discordancia entre la apariencia y el Registro: significa simplemente que conoce una realidad no inscrita o no publicada o la discordancia entre la publicación y la inscripción.

La buena o mala fe es *simple*, se trata de simple conocimiento o desconocimiento, y no del conocimiento que podría haberse adquirido con cierta diligencia o del desconocimiento que podría haberse evitado con la misma diligencia (55). Además, desaparecida del Código la presunción de conoci-

(52) Baste aquí apuntar la posibilidad de que la protección se extienda a los que no llegan a celebrar el contrato por *ruptura injustificada de negociaciones* imputable al sujeto inscrito. Sobre esta cuestión véase GARCÍA RUBIO, *La responsabilidad precontractual en el Derecho español*, Madrid, 1991.

(53) Sobre este concepto véase bibliografía de nota 42.

(54) Son muy interesantes las consideraciones que respecto del *tercero registral* (mercantil) y las consecuencias frente a éstos de la no inscripción de hechos sujetos a inscripción obligatoria realiza el magistrado FERRÁNDIZ GABRIEL en su voto particular a la SAP Barcelona (sección 15.ª) de 29 de octubre de 1997. En el voto particular, además de distinguir las consecuencias derivadas de la falta de inscripción de un hecho sometido a inscripción obligatoria (la dimisión de un administrador) de aquél cuya inscripción es además constitutiva, se realiza una memorable caracterización del tercero de buena fe: «CUARTO: No hay que olvidar, sin embargo, que lo que se protege con el efecto material negativo de la publicidad no son las ventajas generales de registrar (para atenderlas se establece ya que la inscripción es obligatoria, artículo 4 del Reglamento, o se podría disponer que es constitutiva), sino tan sólo la confianza del tercero en la plenitud de la publicidad registral. Esa tutela de la confianza en la apariencia (negativa) exige que entre lo desconocido por el tercero y su actuación exista alguna conexión que justifique protegerlo ante la realidad ignorada. En efecto, la buena fe que hace inoponible al tercero los hechos inscribibles no inscritos, constituye un estado psicológico de desconocimiento o error... de una realidad que no es cualquiera, sino sólo aquella cuyo conocimiento por el tercero le hubiera llevado a actuar de modo distinto al seguido por haber confiado en el Registro inexacto; esto es, de haber sabido que lo que no publica sin embargo existe. El tercero de buena fe no es más que un tercero confiado, al que la apariencia le ha llevado a un error frente al que debe ser protegido, mediante la inoponibilidad de los efectos derivados del hecho o acto desconocido».

(55) En este sentido PAU PEDRÓN, «Publicidad...», cit., pág. 5.396. Señala el autor cómo sólo en el caso del número 3 artículo 21 CCom (desconocimiento dentro de los

miento del contenido de los libros del Registro no hay fundamento para exigir al tercero diligencia especial alguna (56).

b) La buena fe del tercero como presupuesto de la oponibilidad absoluta

Como se ha visto, del comportamiento no coherente con el Registro del sujeto inscrito, del que surge la apariencia, se deriva la «mala fe» (en los términos del 21.4 CCom, pero *buena fe* según la doctrina de protección de la confianza en la apariencia) subjetiva del tercero, ya que los términos en los que se desarrolla su relación contractual o precontractual son los dados a conocer por aquél y asumidos por éste. De ahí que la buena fe «registral» sea presupuesto de la oponibilidad *ex* artículo 21.1 CCom

Si lo inscrito y la apariencia *coinciden* la oponibilidad surtirá eficacia jurídica plena. Si *no coinciden* y el sujeto inscrito intenta oponer la inscripción, el tercero podrá *utilizar* (57) la apariencia que a aquél le sea imputable (esto es, probar el comportamiento no coherente del sujeto inscrito) e impedir que surta efectos la oponibilidad. Si es el tercero el que *invoca* (58) la inscripción (al amparo del principio de fe pública y presunción de buena fe) podrá el sujeto inscrito probar la «mala fe» de aquél (su conocimiento de la apariencia extrarregistral) y hacer valer los términos en los que realmente se desarrolló su relación (59).

quince días siguientes a la publicación) la buena fe exigida es *cualificada*, ya que el tercero ha de probar su imposibilidad de conocer.

(56) Ni siquiera si el tercero es un empresario, ya que el Código (dirigido principalmente a ordenar las relaciones entre empresarios) no establece distinciones entre terceros en atención a su cualidad profesional. Podría considerarse que la consulta del Registro es una diligencia exigible a todo ordenado empresario y representante leal, con lo que la (carga de) consulta del Registro es una actividad comprendida en el módulo de diligencia exigible a los terceros que sean, a su vez, empresarios. Pero no hay que olvidar que frente a este dudoso incumplimiento del tercero empresario (que le impondría la carga de la presunción de conocimiento y su consideración como tercero de mala fe) hay un claro incumplimiento del empresario obligado a inscribir, por lo que, en última instancia, estaríamos ante un supuesto de compensación de culpas. En contra, aunque en un trabajo anterior a la reforma, GÓMEZ SEGADÉ, «La publicidad...» cit. pág. 41, que considera que cuando el tercero sea un empresario le será exigible un deber de diligencia especial, y en «... su actuación profesional, aunque no conozcan algunos hechos, debieran conocerlos, y por tanto, al ser el desconocimiento originado por su negligencia, la mejor sanción es tratarlos como si hubieran conocido, con lo que dejarán de ser terceros de buena fe».

(57) Sobre *utilizabilidad*, vid. *infra* apartado 2

(58) Sobre *invocabilidad*, vid. *infra* apartado 2.

(59) En este sentido TORRENT, op. cit., pág. 1416, afirma que *el tercero que conoce extrarregistralmente los hechos no inscritos no puede aprovecharse de la eficacia de la publicidad negativa»*

Queda una tercera posibilidad, una brecha a la mala fe. Sería el caso de que establecida la relación entre ambos (sujeto inscrito y tercero) en términos discordantes con el Registro, se *opusiera* o *invocara* la inscripción sin contradicción por la otra parte. Este cambio, tácitamente consentido, de las circunstancias de responsabilidad y representación del sujeto inscrito (como marco en el que se ha de desarrollar e interpretar su relación jurídica) que da eficacia a la oponibilidad o la invocabilidad de mala fe, podría admitirse como excepción siempre que, directa o indirectamente, no se esté utilizando como vía para la lesión de intereses de otros sujetos (60).

2. EL REGISTRO COMO «INSTITUCIÓN DE TERCEROS»

Desaparecido el principio de inoponibilidad en su formulación legal, se hace necesario estudiar cuál es el sistema establecido para la defensa de los intereses de los terceros de buena fe en nuestro Derecho positivo.

Vamos a dividir el estudio en dos partes. En primer lugar trataremos de los que llamamos *mecanismos de defensa pasiva*: esto es, aquellos que no exigen actividad por parte del tercero, que despliegan eficacia en su favor como presunciones y actúan vía excepción. Son los instrumentos que articulan la *publicidad material negativa* del Registro, ya que sus efectos protectores de los intereses de terceros de buena fe son los que sustituyen al antiguo principio de inoponibilidad de lo no inscrito. A continuación desarrollaremos los que hemos denominado *métodos de defensa activa*: aquellos que para desplegar eficacia exigen actuación y prueba del tercero en defensa de sus propios intereses, y actúan vía acción.

2.1. *Mecanismos de defensa pasiva*

Como repetidamente se ha manifestado a lo largo de este trabajo, hasta la reforma de 1989, los artículos 24 y 29 CCom positivizaban el principio de inoponibilidad, configurándose doctrinalmente como la *ineficacia* del acto o hecho sujeto a inscripción y no inscrito frente a los terceros (de buena fe). La máxima que lo resumía era «lo no inscrito no es oponible a los terceros (de buena fe)».

La derogación del principio de inoponibilidad (como regla general) merece una valoración positiva ya que las normas actuales permiten un mejor

(60) Como sería el caso de que se estuviera al contenido de lo inscrito para exigir, en vía interna, responsabilidades a representantes legales o voluntarios derivadas de una «extralimitación» del poder inscrito conocida por el tercero y respaldada por el representado.

juego de los valores de la buena fe y significan el reconocimiento de que la apariencia extrarregistral ha de primar en la ordenación de las relaciones de tráfico. Y todo ello es más acorde con los postulados de la Primera Directiva que lo era el sistema anterior.

En cualquier caso según las normas hoy vigentes, la inoponibilidad deducible *a contrario sensu* del artículo 21 CCom no es la inoponibilidad *absoluta* de los antiguos artículos 24 y 29 CCom Es. por virtud del apartado número 4 del artículo 21 CCom, una inoponibilidad *relativa*: el acto no inscrito deja de ser ineficaz ante terceros (inoponible) se prueba que lo conocían.

Como se expondrá en las páginas siguientes el efecto protector de los intereses de los terceros que antes cumplía el principio de inoponibilidad lo surte ahora el principio de fe pública. Pero hay una zona, un grupo de supuestos en los que se plantea conflicto entre sujetos sometidos a inscripción obligatoria y los terceros, en la que el principio de fe pública no nos sirve como criterio ordenador de las relaciones: cuando el sujeto (mejor dicho, su régimen jurídico especializado y distinto del de la Sociedad General), el hecho o el acto que se pretende oponer no sólo no ha accedido al Registro sino que no hay constancia registral previa del sujeto, ni hecho o acto similar que constituya su precedente registral (61).

Para describir el problema y apuntar una solución nos ha resultado claro (y proponemos) el criterio que distingue los actos sujetos a inscripción atendiendo a la existencia o no de previa inscripción en el Registro Mercantil. Según el mismo se pueden clasificar los actos sujetos a inscripción en *actos o hechos primarios* y *actos o hechos secundarios* (62). Aquellos se pueden definir como el hecho o acto creador de una situación jurídica de apariencia que, de ser inscrito en el Registro Mercantil, inicia el tracto sucesivo (art. 11.1 y 3 RRM). Son *hechos primarios* la constitución de una sociedad y la atribución por primera vez de poderes en favor de factor (del primer factor). Son *hechos secundarios* aquellos que modifican o extinguen otros hechos inscritos. Por ejemplo la sustitución de administradores, la revocación de poderes o la transformación de una sociedad.

Por la propia naturaleza *registral* del principio de fe pública, éste para desplegar protección requiere la previa inscripción del sujeto (y sus hechos o

(61) Ocurre algo similar a lo que indican los civilistas a propósito de la zona donde el principio de inoponibilidad cobra autonomía y se diferencia del principio de fe pública (que habitualmente absorbe a aquél): el principio de inoponibilidad actúa autónomamente en los casos en que no hay inmatriculación, esto es, ante la falta de inscripción previa a la adquisición de quién por primera vez inscribe (art. 32 LH). Un resumen de estas cuestiones en GORDILLO CAÑAS, «Bases del Derecho de cosas y principios ...», cit., pág. 631 y bibliografía allí citada.

(62) GARRIGUES en «El Registro Mercantil...», cit., pág. 674, habla de *hechos secundarios*. Igualmente GIRÓN en «Las sociedades irregulares», cit., pág. 185.

actos). Es decir, protege la confianza en los hechos anteriormente inscritos. Ante la falta de inscripción de un hecho primario en el que depositar la confianza la intuición inmediata nos conduciría a la doctrina de protección de confianza en la apariencia como criterio ordenador de las relaciones. Esta doctrina puede ser la adecuada para el tratamiento de la falta de inscripción de los hechos secundarios, incluso ante la falta de inscripción de algún hecho primario (los relativos a la representación del sujeto, acudiendo a las figuras del administrador de hecho y del factor notorio). Pero habida cuenta de la subsistencia en nuestro Derecho de sociedades de capital del principio de inscripción constitutiva la doctrina que protege la confianza en la apariencia es insuficiente y por sí sola inadecuada para determinar las relaciones de responsabilidad de las sociedades externas no inscritas. Por ello, en las páginas siguientes se propone otra vía (*infra B*)

A) La presunción de buena fe y el principio de fe pública

Partiendo de la caracterización del tercero de buena fe a efectos del Registro Mercantil que se ha propuesto en las páginas anteriores es sencilla la descripción de los mecanismos protectores. De *buena fe* es el que contrata con el sujeto inscrito *ignorando* hechos o actos que alteren el contenido de su hoja personal. El tercero puede haber consultado el Registro en cuyo caso conoce su contenido y comprueba que la relación contractual se ajusta a su marco jurídico. De modo que, si durante la vigencia de su relación negocial con el sujeto inscrito éste pretendiera oponerle unas circunstancias distintas (no inscritas a la fecha de celebración de su contrato), le bastará al tercero invocar la protección del principio de la fe pública para impedir que lo no inscrito surta efecto ante él. Recuérdese que según este principio (art. 20.2 CCom y 8 RRM) no pueden ser perjudicados los derechos que adquirió *de buena fe* en virtud de acto o contrato que resulte válido con arreglo al contenido del Registro. Las presunciones de validez de lo inscrito y de buena fe le evitarán tener que demostrar su condición y su confianza en la publicidad legal.

Pero el tercero también puede haber omitido la consulta del Registro en cuyo caso habrá «depositado» en el sujeto inscrito una confianza tal que de la conducta de este (coherente o no con lo inscrito) dependerá la buena o «mala fe» del tercero (su conocimiento y confianza en lo no inscrito), y por tanto su protección en los términos anteriormente expuestos. En realidad no sabrá el tercero si es o no de buena fe (a efectos del Registro) y si debe soportar la carga de la oponibilidad de lo inscrito o de lo no inscrito hasta que una u otra se pretendan ante él. De forma que, si bien la consulta del Registro no es una diligencia exigible a los terceros, sí es una conducta altamente aconsejable para asegurarse *a priori* la protección.

Obviamente cualquier tercero, sea o no de buena fe, puede invocar el principio de fe pública para evitar la oponibilidad de lo no inscrito y descargar en el sujeto inscrito la carga de la prueba de su «mala fe» registral (art. 21.4 CCom). Pero finalmente sólo será eficaz la protección en favor de los terceros de buena fe, esto es, de los que no conocen una realidad no inscrita (63).

Teniendo en cuenta la presunción de buena fe del tercero (que le permite ampararse en lo inscrito) y la posibilidad de que el tercero utilice en su favor, previa prueba, la apariencia discordante (64), se mantiene en el sistema, la antigua opción, de los artículos 24 y 29 CCom, *por lo que le resulte favorable*. Aunque ahora el riesgo de que la «mala fe» del tercero se convierta en un «mecanismo para el fraude» ha desaparecido ya que el sujeto obligado a inscribir puede oponer lo no inscrito (art. 21.4 CCom). Si el tercero conoció una realidad no inscrita, y esta fue el marco jurídico de su relación, no podrá prosperar su opción por el contenido del Registro porque el sujeto inscrito que generó la apariencia discordante podrá probar que aquel la conocía.

B) El carácter constitutivo de la inscripción

La protección que irradia el principio de fe pública queda circunscrita a los supuestos en los que, al menos, el *hecho primario* (el sujeto, sus circunstancias de responsabilidad y sus primeras relaciones de representación) está inscrito y, por tanto, el Registro ha cumplido (aunque sólo sea potencialmente) su función de publicidad legal y despliega eficacia (permite la oponibilidad y la invocabilidad de su contenido y la atribución del concreto régimen jurídico de responsabilidad y representación inscritos). El Registro sirve para la ordenación de las relaciones atendiendo a la inscripción o no de los *hechos secundarios*.

Pero las normas registrales no nos sirven para regular los conflictos de intereses que en el tráfico se suscitan a propósito de la falta de inscripción de los sujetos sometidos a inscripción obligatoria; esto es, no nos sirve para ordenar las relaciones del sujeto con los terceros ante la falta de inscripción del *hecho primario*. Cuando, además, la inscripción del sujeto es *constitutiva* (caso de las sociedades de capital, art. 7 LSA y 11 LSRL) (65) el problema adquiere mayor complejidad habida cuenta de la diferencia entre el régimen

(63) En este sentido TORRENT, op. cit., pág. 1416.

(64) La *utilizabilidad* se trata *infra* 2.2. A)

(65) Como es sabido, en tal caso el negocio existe siempre antes y al margen de la inscripción constitutiva, pero su eficacia ante terceros está reducida a la eficacia mínima reconocida a los negocios de su género (la inscripción nunca es un elemento del negocio). Por ejemplo, la sociedad anónima irregular será sometida ante terceros al régimen propio de la Sociedad General (la sociedad civil o la colectiva, según sea su objeto), es decir, la eficacia del negocio constitutivo ante terceros de una sociedad de capital que deviene

jurídico publicado de hecho por el sujeto en sus relaciones de tráfico (el propio de una sociedad de capital) y el previsto por el ordenamiento jurídico para estos casos (art. 120 CCom y 16.2 LSA). Desaparecida de los textos legales mercantiles la inoponibilidad de lo no inscrito como principio general y, por tanto, la sanción de ineficacia externa de las sociedades irregulares ante terceros de buena fe, y vigentes las normas que confirman la existencia *ad extra* de las sociedades mercantiles externas no inscritas (art. 15 y 16 LSA) es necesario encontrar el criterio legal que nos permita ordenar las relaciones de estos sujetos de derecho con los terceros. Se trata de formular el principio que sirva para caracterizar a los terceros de buena fe vinculados con las sociedades irregulares y que informe el régimen jurídico de sus relaciones.

Esta cuestión, de gran complejidad técnica, está a su vez cargada de connotaciones dogmáticas que aconsejan su tratamiento en un trabajo específico al que ahora deben quedar remitidas. Baste adelantar que, en nuestra opinión, también se brinda protección a los terceros de buena fe en el caso de falta de inscripción del hecho primario y que ésta puede venir de la mano del carácter constitutivo de la inscripción (más algún otro elemento). El problema no es tanto describir la técnica de protección y el régimen jurídico aplicable como caracterizar al tercero de buena fe al que proteger.

2.2. *La defensa activa del tercero*

A) Utilizabilidad

Formulado positivamente por vez primera en el CCom de 1829 (arts. 28 y 29) (66) y en el CCom 1885 como complemento al principio de inoponibilidad (arts. 24 y 29 en su redacción anterior a la reforma de 1989) (67) es

irregular será la misma que la del contrato en virtud del cual se constituye una sociedad externa del modelo básico (aunque *inter partes* surta una eficacia más plena). Antes de la inscripción la existencia del negocio ha de ser probada. Con la inscripción se dota al negocio de eficacia cualificada (plena) *inter partes* y frente a terceros, y de oponibilidad del régimen jurídico de responsabilidad y representación querido por las partes (el propio de una sociedad de capital). En este sentido GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, *La sociedad de capital en formación*, Pamplona, 1996, pág. 31 y ss.; PAU PEDRÓN, «La publicidad registral de la Sociedad Anónima», en AA.VV., *El nuevo régimen jurídico de la Sociedad Anónima*, Madrid, 1991, págs. 32 y ss. En nuestro sistema tienen eficacia constitutiva la inscripción de la constitución de sociedades de capital (art. 7 LSA y 11 LSRL), de la fusión (art. 245 LSA y 94 LSRL) y de la delegación permanente de facultades del Consejo de Administración (art. 141.2 *in fine* LSA).

Inscripción declarativa es la que atribuye eficacia *erga omnes* (oponibilidad) al hecho o acto inscrito, evitando la necesidad de la prueba de su contenido y de su conocimiento por los terceros.

(66) Transcritos en nota 12.

el más tradicional de los mecanismos protectores de los intereses de terceros de buena fe.

Aunque hoy carece de formulación legal expresa en Derecho interno (68), la racionalidad del sistema demanda su vigencia. Si la tutela de la realidad permite al sujeto inscrito oponer lo no inscrito (oponibilidad relativa del art. 21.4 CCom), la misma razón, y a *fortiori* (ya que se consigue la tutela del interés del tercero que ha confiado en la apariencia) permite afirmar la *utilizabilidad* de lo no inscrito por el tercero (69). Como vimos anteriormente, en opinión de la doctrina que comentó la reforma, el Registro es un instrumento al servicio de la apariencia, pero ni la deroga ni la sustituye, sólo la complementa. De ahí que, en nuestra opinión, deba siempre prevalecer en el caso de que ambos mecanismos de publicidad se contradigan. El fundamento último de la *utilizabilidad* reside, precisamente, en la doctrina de protección de confianza en la apariencia y en la doctrina de los actos propios.

Esta facultad del tercero es, a su vez, uno de los efectos derivados del principio de *obligatoriedad de la inscripción* (art. 4 RRM), ya que ejercitada al invocar la realidad (utilización en su favor del acto no inscrito) la falta de inscripción no podrá ser alegada por quien esté obligado a procurarla.

La *utilizabilidad* no es un concepto exclusivo del Derecho registral, sino que es una categoría jurídica que procede del Derecho común de obligaciones y se desarrolla paralelamente al efecto de *oponibilidad* de los contratos. La doctrina civil reserva este término para referir la facultad del tercero de hacer valer una actuación ajena en defensa del interés propio (70). En nuestro ámbito podemos definirla como *la posibilidad que tiene el tercero de invocar en su favor el conocimiento que, vía publicidad de hecho, tiene de los datos no inscritos*. Cuando la ejercita el tercero renuncia a la presunción de buena fe que le favorece y a la protección que le brinda el principio de fe pública, y asume la carga de la prueba del hecho o acto y su contenido (prueba del comportamiento no coherente con el Registro del sujeto inscrito) y de su propio conocimiento y confianza en la apariencia a la fecha en la que trabó relación con aquel (prueba de su propia «mala fe» en la acepción registral del artículo 21.4 CCom). De ese modo puede utilizar frente al sujeto inscrito la apariencia por éste creada, si es que fue el verdadero marco jurídico en el que se desarrolló su relación contractual.

(67) Transcritos en nota 14.

(68) No así en los textos comunitarios. El artículo 3.7 de la Primera Directiva sobre sociedades lo enuncia, como complemento al principio de inoponibilidad, cuando manifiesta que «... los terceros podrán valerse siempre, además, de los actos e indicaciones respecto de los que aún no se hayan cumplido las formalidades de publicidad...».

(69) En este sentido TORRENT, op. cit., pág. 1.416

(70) Sobre este concepto véase DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos* ..., cit., págs. 402 y ss.; GONZÁLEZ PACANOWSKA, «Notas...», cit., pág. 1.467, y «Comentario...», cit., págs. 322 y ss.; RAGEL SÁNCHEZ, *Protección...*, cit., especialmente págs 72 y ss

Esta posibilidad ya la enunció GÓMEZ SEGADÉ (71) (con motivo del comentario del Anteproyecto de reforma) al afirmar que «la exigencia de buena fe no juega únicamente en beneficio de la sociedad, sino también del tercero... los terceros de buena fe pueden invocar en su favor los hechos no inscritos o no publicados, es decir, aquéllos en relación con los que no se hayan cumplido los requisitos de publicidad formal...».

Por contra, otro sector de la doctrina española mantiene que la valoración del conocimiento fáctico del tercero no puede extenderse más allá de la posibilidad del artículo 21.2 CCom. No se juzga admisible que el tercero demuestre la existencia de hechos o actos de apariencia en los que confió si son contrarios o discordantes con el Registro. La razón que se aduce carece, a nuestro juicio, de fundamento positivo al tiempo que concede un excesivo valor jurídico a la inscripción. Se afirma que «(S)i se trata de lograr la seguridad del tráfico mercantil, ha de estarse a los datos inscritos y publicados, y no a la siempre difícil valoración y prueba de la apariencia (72). Establecido el Registro, ha de estarse a sus pronunciamientos, y no retroceder a un estado anterior de evolución en que la protección se dispensa a la apariencia» (73).

En nuestra opinión con el anterior razonamiento se desprotege a los terceros, se prescinde de la buena fe como presupuesto registral y se convierte al sujeto inscrito en «administrador» de la realidad a su capricho.

B) Invocabilidad

Por *invocabilidad* se entiende la posibilidad que tiene el tercero de hacer valer frente al sujeto inscrito (y obligado a inscribir) los datos inscritos (74). Es un efecto derivado de la presunción de buena fe del tercero y el principio

(71) GÓMEZ SEGADÉ, «La publicidad...», cit., pág. 44, cuya opinión es seguida por TORRENT, op. cit., págs. 1411 y ss.

(72) En cambio, GÓMEZ SEGADÉ («La publicidad...», cit., pág. 40), cuando se plantea la posibilidad de que la apariencia prevalezca sobre el contenido del Registro, no considera que se resienta la seguridad del tráfico, sino que al contrario «... esta solución es la más adecuada para la seguridad del tráfico, pues a menudo se confiará más en los hechos y manifestaciones directas que en el contenido del BORME que, aunque genere mayor difusión que la simple inscripción registral, pocos leerán y que, además, puede aparecer con notables retrasos y deficiencias».

(73) PAU PEDRÓN, «Publicidad...», cit., pág. 5396. Estas palabras del autor encajan mal con sus afirmaciones de las páginas 5394 y 5396 de que «el Registro es apariencia... quien ha pretendido abusar de la apariencia no se verá ya protegido por el sistema» y «se permite que el tercero utilice en su beneficio el conocimiento de hecho, aunque no se haya realizado inscripción o publicación, ni ninguno de los dos mecanismos complementarios de publicidad».

(74) La *invocabilidad* es la que PAZ ARES («La reforma...», cit., pág. 65, nota a pie) llama *publicidad positiva* porque se funda en el *decire* del Registro aunque sea falso o inexacto.

de fe pública, que le permiten ampararse en el Registro si éste le favorece. Para la *invocabilidad* basta con la inscripción, esto es, no es necesaria la publicación en el *BORME*. Es uno de los «efectos propios de la inscripción» a que se refiere el artículo 21.1 CCom (75).

El sujeto inscrito podrá, según el artículo 21.4 CCom, evitar que surta efectos la invocación del Registro por el tercero de «mala fe» probando que conocía una realidad distinta a la inscrita.

IV. EL VALOR JURIDICO DE LA APARIENCIA (A MODO DE CONCLUSION)

La reforma ha convertido al Registro Mercantil en un instrumento al servicio de la apariencia (realidad extrarregistral), la seguridad y la agilidad de las relaciones de tráfico.

De la apariencia porque, a través del juego de la buena fe, los datos inscritos sólo prevalecen si son acordes con aquélla. Al tiempo que los sujetos o actos no inscritos no están sancionados con la inexistencia jurídica ni la inoponibilidad absoluta (art. 21 CCom y 9 RRM), sino sometidos a las reglas de la doctrina de protección de confianza en la apariencia y su prueba.

De la seguridad, porque permite el control de regularidad y legalidad de la situación jurídica de los sujetos obligados a inscribirse (art. 20.1 CCom y 7 RRM). Así como les estimula a observar buena fe objetiva (comportamiento acorde con lo inscrito) para poder servirse del principio de oponibilidad.

De la agilidad, porque se presume la validez y eficacia de lo inscrito y libera de la carga de su prueba (art. 20.2 CCom y 8 RRM), al tiempo que agiliza y optimiza la posibilidad de conocimiento a través de un mejor sistema de publicidad formal. El Registro se ha convertido en «el verdadero centro administrativo del tráfico mercantil» (76).

De la realidad, porque, además de contribuir a la progresiva mejora y modernización del sistema registral, ha variado sensiblemente respecto de la situación previgente (cuando al conceder valor jurídico a la inscripción se le negó a la realidad) la perspectiva desde la que hay que contemplar la función del Registro. Con la legislación anterior parecía como si no fuese la realidad, sino sólo el Registro, el entorno en el que se producían las relaciones de tráfico y donde se daban a conocer las circunstancias jurídicas de los sujetos intervinientes. Todo ello fue el resultado de intentar controlar a través del Registro las especialidades en materia de representación y responsabilidad de

(75) En este sentido PAU PEDRÓN, «Publicidad del Registro Mercantil», cit., pág. 5394.

(76) PAZ ARES, «La reforma...», cit., pág. 1307.

las sociedades mercantiles (fundamentalmente de las sociedades de capital), al mismo tiempo que se quería proteger a los terceros que se relacionaban con ellas; sobre todo, a los que se relacionaban con las no inscritas o con las que habían omitido la inscripción de alguna modificación en su régimen de responsabilidad y representación. En definitiva se estaban mezclando planos: el control de regularidad, el valor jurídico de la inscripción (la oponibilidad y la inoponibilidad) y la tutela de los terceros de buena fe. Ahora el sistema es, desde el punto de vista técnico, más perfecto porque los planos discurren paralelos pero no se mezclan. Por un lado en los artículos 20 y 21 del CCom y 7 a 9 RRM se regula la eficacia de la inscripción. Por otro lado, la regularidad (o mejor dicho, la irregularidad) está controlada y sancionada al margen de los principios de publicidad material en el artículo 16.2 de la LSA (77). En éste, como es sabido, se postula la ineficacia frente a terceros del régimen especial de responsabilidad y representación de las sociedades de capital no inscritas (art. 16.2 LSA) pero no se las condena a la «muerte civil» declarando inoponible su existencia. Los intereses de los terceros de buena fe siguen tutelados y la realidad recobra el valor jurídico que transitoriamente se le negó (78).

MERCEDES FARIAS BATLLE
Profesora de Derecho Mercantil.
Facultad de Derecho.
Universidad de Murcia

(77) No obstante, el régimen jurídico dispuesto en este precepto para la irregularidad de las sociedades de capital plantea, como ha puesto de manifiesto repetidamente la doctrina, importantes y complejos problemas, cuya consideración ha de quedar remitida a otro trabajo.

(78) Se ha cumplido así el pronóstico de GÓMEZ SEGADE («La publicidad...», cit., pág. 40), según el cual: *«A mi modo de ver, incluso transcurrido el plazo de quince días después de la publicación, y al margen de las normas de publicidad registral, cabría que el tercero demostrase que, actuando con la debida diligencia, ha confiado en circunstancias y hechos claros discordantes con los que han sido objeto de publicidad legal. Siguiendo la opinión mayoritaria de la doctrina alemana, entre la que cabe mencionar a KARSTEN SCHMIDT, estimo que también en el futuro derecho español la protección de la confianza derivada de la apariencia jurídica puede ser más fuerte que la derivada de la publicidad legal. Como pone de relieve el autor citado, «quien provoca o mantiene una apariencia jurídica que es más fuerte que la publicidad registral, queda sometido a la responsabilidad derivada de la confianza en dicha apariencia».*

DICTAMENES Y NOTAS

Análisis de un supuesto de indefensión de los arrendadores de inmuebles urbanos

INTRODUCCION AL TEMA

El artículo 27 de la actual Ley de Arrendamientos Urbanos (LAU), en sede de incumplimiento de obligaciones, dentro del Capítulo V, «**De la suspensión, resolución y extinción del contrato**», establece que «**el incumplimiento por cualquiera de las partes de las obligaciones resultantes del contrato dará derecho a la parte que hubiere cumplido las suyas a exigir el cumplimiento de la obligación o a promover la resolución del contrato de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 1.124 del Código Civil**» (apartado 1 del precepto). Recordemos que el artículo 1.124 del Código Civil establece el régimen de las obligaciones recíprocas, expresando que «**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, aún después de haber optado por el cumplimiento, cuando éste resultare imposible...**»

El apartado 2 del mencionado artículo 27 establece las causas de resolución del contrato de arrendamiento referidas al arrendador, en cuanto que éste podrá, efectivamente, resolverlo, de pleno derecho, entre otras causas, por la falta de pago de la renta o, en su caso, de cualquiera de las cantidades cuyo pago corresponda al arrendatario o de aquéllas que hubiere asumido. Como puede observarse, la LAU, bajo este epígrafe de «Incumplimiento de obligaciones», contempla, de un lado, causas de resolución comunes al arrendador y al arrendatario, que pueden condensarse en el incumplimiento de las obligaciones resultantes del contrato, siempre que aquél que pretenda la resolución hubiere cumplido sus propias obligaciones, otorgándosele, a tal efecto, la posibilidad opcional de exigir, a su vez, el cumplimiento a la otra parte o,

de otro lado, resolver el contrato, todo ello en armonía con lo establecido en el citado artículo 1.124 de nuestro Código Civil.

La causa de resolución del contrato de arrendamiento contenida en el apartado 2 del artículo 27 de la LAU es una consecuencia lógica, de estricta justicia, en cuanto que el pago de la renta es la obligada contraprestación al uso y disfrute de la vivienda por el arrendatario. Si éste no cumple con esta obligación, está incumpliendo gravemente, porque el pago de la renta es su obligación principal, causa del contrato de arrendamiento, pues en los contratos onerosos, tal como expresa el artículo 1.274 del Código Civil, **«se entiende por causa, para cada parte contratante, la prestación o promesa de una cosa o servicio por la otra parte...»**

Hasta aquí, he examinado la falta de pago de la renta o, en su caso, de otras cantidades que, asimiladas a ésta, le corresponda pagar al arrendatario o bien las haya asumido. Pero esta situación se complica extraordinariamente en el supuesto de que el arrendatario sea un agente diplomático. Este tema, precisamente, es el que va a ser objeto de nuestro análisis, en función del estudio y comentario de la Sentencia de 28 de septiembre de 1995, de nuestro Tribunal Constitucional.

LA SENTENCIA DE 28 DE SEPTIEMBRE DE 1995: UN SUPUESTO DE HECHO COMPLEJO

El supuesto de hecho que vamos a tratar se reconducía a que el arrendatario, agente diplomático, había incurrido en impago de las rentas correspondientes, por lo cual cabía la resolución del contrato de arrendamiento, tal como con anterioridad hemos puesto de manifiesto, en base al artículo 27.2.a) de la actual LAU. Tras incoar el arrendador la oportuna demanda ante los Tribunales de Justicia, tanto el Juzgado de Primera Instancia como la Audiencia Provincial aceptaron su incompetencia para entrar a conocer el fondo del asunto, precisamente porque se trataba de un diplomático que gozaba de tal condición y, por ende, de inmunidad. Nuestro Tribunal Constitucional mantuvo el mismo criterio sustentado por dichos Tribunales y, con ello, dejó al arrendador indefenso, sin otorgarle el amparo que había solicitado, de modo que éste se vio en la difícil tesitura de no cobrar sus rentas, ni tampoco poder proceder al deshaucio del diplomático deudor, el cual ha seguido ocupando la vivienda arrendada sin pagar por la misma renta alguna.

El Alto Tribunal ha manifestado en este sentido que *«a este fin ha de tenerse presente, en primer lugar, que el referido convenio permite —se refiere al Convenio de Viena de 1961— lograr esta protección por parte del Estado respecto del agente diplomático, a quien corresponde velar por una correcta aplicación del Convenio de Viena de 1961 en España y evitar así cualquier*

posible abuso en los privilegios e inmunidades que en él se establecen, cuando el particular actúa diligentemente. En efecto, si el titular de la inmunidad tiene el deber de respetar las leyes y reglamentos del Estado receptor (art. 41.1 del mencionado convenio) de ello se deriva que en un supuesto como el presente el arrendador tiene la posibilidad de poner en conocimiento del Ministerio de Asuntos Exteriores el incumplimiento del pago de la renta pactada, para que dicho órgano solicite del Estado acreditante bien que compela al agente diplomático a cumplir dicha obligación o bien que renuncie a la inmunidad de jurisdicción civil (art. 32.1 del mismo convenio). Pues si el Estado acreditante no accede a ello, podrá comunicarle que el agente diplomático es considerado persona "non grata" en España, lo que entraña la retirada o el término de las funciones diplomáticas de éste, acordada por el Estado acreditante; y caso de no acordarla, el Estado receptor podrá negarse a reconocerlo como miembro de la misión (art. 9.1 y 2 del mismo convenio). De suerte que si existe una conducta diligente del particular y ésta va seguida de la acción del Estado acreditante, ello puede permitir que quede expedito para el arrendador el acceso a la jurisdicción civil en nuestro país. Debiendo señalarse, asimismo, que si los poderes públicos no adoptaran las medidas adecuadas para proteger los derechos e intereses del particular, por ejemplo, no ejercitando la protección diplomática cuando la misma sea procedente (STC 107/1992, Fundamento Jurídico 3), pese a haberla solicitado, éste podrá eventualmente ejercitar una petición indemnizatoria ante los Juzgados y Tribunales españoles por la lesión sufrida en sus bienes y derechos (art. 106.1 CE). Lo que también posibilita, aunque indirectamente, la satisfacción judicial de los derechos e intereses de los particulares por esta vía, pese a que no está exenta de desventajas para aquéllos. En segundo término, tampoco cabe olvidar que el reconocimiento de la inmunidad jurisdiccional al agente diplomático no priva al particular con el que contrata el arrendamiento de la protección judicial, ya que el artículo 31.4 del Convenio de Viena de 1961 ha determinado un Tribunal competente para hacer valer su pretensión, aún cuando éste sea el de otro Estado, al disponer que la inmunidad de jurisdicción de un agente diplomático en el Estado receptor no le exime de la jurisdicción del Estado acreditante. Lo que implica, en las circunstancias del presente caso, que la recurrente de amparo pudo hacer valer su pretensión dirigida al pago de la renta ante los Tribunales italianos. Y aunque pudiera alegarse que ello genera inconvenientes o cargas para el demandante, no es menos cierto que tal alegación carece de contenido constitucional, como se dijo en la STC 43/1986, Fundamento Jurídico 8. Y esa carga del demandante no es distinta de la que se produce en otros muchos supuestos en los que la litis se entabla por un nacional contra un extranjero, como se evidencia del examen de los foros de competencia judicial internacional en el orden civil que se contienen en el artículo 22 de la LOPJ, al no haber querido el legislador atribuir una ilimitada extensión a la competencia de los Juzgados

y Tribunales españoles sino sólo un volumen razonable de atención a la proximidad o vinculación de los supuestos con nuestro Ordenamiento. Por lo que en muchos casos el nacional español que se propone reclamar judicialmente frente a un extranjero habrá de ejercitar su pretensión ante el Tribunal competente de otro Estado, al igual que ocurre en el supuesto aquí considerado. Lo que lleva a estimar, en suma, que el obstáculo que se deriva del artículo 31.1 del Convenio de Viena de 1961 no es desproporcionado o excesivo para el particular, dado que éste puede lograr en ciertos supuestos el acceso a los órganos jurisdiccionales españoles y, en todo caso, puede recurrir a los del Estado acreditante del agente diplomático».

Expuesto el razonamiento de esta sentencia, queda por determinar si, efectivamente, al particular afectado se le ha otorgado la tutela judicial que consagra el artículo 24 de nuestra Constitución de 1978, en sede de protección judicial de los derechos, **«todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los Jueces y Tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión»** (apartado 1).

Hay que comenzar por determinar qué significado tiene el artículo 24 de nuestra Constitución. El derecho a la tutela efectiva, tal como ha declarado en diversas ocasiones nuestro Tribunal Constitucional, no comprende el derecho a obtener una decisión judicial acorde con las pretensiones que se formulan, sino el derecho a que se dicte una resolución fundada en derecho, siempre que se cumplan los requisitos procesales para ello. De ahí que la tutela judicial se satisface tanto en una sentencia favorable como desfavorable, siempre que dicha resolución sea fundada en Derecho. Así, la Sentencia de 8 de junio de 1981 definió el derecho del artículo 24 como el de promover la actividad jurisdiccional que desemboque en una decisión judicial sobre las pretensiones deducidas, si bien esa decisión no tiene por qué ser favorable a las pretensiones del actor. Abundando en la misma idea, la Sentencia del Alto Tribunal de 14 de julio del citado año indicó que la tutela efectiva supone que los recurrentes sean oídos y tengan derecho a una decisión fundada en derecho, ya sea favorable o adversa.

Con mayor precisión aún la Sentencia de 29 de mayo de 1982 declaró que el derecho a la tutela efectiva de los Jueces y Tribunales comprende el de obtener una resolución fundada en Derecho, resolución que habrá de ser de fondo, sea o no favorable a las pretensiones formuladas, si concurren todos los requisitos procesales para ello, y que podrá ser de inadmisión, o de desestimación por algún motivo formal, cuando concorra alguna causa de inadmisibilidad y así lo acuerde el juez o tribunal en aplicación razonada de la misma.

El acento de la efectividad de la tutela debe situarse en su expeditividad, lo que supone las facilidades para su obtención o, en otras palabras, la ausen-

cia de obstáculos que impidan o demoren la prestación de la tutela. Tanto por parte del legislador como por los propios órganos jurisdiccionales debe procurarse evitar o paliar la virtualidad de los óbices formales que impidan el conocimiento sobre el fondo de los asuntos e incluso deben estimarse incursas en inconstitucionalidad sobrevenida aquellas normas que no respondan a este designio.

La efectividad de la tutela judicial no sólo postula que se dicte una resolución fundada en derecho, sino que exige también que el fallo judicial se cumpla y que el recurrente sea repuesto en su derecho y compensado, si a ello hubiere lugar, por el daño sufrido. Ello comporta que el interesado pueda acceder a los Tribunales de Justicia, manifestando y defendiendo su pretensión jurídica en igualdad con las otras partes, gozando de la libertad de aportar todas aquellas pruebas que, procesalmente, fueren oportunas y admisibles.

El artículo 24.1 de nuestra Constitución prohíbe la indefensión que, según el precepto, no podrá producirse en ningún caso. Esto quiere decir que el Texto Constitucional prohíbe el hecho de que la aplicación de normas legales impida a una persona poder hacer valer en toda su extensión sus derechos o intereses legítimos. Por tanto, las normas que supongan obstáculos procesales, que no tengan una justificación razonable, habrán de entenderse derogadas por el artículo 24 de la Carta Magna.

Por todo lo expuesto, hemos de llegar a la conclusión de que se ha consumado, efectivamente, en nuestro Derecho un supuesto grave de indefensión al arrendador que, en su día, no pudo exigir el cumplimiento de una obligación esencial del arrendatario, cual es el pago de las rentas debidas. Dicho arrendador, afectado por este problema, sólo contaba con unas medidas o con un procedimiento que, de forma sintética, puede esbozarse, tal como ha puesto de manifiesto DANIEL LOSCERTALES FUERTES (1), de la siguiente manera: 1.^a El particular arrendador puede dirigirse al Ministerio de Asuntos Exteriores para que éste, a su vez, solicite del Estados acreditante que compela al agente diplomático para que cumpla con su obligación de pagar o, en otro caso, que le sea retirada la inmunidad jurisdiccional civil. A este respecto, recordemos que el artículo 21 de nuestra LOPJ declara, en su apartado 1, que **«los Juzgados y Tribunales españoles conocerán de los juicios que se susciten en territorio español entre españoles, entre extranjeros, y entre españoles y extranjeros con arreglo a lo establecido en la presente Ley y en los Tratados y Convenios Internacionales en los que España sea parte.**

Se exceptúan los supuestos de inmunidad de jurisdicción y de ejecución establecidos por las normas del Derecho Internacional Público» (apartado 2).

(1) LOSCERTALES FUERTES, DANIEL: «Atención: No alquilar a diplomáticos», en la revista *Tapia*, núm 84, noviembre de 1995.

No se alcanza a comprender cómo el Ministerio de Asuntos Exteriores va a corroborar las manifestaciones del arrendador afectado sin que, con carácter previo, haya una resolución de alguna autoridad. En consecuencia, la deuda alegada por el arrendador no es capaz de poner en marcha un complicado tejido de relaciones internacionales, por lo que, dado que el Tribunal Constitucional admite la falta de jurisdicción civil en este supuesto, no vemos qué solución puede tener este problema para el interesado.

2.^a Puede el arrendador, ante la falta de diligencia para defender sus intereses por parte de nuestras autoridades, solicitar indemnización al Estado, en armonía con lo preceptuado por el artículo 106.2 de nuestra Constitución, que prevé que **«los particulares, en los términos establecidos por la ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos»**.

Un comentario requiere este precepto constitucional en la materia, ardua y compleja, que estamos tratando. En primer lugar, hay que hacer notar que el daño que sufra el particular ha de ser individualizado. Esta exigencia, tal como ha destacado GARCÍA DE ENTERRÍA (2), implica que ha de tratarse de un daño concreto residenciable directamente en el patrimonio del reclamante y que, además, exceda de lo que pueden considerarse cargas comunes de la vida social.

Por lesión ha de entenderse un daño antijurídico que reúna los caracteres de efectividad, posibilidad de evaluación económica e individualización con respecto a una persona o grupo de personas.

El segundo presupuesto o requisito necesario para que surja la obligación de indemnizar es que la lesión sea imputable a la Administración y consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos. Ha de existir, como se ha puesto de manifiesto (3), un nexo causal, una relación de causalidad entre el funcionamiento y la lesión sufrida por el particular. El problema que puede plantearse es si el nexo causal ha de considerarse que se rompe en los casos en que haya cooperado a la producción de la lesión el propio comportamiento del lesionado.

Examinados someramente los requisitos imprescindibles para que el arrendador pueda solicitar una indemnización a cargo del Estado, en base al artículo 106.2 de la Carta Magna, podemos comprobar que tampoco esta vía

(2) GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO: *Curso de Derecho administrativo*, Madrid, 1984.

(3) ROMERO COLOMA, AURELIA MARÍA: «Comentario a la Sentencia de 2 de marzo de 1993 (Sala de lo Contencioso-Administrativo de Granada), en torno a la responsabilidad patrimonial de la Administración», en *Actualidad Administrativa*, núm. 48, 25 a 31 de diciembre de 1995

satisface al perjudicado. En efecto, como expresa DANIEL LOSCERTALES FUERTES (4), es más que dudoso que, por esta vía, vaya el arrendador a cobrar lo que se le está debiendo, debido a la complejidad que tiene cualquier reclamación a la Administración, además de que sólo cabe exigir aquello que previamente se haya acreditado y esto, ante la ausencia de resolución judicial firme, sería muy difícil de conseguir, pues, en todo caso, en el mejor de los supuestos, se obtendría la deuda pendiente en un determinado momento, pero no los alquileres sucesivos, con lo cual el problema no tiene la solución adecuada, salvo que el ciudadano reclame todos los meses, cada vez que el arrendatario no paga.

En defecto de lo anterior, postula el Tribunal Constitucional que se acuda a los Tribunales del país de origen, lo que obliga al arrendador a una serie de trámites, la mayoría de las veces interminables y farragosos, amén de tener que contratar a especialistas en Derecho altamente cualificados y de una gran preparación práctica en el Ordenamiento Jurídico de la nación correspondiente, todo lo cual supone una grave indefensión para este ciudadano, en flagrante contradicción con lo dispuesto en el artículo 24 de nuestra Constitución, ya citado anteriormente. La sentencia que estamos examinando no parece respetuosa con el contenido de dicho artículo 24 y, para confirmar mi aseveración, basta con examinar algunos de sus Fundamentos de Derecho. Así, el sexto expone lo siguiente: *«A los fines de este examen conviene comenzar recordando que desde la primera de sus sentencias, la de 26 de enero de 1981, este Tribunal ha afirmado con reiteración la plenitud jurisdiccional de los Jueces y Tribunales españoles en cuanto exigencia que se deriva del derecho a la justicia o derecho a la tutela jurisdiccional, que se califica por la nota de la efectividad (Sentencia del TC 1/1981, Fundamento Jurídico 11). Pero también ha declarado reiteradamente que el artículo 24.1 CE no reconoce un derecho incondicional o absoluto a la presentación jurisdiccional, sino un derecho a obtenerla por las vías procesales existentes y con sujeción a su concreta ordenación legal (SSTC 19/1981, 49/83, 113/1990 y 172/1991, entre otras muchas). Por ello, este Tribunal ha declarado que, en cuanto se trata de un derecho prestacional, el de tutela judicial efectiva, en sus distintas vertientes (...) es conformado por las normas legales que determinan su alcance y contenido concretos y establecen los requisitos y condiciones para su ejercicio (STC 107/1992, Fundamento Jurídico 2) De suerte que el legislador, dentro de su ámbito de configuración legal, puede establecer límites al pleno acceso a la jurisdicción, al igual que al pleno acceso a la ejecución de las sentencias, siempre y en el bien entendido de que dichos límites sean razonables y proporcionados respecto a los fines que lícitamente puede perseguir en el marco de la CE (STC 107/1992, con cita de la STC 4/1988). A*

(4) LOSCERTALES FUERTES, DANIEL: Artículo citado en nota 1.

lo que cabe agregar, por último, que confrontados a normas legales que pueden limitar o dificultar el acceso a la jurisdicción, hemos dicho que su interpretación ha de llevarse a cabo cuando la norma así lo permita y sin violentar sus términos, de forma que no se menoscabe o excluya el acceso a la justicia (SSTC 294/1994, 37/1995, 55/1995 y 58/1995); pues a diferencia de lo que ocurre con la interpretación de las normas que limitan la admisibilidad de un recurso contra una sentencia dictada en un proceso celebrado con todas las garantías, en este caso puede quedar afectado el contenido esencial del derecho constitucional de acceso a la justicia que el artículo 24.1 garantiza.

Asimismo, en atención al mandato que se deriva del artículo 10.2 CE, es oportuno señalar que este carácter no absoluto del derecho fundamental de acceso a la jurisdicción y la correspondiente posibilidad de límites legales también han sido reconocidos por el TEDH en relación con el artículo 6.1 del convenio europeo sobre protección de derechos y libertades fundamentales, hecho en Roma en 1950. Entre otras decisiones, en la Sentencia de 21 de febrero de 1975 (asunto Golder, párrafos 37 a 39). Y es especialmente significativo, además, que en este mismo caso la Comisión se haya referido, como posibles límites legales, a las inmunidades parlamentarias y diplomáticas, precisando que operan cuando su titular es demandado en un proceso (decisión de 1 de junio de 1973, párrafos 93 y 94).».

Un comentario suscita este Fundamento Jurídico sexto de la sentencia analizada, siguiendo, como es lógico, los razonamientos que, en todo momento, he intentado exponer.

El contenido del artículo 24.1 de nuestra Constitución ha sido interpretado de una manera sutil, condicionándolo a que el legislador, siempre dentro de su ámbito de configuración legal, pueda establecer límites al pleno acceso a la jurisdicción, pleno acceso que ya viene garantizado, sin embargo, por el propio artículo 24.1. *¿Quid iuris?* Es obvio que el legislador no podrá imponer valladares al libre acceso a la jurisdicción y, si lo hiciera, estaría infringiendo, de manera flagrante, el mandato constitucional. En este orden de cosas, es muy expresivo el término empleado por el constituyente, al hablar de «indefensión». Cabe preguntarse qué hay que entender por «indefensión» y si, en el supuesto que examinamos, se ha producido ésta para el ciudadano arrendador. Ya la interesante Sentencia de 8 de febrero de 1982 recogió esta problemática, entendiendo que el derecho fundamental contemplado en el artículo 24.1 era predicable de todos los sujetos jurídicos en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, comportando la exigencia de que *en ningún caso* (el subrayado es mío) pudiera producirse indefensión, lo que significa, indudablemente, que en todo proceso judicial debe respetarse el derecho de defensa contradictoria de las partes contendientes, o que legalmente debieran serlo, mediante la oportunidad dialéctica de alegar y justificar procesal-

mente el reconocimiento judicial de sus derechos e intereses. Este derecho de defensa y bilateralidad, reconocido legalmente antes de la promulgación del Texto Constitucional, y expresado bajo el clásico principio «*nemine damnatur sine audiat*», se conculca cuando los titulares de derechos e intereses legítimos se ven imposibilitados de ejercer los medios legales suficientes para su defensa, originando, de este modo, una desigualdad de las partes, viéndose, como en el presente supuesto, una de ellas menoscabada y perjudicada, en definitiva, en orden a la plena satisfacción de su derecho que, a su vez, le viene reconocido por una norma legal, cual es la propia Ley de Arrendamientos Urbanos, que otorga al arrendador el derecho a resolver el contrato de arrendamiento en el supuesto de falta de pago de la renta por parte del arrendatario. Parece evidente que el afectado no ha contado con plenas oportunidades de defensa, por lo que se ha consumado su indefensión. En este sentido, es importante hacer constar el Voto Particular emitido por los Magistrados don CARLES VIVER PI-SUNYER, al que se han adherido los también Magistrados don VICENTE GIMENO SENDRA y don RAFAEL DE MENDIZÁBAL ALLENDE, en los siguientes términos: *«En suma, pues, en esta sentencia se da un paso atrás respecto de las SSTC 107/1992 y 292/1994, relativas a las inmunidades de ejecución de los Estados al disminuir la protección del derecho de los ciudadanos al acceso a la jurisdicción en aras de una aplicación constitucionalmente desmesurada de las inmunidades. En rigor, la doctrina de fondo sentada en las referidas Resoluciones se contradice en la presente sentencia al no entrar a ponderar la concurrencia o no del efectivo ejercicio de la actividad diplomática. Se trata de un paso atrás que no se justifica en lo establecido por la Constitución, sino en el distinto desarrollo experimentado por el derecho internacional respecto a estos dos tipos de inmunidades. Debemos esperar, pues, a que la comunidad internacional, que ha detectado ya los abusos que se están cometiendo en este campo, dé una solución a este grave problema. Entretanto el Tribunal Constitucional ha perdido, creo, una oportunidad de contribuir a esta tarea vetando una interpretación del alcance de la inmunidad de jurisdicción que limite injustificadamente el derecho de acceso de los españoles a la jurisdicción interna en defensa de sus derechos e intereses»*.

Desde mi punto de vista, la prohibición de que se produzca indefensión va referida a unos principios concretos del proceso, como son la contradicción y la igualdad. Examinémoslos.

El principio de contradicción exige, como requisito previo a la actuación de una pretensión, la audiencia de la persona frente a quien dicha pretensión se dirige, concediéndole los medios de defensa que estime pertinentes. El cumplimiento de esta exigencia se obtiene no tanto con la audiencia efectiva de la parte, sino con la concesión de la posibilidad de actuar en el proceso, aunque no la aproveche. Este principio encuentra su respaldo constitucional

en el tantas veces citado artículo 24 del Texto Constitucional, que, al establecer el derecho a un proceso con todas las garantías, remite a que nadie puede ser condenado sin ser oído.

Por lo que hace al principio de igualdad, hay que entender que el mismo excluye la existencia de privilegios entre las partes, de tal modo que las cargas y responsabilidades del proceso tienden, más que a obtener una hipotética y formal igualdad entre ellas, a la real y efectiva satisfacción de pretensiones justas. Al hilo de estos razonamientos, es oportuno citar la Sentencia de nuestro Alto Tribunal de 11 de junio de 1984, que, refiriéndose al término «indefensión», manifestó que ésta *«se produce cuando se priva al ciudadano de la posibilidad de impetrar la protección judicial de sus derechos o intereses mediante la apertura del adecuado proceso, o la de realizar, dentro de dicho proceso, las adecuadas alegaciones o pruebas, o cuando se le crea un obstáculo que dificulta gravemente las actividades antedichas»*.

La Sentencia del Alto Tribunal de 8 de octubre expresó, muy acertadamente, que *«la posibilidad de indefensión, puesto que es una manifestación de un principio esencial de todo proceso, puede apreciarse en cada instancia; es claro que el recurrente puede quedar indefenso no sólo durante el desenvolvimiento del recurso, sino también cuando trata de acceder al mismo. como presupuesto esencial del desarrollo del proceso impugnatorio, porque, aun cuando una acción o una omisión judicial que impidieran el acceso a un recurso, contempladas en abstracto, no tendrían por qué causar indefensión, sino violación de otros derechos —del derecho a recurrir, cuando exista, por ejemplo—, si la producen indefectiblemente cuando, como ocurre en el caso, dichas acciones u omisiones desencadenan una serie de actos de los que está ausente la contradicción, porque en su conjunto vulneran el artículo 24 1 de la CE»*.

El derecho a que no se produzca indefensión ha sido, en el supuesto que analizo, conculcado para el arrendador, pues se constituye en lógico nexo de respeto al principio de contradicción entre las partes, otorgando la posibilidad de acceder a la justicia en igualdad de condiciones, lo que conlleva el reconocimiento judicial de sus intereses y derechos legítimos. La Sentencia de 23 de noviembre de 1981 estimó que se conculca este principio cuando los titulares de derechos legítimos se ven imposibilitados, como en el presente supuesto, de ejercer los medios legales oportunos y suficientes para su defensa. Parece evidente que al arrendador no se le ha otorgado posibilidad de acudir, para alegar lo que a su derecho conviniere, a los Tribunales de Justicia. En este sentido, hay que recordar que la Sentencia de 23 de abril de 1981 proscribió la desigualdad de las partes, y la de 31 de marzo del citado año expresó que el principio que analizamos contiene un mandato dirigido al legislador y al intérprete en el sentido de promover la contradicción. Aplicable al tema que estamos tratando es la de 23 de julio de 1981, también del

Tribunal Constitucional, explicitando que la situación de indefensión puede provocarse cuando se sitúa a las partes en una posición de desigualdad, o si se impide la aplicación efectiva del principio de contradicción, mediante el adecuado desarrollo de la dialéctica procesal.

La Sentencia de 12 de julio de 1982 explicitó que los ciudadanos tienen derecho a ser oídos y a una decisión fundada en derecho. Me interesa, llegados a este punto, subrayar las conexiones existentes entre el concepto de indefensión y los impedimentos u obstáculos para alcanzar la correspondiente contradicción en un proceso. El proceso se estructura de un modo contradictorio, siguiendo los principios de igualdad de partes y de audiencia. El primero obliga a equilibrar los derechos, cargas y deberes de las partes, evitándose, de esta manera, perjuicios para una y ventajas para otra. Este principio de igualdad no es el mismo que se contiene en el artículo 14 de la Constitución, pues éste está referido a una igualdad sustantiva-formal, fuera del ámbito del proceso, al paso que el principio ahora enunciado tiene un contenido y sustancia netamente procesales, configurándose su existencia y desarrollo dentro del ámbito de las Leyes procedimentales. De ahí que me interese destacar que, desde una perspectiva de rango sustantivo, el supuesto analizado en la sentencia que comentamos, de 28 de septiembre de 1995, choca con el principio de igualdad del artículo 14 de la Carta Magna, siendo este precepto uno de los pilares sobre los que se asienta precisamente nuestra Constitución democrática y ello es así, a nuestro juicio, porque se ha consagrado un privilegio para un agente diplomático, todo ello en detrimento y perjuicio del arrendador, que, como lógica consecuencia, ha visto sus derechos e intereses legítimos —el de cobrar la renta— conculcados abiertamente.

La sentencia examinada intenta fundar esta desigualdad sustantiva y la correlativa desigualdad jurídica-procesal en normas de Derecho Internacional. Así lo expresa su Fundamento Jurídico octavo que, debido a su importancia, parece conveniente reseñar casi de modo literal: *«Pasando ya al examen de la legitimidad constitucional de este obstáculo o límite a la jurisdicción de los Juzgados y Tribunales españoles en materia civil, ha de afirmarse que si en nuestra sentencia del Tribunal Constitucional 107/1992, Fundamento Jurídico 3, se declaró que el régimen de inmunidad de ejecución de los Estados extranjeros no es contrario, cualquiera que éste sea, al derecho a la tutela judicial efectiva consagrado por el artículo 24.1 CE, otro tanto cabe decir ahora respecto a la inmunidad de la jurisdicción civil de los agentes diplomáticos.*

En efecto, esta limitación ha de reputarse legítima desde un punto de vista constitucional, pues posee un doble fundamento objetivo y razonable: En primer lugar, en el principio de igualdad soberana de los Estados consagrado en el artículo 21 de la Carta de las Naciones Unidas y al que expresamente se refiere el Preámbulo del Convenio de Viena de 1961. En

segundo término, en el principio de cooperación pacífica, que también se deriva de aquel tratado internacional. Pues si el primero implica la igualdad jurídica de todos los Estados y el mutuo respeto de su personalidad, de ello se sigue que un Estado soberano no puede, en principio, someter a otro Estado sin su consentimiento a la justicia de sus Tribunales (par in parem non habet imperium). Consecuencia que claramente se proyecta en la institución de la inmunidad de la jurisdicción civil de los agentes diplomáticos, dado que se concede por el Derecho internacional para garantizar el desempeño eficaz de las misiones diplomáticas y éstas son, conviene subrayarlo, órganos de un Estado extranjero que le representan ante el Estado receptor...»

Siguiendo este razonamiento, que, a nuestro juicio, es desmesurado en materia de inmunidad, el Fundamento Jurídico décimo de esta sentencia es el que parece más interesante en función de la materia que tratamos. Y ello es así porque va referido a determinar si, efectivamente, se ha violado el contenido del derecho reconocido en el artículo 24.1 de nuestra Constitución.

Dicho Fundamento Jurídico parte de la idea de determinar si la exclusión de un particular al acceso a la jurisdicción civil de los Juzgados y Tribunales españoles, cuando el demandado es una agente diplomático acreditado en España, resulta o no desproporcionada en atención al derecho consagrado por el citado precepto constitucional, entrando a discernir si el régimen de inmunidad previsto en el Convenio de Viena de 1961 excluye o permite una protección de los derechos e intereses de los particulares afectados. A tal fin, pone de manifiesto lo siguiente: «...Ha de tenerse presente, en primer lugar, que el referido convenio permite lograr esta protección por parte del Estado receptor del agente diplomático, a quien corresponde velar por una correcta aplicación del Convenio de Viena de 1961 en España y evitar así cualquier posible abuso en los privilegios e inmunidades que en él se establecen, cuando el particular actúa diligentemente. En efecto, si el titular de la inmunidad tiene el deber de respetar las leyes y reglamentos del Estado receptor (art. 41.1 del mencionado convenio), de ello se deriva que en un supuesto como el presente el arrendador tiene la posibilidad de poner en conocimiento del Ministerio de Asuntos Exteriores el incumplimiento del pago de la renta pactada, para que dicho órgano solicite del Estado acreditante, bien que compela al agente diplomático a cumplir dicha obligación o bien que renuncie a la inmunidad de jurisdicción civil (art. 32.1 del mismo convenio) Pues si el Estado acreditante no accede a ello, podrá comunicarle que el agente diplomático es considerado persona "non grata" en España, lo que entrañará la retirada o el término de las funciones diplomáticas de éste, acordada por el Estado acreditante; y, caso de no acordarla, el Estado receptor podrá negarse a reconocerlo como miembro de la misión (art. 9.1 y 2 del mismo convenio). De suerte que si existe una conducta diligente del particular y ésta

va seguida de la acción receptora frente al acreditante, ello puede permitir que quede expedito para el arrendador el acceso a la jurisdicción civil en nuestro país. Debiendo señalarse, asimismo, que si los poderes públicos no adoptaran las medidas adecuadas para proteger los derechos e intereses del particular, por ejemplo, no ejerciendo la protección diplomática cuando la misma sea procedente (STC 107/1992, FJ 3), pese a haberla solicitado, ésta podrá eventualmente ejercitar una petición indemnizatoria ante los Juzgados y Tribunales españoles por la lesión sufrida en sus bienes y derechos (art. 106.1 CE). Lo que también posibilita, aunque indirectamente, la satisfacción judicial de los derechos e intereses de los particulares por esta vía, pese a que no esté exenta de desventajas para aquéllos.

*En segundo término, tampoco cabe olvidar que el reconocimiento de la inmunidad jurisdiccional al agente diplomático no priva al particular con el que contrata el arrendamiento de la protección judicial, ya que el artículo 31.4 del Convenio de Viena de 1961 ha determinado un tribunal competente para hacer valer su pretensión, aún cuando éste sea el de otro Estado, al disponer que **la inmunidad de jurisdicción de un agente diplomático en el Estado receptor no le exime de la jurisdicción del Estado acreditante**. Lo que implica, en las circunstancias del presente caso, que la recurrente de amparo pudo hacer valer su pretensión dirigida al pago de la renta ante los Tribunales italianos. Y aunque pudiera alegarse que ello genera inconvenientes o cargas para el demandante, no es menos cierto que tal alegación carece de contenido constitucional, como se dijo en la STC 43/1986, FJ 8. Y esa carga del demandante no es distinta de la que se produce en otros muchos supuestos en los que la litis se entabla por un nacional contra un extranjero, como se evidencia del examen de los foros de competencia judicial internacional en el orden civil que se contienen en el artículo 22 de la LOPJ, al no haber querido el legislador atribuir una ilimitada extensión a la competencia de los Juzgados y Tribunales españoles, sino sólo un volumen razonable en atención a la proximidad o vinculación de los supuestos con nuestro ordenamiento. Por lo que en muchos casos el nacional español que se propone reclamar judicialmente frente a un extranjero habrá de ejercitar su pretensión ante el Tribunal competente de otro Estado, al igual que ocurre en el supuesto aquí considerado. Lo que lleva a estimar, en suma, que el obstáculo que se deriva del artículo 31.1 del Convenio de Viena de 1961 no es desproporcionado o excesivo para el particular, dado que éste puede lograr en ciertos supuestos el acceso a los órganos jurisdiccionales españoles y, en todo caso, puede recurrir a los del Estado acreditante del agente diplomático».*

El Fundamento Jurídico undécimo de esta sentencia, acorde con los planteamientos que ya hemos transcrito, estimó que no hay violación alguna del contenido del artículo 24.1 de nuestra Constitución, pues consideró que los

obstáculos y valladares que se oponían al derecho del recurrente no fueron en ningún momento irrazonables ni desproporcionados, cargando, de este modo, sobre el arrendador con una serie de cargas que, a nuestro juicio, hacían, prácticamente, inadmisibile e inviable la solución de su conflicto, viéndose, por ello, notoriamente perjudicado. Dicho Fundamento Jurídico manifestó lo siguiente: *«En definitiva, los órganos jurisdiccionales han seleccionado e interpretado, de forma razonable y no arbitraria, el precepto legal aplicable al caso. Y el examen ulterior ha llevado a la conclusión de que la inmunidad del agente diplomático de la jurisdicción civil de los Juzgados y Tribunales españoles, en cuanto obstáculo o límite del acceso a la jurisdicción interna que se deriva del artículo 21.1 LOPJ en relación con el artículo 31.1 del Convenio de Viena de 1961, es constitucionalmente legítima y su resultado no desproporcionado en relación con el contenido del derecho fundamental que el artículo 24.1 CE reconoce, por las razones expuestas en los fundamentos precedentes. Sin que de otra parte se desprenda de las actuaciones que la recurrente haya solicitado diligentemente de los poderes públicos las medidas apropiadas para lograr la satisfacción de sus derechos por otras vías, ni tampoco que haya ejercitado su pretensión ante el Tribunal competente. Todo lo cual ha de conducir, necesariamente, a la desestimación del amparo solicitado».*

Desde nuestro punto de vista, se ha consumado, con esta sentencia, la indefensión del ciudadano recurrente, indefensión que está proscrita en nuestra Carta Magna y de la que machaconamente viene hablándose por unos y otros sectores doctrinales. En el presente supuesto, es obvio que, para el ciudadano afectado, este precepto constitucional viene a significar «papel mojado», en simples intenciones o declaraciones que, en la realidad práctica, no llegan a ser eficaces. Parece evidente que obligar al arrendador a dirigirse al Ministerio de Asuntos Exteriores, solicitando del Estado acreditante que compela al agente diplomático a cumplir con su obligación de pago de la renta adeudada, es un camino que nada tiene que ver con el acceso a la jurisdicción que proclama reiteradamente nuestra Carta Magna. Si a ello se añade que, con toda probabilidad, dicho Ministerio no llevaría adelante ningún tipo de actuación en favor de los intereses lesionados del arrendador, por lo que éste no tendría otro camino que accionar por la vía del artículo 106.2 del Texto Constitucional, en sede de responsabilidad patrimonial del Estado, con la consiguiente complejidad que ello entraña, pues cualquier reclamación de esa índole es sumamente difícil de conseguir. Y, si esta última vía también fuera frustrada, al particular perjudicado sólo le quedaría acudir a los Tribunales del país de origen, con la ineludible carga de tener que soportar elevadísimos costes económicos, lo cual es, a todas luces, un obstáculo más para la satisfacción de los derechos e intereses legítimos de la parte afectada. Si la tutela judicial efectiva, tal como consagra el repetido artículo 24 de la

Constitución, ha de obtenerse a través de un proceso, parece lógico que el coste económico del proceso no se constituya en un valladar más del acceso a la jurisdicción, porque si el coste de aquél es superior a lo que, a posteriori, se va a obtener, difícilmente podrá decirse que se ha producido una tutela judicial efectiva. Todavía gravitan sobre el proceso los honorarios de los Letrados que en el mismo intervienen y ello es aún más gravoso cuando se trata de profesionales muy cualificados, altamente especializados en el Ordenamiento Jurídico de un país extranjero.

Para DANIEL LOSCERTALES FUERTES (5), si este criterio se mantiene —por el momento, parece que es el que hay que tener presente—, nuestros compatriotas, los arrendadores, tanto de vivienda como de locales de negocio, habrán de tener mucho cuidado con los contratos con diplomáticos extranjeros, pues éstos se encuentran en situación de completa ventaja para dejar de cumplir sus obligaciones, sin que nadie les compela a hacerlo. Si bien no resulta habitual que estas personas actúen de esta forma, si lo hacen, en cualquier caso, el problema para el acreedor no tiene, como ya hemos visto, una fácil solución. Antes bien, se convierte el asunto en un afán imposible. Seremos los españoles, por tanto, los que nos veamos obligados, al contratar, a pedir avales completos y complementarios de Bancos y Entidades regidos por la legislación española, no sujetos a las relaciones internacionales. De este modo, se garantizará el cumplimiento de las obligaciones. No sucede así en el supuesto examinado, en el que, por desgracia, el arrendador se ha quedado sin casa y sin renta.

Desde luego, es difícil imaginar otro supuesto de hecho en el que, de modo tan flagrante, se haya consumado la indefensión de la parte afectada. Cabe preguntarse hasta cuándo van a perdurar estas situaciones en sede de contratos de arrendamientos urbanos. En cualquier caso, ahí queda este análisis de la Sentencia de 28 de septiembre de 1995, como muestra de lo que en ningún caso debería suceder. Vemos, una vez más, que el contraste entre la norma constitucional dictada y de la que la doctrina se hace eco, y la realidad subyacente, de otro lado, son cosas muy distintas. El despojo que el arrendador afectado ha sufrido es inmenso y hay que suponer que sus consecuencias, en el orden económico, serán altamente lesivas para aquél, por no hablar de los daños morales que, lógicamente, también afectarán a su esfera personal.

Urge, por todo lo expuesto, una reforma en profundidad de la materia que hemos tratado.

AURELIA MARÍA ROMERO COLOMA
Abogado

(5) *Idem: Ibidem.*

ACTUALIDAD JURIDICA

I. Información legislativa

A) Tratados internacionales y Derecho europeo

1. *Convenio para la protección de minorías nacionales.*—En el BOE del 23 de enero pasado se incluye el Instrumento de ratificación del convenio para la protección de las minorías nacionales (núm. 157 del Consejo de Europa), hecho en Estrasburgo el 1 de febrero de 1995.

En su artículo 1.º se establece que: «La protección de las minorías nacionales y de los derechos y libertades de las personas pertenecientes a esas minorías es parte integrante de la protección internacional de los derechos humanos y, en cuanto tal, se encuentra dentro del campo de la cooperación internacional».

Y en el artículo 3.º se concede que: «Toda persona perteneciente a una minoría nacional tendrá derecho a elegir libremente ser o no tratada como tal y el ejercicio de esa opción y de los derechos relacionados con la misma no dará lugar a ninguna desventaja.

Las personas pertenecientes a minorías nacionales podrán ejercitar, tanto individual como conjuntamente con otras, los derechos y libertades derivados de los principios consagrados del presente convenio marco».

2. *Modificación de la Directiva sobre oferta pública de adquisiciones* — En el Diario Oficial (DOCE, C 378) de 12 de diciembre, se incluye la Propuesta de la Comisión por la que se modifica la Directiva por la que se pretende regular las ofertas públicas de adquisiciones, a fin de proteger los intereses tanto de los socios como de los terceros. Se trata de exigir la existencia de una autoridad supervisora y la obligación de hacer pública la oferta de modo que no se creen falsos mercados de valores mediante la publicación o difusión de datos falsos, exagerados o tendenciosos.

B) Leyes nacionales

1. Ley 1/1998, de 26 de febrero, de derechos y garantías de los contribuyentes (BOE de 27 de febrero).

2. Ley 5/1998, de 6 de marzo, de incorporación al Derecho español de la Directiva 96/9/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de marzo de 1996, sobre la protección jurídica de la base de datos (*BOE* de 7 de marzo).

C) Comunidades Autónomas

Asturias.—Ley 4/1997, de 18 de diciembre. Fijación en el 33 por 100 del recargo sobre las cuotas mínimas del IAE.

Baleares.—Ley 9/1997, de 22 de diciembre. Diversas medidas tributarias y administrativas.

Castilla y León.—Ley 11/1997, de 26 de diciembre. Medidas económicas, fiscales y administrativas.

Cataluña.—Ley 15/1997, de 24 de diciembre. Tasas y precios públicos de la Generalidad de Cataluña.

Extremadura.—Ley 13/1997, de 23 de diciembre. Reguladora de la actividad urbanística de la Comunidad Autónoma de Extremadura.

Madrid.—Ley 27/1997, de 26 de diciembre. Tasas y precios públicos de la Comunidad de Madrid.

— Ley 28/1997, de 26 de diciembre. Medidas fiscales y administrativas.

Navarra.—Ley Foral 22/1997, de 30 de diciembre. Modifica parcialmente los IRPF, Impuestos sobre el Patrimonio, sobre Sociedades y sobre Sucesiones.

— Decreto Foral 5/1998, de 19 de enero. Modifica la Ley Foral 19/1992, de 30 de diciembre, del IVA.

País Vasco.—Decreto-ley 1/1997, de 11 de noviembre. Aprueba el Texto Refundido de la Ley de Principios Ordenadores de la Hacienda General del País Vasco.

Valencia.—Ley 13/1997, de 23 de diciembre. Regula el tramo autonómico del IRPF y restantes tributos cedidos.

— Ley 14/1997, de 26 de diciembre. Medidas de gestión administrativa y financiera y de organización de la Generalidad.

II. Información de actividades

1. *Academia Matritense del Notariado*.—Ha continuado el ciclo de conferencias del año académico 1997-1998 en el salón de actos del Ilustre Colegio Notarial de Madrid, habiéndose desarrollado las siguientes:

22 de enero

— Don ANTONIO HUERTA TRÓLEZ, Notario, *Ejecución notarial de la prenda*.

5 de febrero

— Don PEDRO ANTONIO ROMERO CANDAU, Notario, *Los pactos sobre la herencia de un tercero*.

19 de febrero

— Don ALFONSO VENTOSO ESCRIBANO, Notario, *Convivencia «more uxorio»*.

5 de marzo

— Excmo. Sr. Don MANUEL OLIVENCIA RUIZ, Catedrático de Derecho Mercantil, *Reglas de conducta de los consejeros y funcionamiento de los Consejos de Administración*.

26 de marzo

— Don JESÚS ALFARO AGUILA-REAL, Catedrático de Derecho Mercantil, *Liquidación del socio saliente. Una perspectiva cautelar*.

2. *Jornadas sobre la información territorial*.—Se han celebrado en Pamplona, durante los días 21 y 22 de enero, organizadas por el Departamento de Economía y Hacienda del Gobierno Foral de Navarra, habiéndose debatido las siguientes ponencias:

— «La necesidad de la información territorial para la política económica: perspectiva general», por doña PILAR MARTÍN GUZMÁN.

— «La necesidad de la información territorial para la política económica: perspectivas parciales», por don JAVIER QUESADA IBÁÑEZ y don MIGUEL ANGEL FERNÁNDEZ BALLESTEROS.

— «La información territorial y la ordenación del territorio: análisis general», por don GONZALO SÁENZ DE BURUAGA.

— «La información territorial desde la perspectiva tributaria», por don ENRIQUE GIMÉNEZ-REYNA RODRÍGUEZ.

— «La información territorial y la ordenación del territorio: el caso de Navarra», por don JOSÉ MARÍA JIMÉNEZ GURRUCHARRI.

— Mesa redonda sobre «La coordinación de las fuentes de información territorial. Análisis de las implicaciones de la Ley 13/96. La perspectiva notarial y del Registro de la Propiedad». Intervinieron el Director General de los Registros y del Notariado y los Decanos del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España y del Colegio Notarial de Madrid. La perspectiva catastral estuvo a cargo de don JESÚS S. MIRANDA HITA, Director General del Catastro. Las implicaciones específicas en el ámbito municipal se desarrollaron por don TOMÁS RAMÓN FERNÁNDEZ.

— Mesa redonda sobre «La coordinación de la información territorial desde la perspectiva de Navarra», interviniendo don JOSÉ JAVIER ARMENDÁRIZ QUEL, don JAIME SANS TORRES, don JOSÉ JAVIER CASTIELLA RODRÍGUEZ y don ANTONIO MADURGA GIL.

— La última ponencia sobre «Los municipios ante la problemática de la información territorial» fue desarrollada por don ALVARO DE LA CRUZ GIL.

3. *Seminario sobre la Ley de Enjuiciamiento Civil*.—Organizado por Ausbanc, con la colaboración de otras entidades, se ha celebrado en la Bolsa de Madrid un Seminario para estudiar el anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil desde la perspectiva de los derechos económicos.

Los temas que se desarrollaron fueron los siguientes:

TEMA I.—Procesos declarativos ordinarios (tipología y fases)

— FRANCISCO RAMOS MÉNDEZ, Catedrático de Derecho Procesal de la Universidad Pompeu Fabra y Abogado.

— IGNACIO DíEZ PICAZO, Catedrático de Derecho Procesal de la Universidad San Pablo CEU.

— BERNARDO CREMADES SANZ-PASTOR, Abogado del Ilustre Colegio de Madrid.

— JOSÉ M.^a GIL SÁEZ, Presidente de la Audiencia Provincial de Madrid.

TEMA II.—Los procesos especiales (Procedimiento monitorio y cambiario). Acumulación de autos

— JOSÉ GARBERÍ LLOBREGAT, Catedrático de Derecho Procesal de la Universidad de Castilla-La Mancha y Letrado del TC.

— EDUARDO FONT SERRA, Catedrático de Derecho Procesal de la Universidad de Lleida y Abogado.

— ERNESTO PEDRAZ PEÑALVA, Catedrático de Derecho Procesal de la Universidad de Valladolid.

— ANGEL ILLESCAS RUS, Magistrado-Juez del Juzgado de 1.^a Instancia, número 55, de Madrid.

TEMA III.—Medios de impugnación

— VICENTE GIMENO SENDRA, Catedrático de Derecho Procesal de la UNED y Magistrado del TC.

— NICOLÁS DÍAZ MÉNDEZ, Presidente de la Sección 19 de la Audiencia Provincial de Madrid.

— FERNANDO JIMÉNEZ CONDE, Catedrático de Derecho Procesal de la Universidad de Murcia y Director de la Escuela de Práctica Jurídica de Murcia.

— JESÚS MARINA MARTÍNEZ-PARDO, Magistrado del Tribunal Supremo de Madrid, Sala 1.^a

TEMA IV.—Ejecución provisional y medidas cautelares

— JOSÉ LUIS VÁZQUEZ OTELO, Catedrático de Derecho Procesal de la Universidad de Barcelona y Abogado.

— JORGE CARRERAS LLANSANA, Catedrático de Derecho Procesal Emérito de la Universidad de Barcelona y Abogado.

— JUAN MANUEL FERNÁNDEZ LÓPEZ, Magistrado-Juez y Vicepresidente del Tribunal de Defensa de la Competencia.

TEMA V.—Proceso de ejecución forzosa

— VÍCTOR MORENO CATENA, Catedrático de Derecho Procesal de la Universidad Carlos III de Madrid.

— FAUSTINO CORDÓN MORENO, Catedrático de Derecho Procesal de la Universidad de Navarra y Abogado.

— GUILLERMO RIPOLL OLAZÁBAL, Presidente de la Sección 20 de la Audiencia Provincial de Madrid.

TEMA VI.—Tutela procesal del derecho de crédito

— VALENTÍN CORTÉS DOMÍNGUEZ, Catedrático de Derecho Procesal de la Universidad Autónoma de Madrid y Abogado.

— ANDRÉS DE LA OLIVA SANTOS, Catedrático de Derecho Procesal de la Universidad Complutense de Madrid y Abogado.

— LUIS PINEDA SALIDO, Abogado, Presidente de AUSBANC.

— ANTONIO PEDREIRA ANDRADE, Magistrado de la Sala Civil y Penal. Tribunal Superior de Justicia de Madrid.

4. *Real Academia de Jurisprudencia y Legislación.*—La Sección de Derecho Procesal organizó un ciclo de conferencias, también sobre el tema «Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil», que ha tenido lugar en los días 17 y 18 de febrero, con los siguientes temas:

— *Algunos temas del «Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil» de 1997 (Libros I y II).* Profesor: doctor don VÍCTOR FAIRÉN GUILLÉN, Académico de Número. Vocal permanente de la Comisión General de Codificación. Catedrático jubilado. Emérito de la Universidad Autónoma de Madrid.

— *Las medidas cautelares en el Anteproyecto.* Excmo. Sr. don ENRIQUE RUIZ VADILLO, Académico de Número. Magistrado del Tribunal Constitucional. Ex-Presidente de las Salas de lo Social y 2.^a del Tribunal Supremo.

— *La prueba en el «Anteproyecto» de 1997.* Excmo. Sr. don ANTONIO RODRÍGUEZ ADRADOS, Académico de Número. Notario jubilado.

— *El recurso de casación en el «Anteproyecto».* Excmo. Sr. don ANTONIO GULLÓN BALLESTEROS, Académico Electo. Magistrado de la Sala 1.^a del Tribunal Supremo de Justicia. Catedrático de Derecho Civil.

— *La ejecución forzosa en el «Anteproyecto».* Excmo. Sr. don LUIS DíEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Académico de Número. Catedrático de Derecho Civil de la Universidad Autónoma de Madrid. Ex-Magistrado del Tribunal Constitucional.

5. *Conferencias sobre derechos humanos en la UNED.*—En la Universidad Nacional de Educación a Distancia, en Madrid, ha tenido lugar un ciclo de conferencias sobre el tema genérico de los derechos humanos, habiéndose expuesto las siguientes:

— Día 19 de febrero. Don ANTONIO E. PÉREZ LUÑO, Catedrático de Filosofía del Derecho de Sevilla: *La fundamentación de los derechos humanos en la Declaración Universal.*

— Día 25 de febrero. Don ANTONIO TORRES DEL MORAL, Catedrático de Derecho Constitucional de la UNED: *Derechos humanos y modelo de Estado.*

— Día 3 de marzo. Don JORGE MONTES SALGUERO, Profesor Titular de Historia del Derecho de la UNED: *Los derechos fundamentales en el constitucionalismo español del siglo XIX.*

— Día 30 de marzo. Don BENITO DE CASTRO CID, Catedrático de Filosofía del Derecho de la UNED: *La protección jurisdiccional de los derechos humanos*.

6. *Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles*.—Organizada por el Centro de Estudios Registrales de este Colegio, se celebró el día 26 de marzo una mesa redonda para estudiar el proyecto de Ley sobre condiciones generales de la contratación, interviniendo los siguientes señores:

- Don RICARDO DE ANGEL YAGUEZ, Catedrático de Derecho Civil.
- Don CÁNDIDO PAZ-ARES, Catedrático de Derecho Mercantil.
- Don JAVIER PUYOL MONTERO, Magistrado.
- Don JOSÉ MANUEL RODRÍGUEZ-POYO GUERRERO, Notario.
- Don ANTONIO PAU PEDRÓN, Decano-Presidente del Colegio de Registradores.

JURISPRUDENCIA

I. Sentencias del Tribunal Constitucional

POR FRANCISCO CORRAL DUEÑAS

Sentencia de 11 de noviembre de 1997.—LICENCIA DE OBRAS.—Su anulación sin personación de las personas propietarias de las viviendas construidas supone una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva. Sala 1.ª—Ponente: Sr. Ruis Vadillo

Hechos.—Los hechos relevantes en el presente recurso de amparo son, en síntesis, los siguientes:

a) El día 4 de junio de 1991, el Ayuntamiento de Arnauero concedió licencia de obras a la entidad «Inmobiliaria Arnauero, S. A.», para la construcción de una serie de viviendas en las proximidades de la Playa «La Arena». Durante los años 1991, 1992 y 1993, las viviendas construidas, al amparo de tal licencia, fueron adquiridas por los hoy actores.

b) La Asociación para la Defensa de los Recursos Naturales de Cantabria (ARCA) interpuso recurso de reposición ante el Ayuntamiento de Arnauero contra la licencia concedida, que fue desestimado por Resolución de 20 de noviembre de 1992.

c) Contra tal desestimación la citada asociación formuló recurso ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria en el que intervinieron como demandado el Ayuntamiento de Arnauero y como coadyuvante la «Inmobiliaria Arnauero, S. A.». Esta entidad inmobiliaria alegó, en la contestación de la demanda, que debían ser emplazados al proceso los adquirentes de las viviendas, y aportaba los contratos de compraventa suscritos.

d) La Sala de lo Contencioso dictó sentencia el día 4 de mayo de 1994, estimando el recurso promovido por la referida Asociación, por la que declaró la nulidad de las resoluciones municipales y ordenó la demolición de lo construido. Expresamente desestimó la alegación relativa a la necesaria intervención de los recurrentes (fundamento jurídico 6.º) y, en cuanto al fondo, la Sala señala que el terreno en el que se asientan las edificaciones construidas al amparo de la licencia otorgada no tenía la cualidad de urbano (fundamentos jurídicos 8.º, 9.º y 10) Por consiguiente, declara la ilegalidad de la licencia impugnada, y asimismo, ante la imposibilidad de legalización de las obras, acuerda la demolición de lo edificado.

e) Los recurrentes (una vez tuvieron conocimiento de la sentencia dictada), presentaron un escrito a la Sala de lo Contencioso, personándose en el proceso, solicitud que fue denegada por providencia de 31 de mayo de 1994.

f) Interpuesto recurso de súplica contra tal decisión, fue desestimado por Auto de 29 de junio de 1994, que confirmó la inadmisión de la personación de los actores.

3. En la demanda de amparo se invoca la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva. Se aduce al respecto que los actores no fueron emplazados personalmente en el recurso contencioso-administrativo que concluyó con la sentencia que anuló la licencia de obras y acordó el derribo de las viviendas construidas y, en consecuencia, no pudieron formular las alegaciones oportunas para la defensa de sus derechos e intereses legítimos. Se afirma que la decisión judicial recurrida afecta directamente a los intereses de los demandantes como titulares del derecho de propiedad de las viviendas cuyo derribo se ha acordado. En definitiva, se sostiene que la incomparecencia en el recurso contencioso les ha causado una evidente indefensión, pues no han tenido ocasión de articular su defensa.

4. Por providencia de 7 de noviembre de 1994, la Sección primera de este Tribunal, a tenor de lo dispuesto en el artículo 50.3 de la LOTC, acordó conceder un plazo común de diez días al Ministerio Fiscal y a los solicitantes de amparo para que formularan alegaciones sobre la posible concurrencia de la causa de inadmisión consistente en carecer la demanda de contenido que justifique una decisión sobre el fondo.

5. El día 13 de noviembre de 1994 tuvo entrada en el Registro de este Tribunal el escrito de alegaciones de los demandantes de amparo. En él se analiza la jurisprudencia de este Tribunal en materia de emplazamientos y sobre el interés legítimo, y se alega que los actores son titulares de un derecho subjetivo e interés legítimo en su condición de adquirentes de las viviendas respecto a las cuales se ha dictado sentencia por el Tribunal Superior de Justicia de Cantabria y que tal titularidad ya se acreditó documentalmente ante el citado órgano judicial que, no obstante, no procedió a ordenar el emplazamiento. La Sala reconoce expresamente, en el fundamento jurídico sexto de la sentencia impugnada, la condición de interesados legítimos de los recurrentes, pero deniega el emplazamiento por una razón estrictamente procesal, anteponiendo lo que considera como «correcta constitución de la relación jurídico-procesal», que nada tiene que ver con el obligado emplazamiento de los interesados legítimos en un procedimiento judicial. Tal actuación omisiva de la Sala, que ha impedido también la personación de los actores, comporta la lesión del derecho fundamental que debe ser restablecido precisamente a través del amparo, por lo que solicitan la admisión a trámite del recurso de amparo.

6. El Ministerio Fiscal presentó su escrito de alegaciones el día 22 de noviembre de 1994, en el que tras resumir los antecedentes, afirma que la demanda de amparo carece de contenido constitucional. Aduce, al respecto, que en el momento de iniciarse el procedimiento contencioso-administrativo ninguno de los demandantes poseía una escritura pública que le otorgara la propiedad de las viviendas, de acuerdo con el artículo 1.280.1 del Código Civil, y carecían, por tanto, del título que los legitima como interesados. Consecuentemente no constaban en el expediente administrativo, ni nominalmente ni a través de datos que permitieran su adecuada identificación. Además, añade que ya en el proceso contencioso-administrativo intervino la sociedad inmobiliaria titular de la licencia, y no se acredita qué argumentos o pruebas se hubieran aportado por los demandantes. Recuerda que para que

exista indefensión con relevancia constitucional es preciso que se haya llegado a producir un real menoscabo de las posibilidades del derecho de defensa, y recuerda la STC 65/1994 que resuelve un asunto similar al de autos, en la que tampoco se aprecia la quiebra del derecho a la tutela judicial efectiva, por lo que termina suplicando que se dicte Auto de inadmisión del recurso.

Fallo.—El Tribunal Constitucional, por la autoridad que le confiere la Constitución de la Nación Española,

Ha decidido

Otorgar parcialmente el amparo y, en su consecuencia:

1.º Reconocer el derecho de los recurrentes a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) sin indefensión.

2.º Declarar la nulidad de la providencia de 31 de mayo de 1994, dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria, así como el Auto de 29 de junio de 1994, recaído en el recurso contencioso-administrativo número 111/93.

3.º Retrotraer las actuaciones al momento procesal oportuno a fin de que por la Sala, al resolver sobre la solicitud de personación de los actualmente demandantes en amparo, se dicte la resolución que proceda en derecho, y que sea respetuosa con el derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión de los recurrentes

Fundamentos jurídicos.—1. El presente recurso de amparo se dirige contra la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria de 4 de mayo de 1994, que estimó el recurso deducido por la Asociación para la Defensa de los Recursos Naturales de Cantabria y anuló la licencia de obras concedida por el Ayuntamiento de Arnúero a la Inmobiliaria Arnúero para la construcción de ciertas viviendas en la localidad de Isla. Asimismo en la demanda se impugna la providencia y el Auto de la citada Sala por las que inadmite la personación de los demandantes en el proceso contencioso en el que había recaído la referida sentencia.

Alegan los demandantes de amparo haber sufrido indefensión al haberse seguido el recurso contencioso-administrativo en el que se debatía la legalidad de la licencia de obras que autorizó la construcción de sus viviendas, sin haber sido emplazados y sin permitirles la personación, a pesar de que el acto impugnado les afectaba y de que en el procedimiento constaba que eran titulares de las referidas viviendas cuya demolición finalmente se ordenaba en la sentencia recaída.

El Ayuntamiento de Arnúero comparte la tesis de los demandantes de amparo y considera que la Sala debió llamar al proceso de los recurrentes, por tener la condición de interesados en el proceso en que se anuló la licencia concedida por esa Corporación Municipal.

Por el contrario, el Ministerio Fiscal sostiene que no puede efectuarse ningún reproche a la Sala de lo Contencioso-Administrativo que actuó correctamente, sino a la sociedad inmobiliaria que no comunicó a la Sala la sucesiva existencia de terceros adquirentes, que, mediante escritura pública se habían convertido en propietarios de derecho, y así en interesados en el procedimiento judicial. En definitiva, se trata de un problema entre particulares —la sociedad inmobiliaria y los adquirentes— que no fueron debidamente informados de la existencia del proceso judicial que podía afectar a sus derechos

y, que en su caso, podría dar lugar a la exigencia de las correspondientes responsabilidades. Finalmente, estima esta representación que tampoco la inadmisión de la personación por parte de la Sala ha causado a los actores una indefensión con relevancia constitucional, toda vez que aunque se hubiera permitido, ninguna repercusión habría tenido para su defensa.

2. Para resolver la cuestión que se nos plantea sobre si a los demandantes de amparo se les ha causado una indefensión contraria al artículo 24.1 CE, ya que como titulares de un derecho subjetivo debieron ser emplazados en el proceso contencioso-administrativo y, si la Sala debió admitir, al menos, su personación, debemos recordar la reiterada doctrina en lo relativo a este precepto que garantiza el acceso a la justicia.

Este Tribunal ha venido sosteniendo, desde sus primeras sentencias, que el artículo 24.1 CE, contiene un mandato implícito al legislador —y al intérprete— dirigido a promover la defensa, en la medida de lo posible, mediante la correspondiente contradicción, lo que conduce a establecer el emplazamiento personal de los que puedan comparecer como demandados siempre que ello sea factible (SSTC 9/1981, 4/1984, 97/1991, 129/1991). Lo que obliga a los Jueces y Tribunales a emplazar personalmente a quienes pueden comparecer como demandados siempre que resulten conocidos e identificados a partir de datos que consten en las actuaciones judiciales o en el expediente administrativo previo (SSTC 58/1990, 97/1991, 90/1996). Según esta doctrina, han de ser emplazados, personal y directamente, además de la Administración actora del acto que se impugna, el codemandado o la persona a cuyo favor deriven derechos del propio acto. Quedan al margen de este tipo de comunicación procesal los terceros que, siendo titulares de intereses legítimos que no les son específicos y propios, tienen derecho a personarse en el proceso y a constituirse como parte del mismo, si así lo solicitan, pero que no ostentan, sólo por ello, el derecho a ser emplazado personal y directamente. A este respecto, hemos declarado, en nuestro ATC 377/1990, que los interesados en un proceso, aun cuando puedan tener derecho a tomar parte en él, no ostentan sólo por ello el derecho a ser emplazados personalmente, sino que se hace preciso que puedan verse afectados por los ulteriores efectos materiales de la cosa juzgada. Hemos considerado que la extensión «interés legítimo» resulta identificable con cualquier ventaja o utilidad jurídica derivada de la reparación pretendida (ATC 356/1989) y que ha de entenderse referida a un interés en sentido propio, cualificado y específico (SSTC 257/1988, 264/1994), que puede afectar a la esfera patrimonial o profesional del afectado (STC 97/1991).

3. Para constatar la existencia o no de la vulneración constitucional que se denuncia, debemos examinar si, en el presente supuesto, los demandantes de amparo eran titulares de un interés que les legitimaba para intervenir en el proceso —por el que debieron ser llamados al mismo—, su identificabilidad con los datos que obraban en el procedimiento y la indefensión que efectivamente se les haya podido causar, y si la Sala debió admitir su personación. Para ello, resulta necesario recordar ciertos datos que se desprenden de los antecedentes del proceso:

a) La Asociación para la Defensa de los Recursos Naturales de Cantabria formuló recurso contencioso-administrativo el día 24 de septiembre de 1992. Solicitaba la anulación de la licencia concedida por el Ayuntamiento de Arnuero (Cantabria) para la construcción de 144 apartamentos en la localidad de Isla.

b) En el «Boletín Oficial de la Comunidad de Cantabria», de 3 de marzo de 1993, se publicó la interposición del recurso, y la Sala reclamó al Ayuntamiento el expediente administrativo.

El día 15 de abril de 1993 se personó en el proceso la Inmobiliaria Arnüero.

c) El Ayuntamiento de Arnüero contestó la demanda y también lo hizo la Inmobiliaria Arnüero el día 26 de noviembre de 1993. En su escrito de contestación, la citada inmobiliaria alegó —antecedente de hecho décimo—, que había procedido a vender los elementos de construcción que venía ejecutando, y acompañaba copia de los contratos de compraventa (documentos 1 al 71), que se unieron a autos. En virtud de estos contratos, suscritos en fechas que oscilan entre el 10 de diciembre de 1991 a julio de 1993, la citada inmobiliaria vendió a distintos compradores diferentes viviendas que en aquel momento se encontraban en fase de construcción y en los que los correspondientes domicilios constaban en los términos que luego se dirán.

d) La Sala de lo Contencioso-Administrativo acordó la continuación del proceso, procedió a la apertura de la fase de prueba y dictó sentencia el día 4 de mayo de 1994, estimando la demanda deducida, anulando la licencia municipal concedida y ordenando la demolición de lo edificado.

En el fundamento jurídico 6.º de la sentencia, la Sala razona «respecto de la alegación formulada en el sentido de que debían ser traídos al proceso tanto la empresa a la que se concedió la primera licencia impugnada, como los adquirentes de las viviendas, hemos de reputar que se trata de plantear una defectuosa constitución de la relación jurídico-procesal, por cuanto en el proceso contencioso-administrativo no cabe hablar de una situación de litis consorcio pasivo necesario, salvo el supuesto en el que la Administración demande la nulidad por lesividad, por cuanto el recurso se interpone contra un acto y no contra personas determinadas. Desde esta perspectiva y para desestimar la alegación resulta clarificadora la doctrina sentada por la Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de abril de 1991. » que se transcribe.

4. A la luz de la doctrina anteriormente expuesta debemos examinar si los recurrentes eran titulares de un interés legítimo por el que debieron ser emplazados en el proceso y, si existió o no una conducta diligente por su parte.

En el presente caso, no cabe duda que los hoy actores eran titulares de un interés legítimo en el sentido del artículo 24.1 CE. De los antecedentes expuestos se deduce que los demandantes adquirieron mediante contrato de compraventa las viviendas construidas por la inmobiliaria coadyuvante en el proceso. De manera que, según iban comprando las referidas viviendas iban asumiendo la condición de «titulares legítimos» en el proceso en trámite en el que se debatía la legalidad de la licencia de obras a cuyo amparo se construyeron las viviendas, y cuya anulación determinaba, sin duda, un claro efecto negativo para sus intereses, tan grave y manifiesto como es el derribo de aquello que habían adquirido con anterioridad. Así las cosas, puede válidamente sostenerse que los actores ostentaban un interés directo, propio y específico, por ser los compradores de las viviendas cuya demolición se ordenaba por el órgano judicial en virtud de su pronunciamiento, la anulación de la licencia de obras que en su día las autorizó.

Frente a tal conclusión no resultan admisibles los razonamientos expuestos por el Ministerio Fiscal en orden a la personación de los ahora demandan-

tes de amparo. Justifica su tesis en base a la condición de interesados legítimos de los recurrentes, con el argumento de que, en realidad tal condición surgió en el momento en que se otorgaron las correspondientes escrituras públicas de compraventa, negocio jurídico que determinaría el nacimiento de tal cualidad de interesados en el proceso. Sin embargo, tal argumentación no se corresponde con los efectos que produce el contrato de compraventa suscrito entre la inmobiliaria y los hoy actores. En nuestro derecho, aun cuando no se haya otorgado la correspondiente escritura pública, basta el acuerdo de voluntades de las partes, adquirente y vendedora, para que surja el consentimiento contractual y, por tanto, para que se perfeccione el contrato, que permite la transmisión de la propiedad si concurre la *traditio*. Así las cosas, en tanto se fueron celebrando los distintos contratos de compraventa, los compradores se fueron convirtiendo en «interesados legítimos en el proceso», en el que se debatía la legalidad de la licencia municipal de obras, y que concluyó con la decisión judicial de demolición de lo edificado.

5. Partiendo, pues, de que los demandantes de amparo ostentaban la titularidad de un derecho subjetivo derivado del acto impugnado, debemos examinar si la actuación del órgano judicial fue, desde la perspectiva del derecho fundamental reconocido en el artículo 24.1 CE, correcta, aunque hay que poner de manifiesto que este dato no constaba inicialmente en el expediente administrativo.

Hemos dicho en la STC 65/1994, que no basta con ostentar un interés legítimo para hacer exigible la citación a juicio, sino que es necesario que tal circunstancia conste en el expediente administrativo y pueda ser conocida por la Sala. En concreto, hemos afirmado en la referida sentencia que la obligación de emplazar personalmente se refiere únicamente a quienes constan en las actuaciones judiciales o en el expediente administrativo como titulares de derechos o intereses legítimos, y, por tanto, no incluye a los que después de haberse resuelto éste e iniciado el proceso contencioso, adquieren fuera de él la antedicha cualidad en virtud de actos posteriores y derivados del objeto del proceso. La adquisición de derechos subjetivos y de intereses legítimos sobrevenidos después de la interposición abre a los titulares la posibilidad de comparecer o actuar en el procedimiento ya en marcha como codemandados o coadyuvantes en virtud del emplazamiento edictal o por propia iniciativa, pero carece de relevancia en la fase inicial para imponer a la oficina judicial la obligación de emplazar a quien no se conoce.

Pues bien, de lo actuado se desprende que no constaba en el expediente administrativo, ni tampoco en el momento de la iniciación del procedimiento judicial, ningún dato sobre la existencia e identidad de los solicitantes de amparo y sí, únicamente, de la inmobiliaria codemandada. En ese momento, puede afirmarse que la Sala de lo Contencioso actuó diligentemente, toda vez que procedió a emplazar a aquéllos que aparecían suficientemente identificados en las actuaciones de manera que en ese momento, la actuación del órgano judicial fue correcta.

Posteriormente la Sala de lo Contencioso-Administrativo tuvo formal conocimiento de la existencia de los demandantes en amparo, como titulares de derechos e intereses legítimos, puesto que la entidad codemandada al contestar la demanda, aportó los contratos de compraventa que con anterioridad había suscrito con aquéllos, si bien, como ya se dijo, en ellos no constaban los domicilios de los compradores de los pisos. La Sala de lo Contencioso no otorgó ninguna relevancia a tal dato, y sin atribuirle ninguna trascendencia

procesal, acordó la continuación del procedimiento, dejando al margen a los actores en este proceso de amparo.

Pero incluso, partiendo por vía de hipótesis de que constando a través de las correspondientes letras de cambio, los domicilios de los compradores —librados en el negocio jurídico cambiario— hay que advertir que no tienen por qué coincidir necesariamente aquéllos con el domicilio real y además, por otra parte, debemos señalar, que llevar a cabo, en estas circunstancias, el emplazamiento de personas que figuraban como compradores hubiera producido un retraso desmesurado en la tramitación del proceso contencioso-administrativo.

6. Resta por analizar la ulterior actuación de la Sala que, una vez dictada la sentencia, inadmite la personación de los demandantes de amparo.

Con toda obviedad la actuación inicial del órgano judicial fue correcta constitucionalmente cuando procedió a emplazar a la Administración autora del acto y a la entidad titular de la licencia de obras y otro tanto debe decirse, como ya se acaba de anticipar, respecto de su actuación cuando tiene un relativo conocimiento de los codemandados, es decir, de aquellas personas que habían adquirido pisos en el inmueble y que ningún interés se manifestó respecto a su intervención en el proceso contencioso-administrativo del que por una relación con la constructora no era demasiado aventurado presumir que conocían.

Ahora bien, cuando los ahora recurrentes tienen conocimiento de la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Cantabria, presentaron un escrito a la Sala personándose en el proceso, solicitud que fue denegada por providencia de 31 de mayo de 1994 frente a la cual interpusieron recurso de súplica que fue desestimado por Auto de 29 de junio del mismo año que confirmó la inadmisión de la personación en autos de los ahora recurrentes. Y en ese momento sí se produjo una situación de indefensión para los ahora demandantes en amparo, pues teniendo un interés legítimo, como antes quedó dicho, no se les dio la oportunidad de defenderse, posición procesal de parte que, entre otras cosas, podía suponer, en su caso, la posibilidad de interponer el correspondiente recurso de casación, así como, el hacer valer los derechos de que se considerasen asistidos, respecto de la eventual demolición de las viviendas de las que eran titulares en la fase de ejecución provisional o definitiva.

F. C. D.

Sentencia de 24 de noviembre de 1997.—SUSPENSION DE PAGOS.—La providencia del Juzgado denegando la solicitud de convocatoria de la junta de acreedores vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva. Sala 2.^a—Ponente: Sr. García-Mon.

Hechos —a) En el marco del procedimiento de suspensión de pagos número 338/84, seguido ante el Juzgado de Primera Instancia, número 1, de los de Igualada, se aprobó, mediante Auto de 7 de junio de 1985, el correspondiente convenio, en virtud del cual fue constituida una Comisión de Acreedores para la venta y administración de los bienes del declarado suspenso.

b) El recurrente en amparo, en su condición de acreedor y ante la constatación, muchos años después de constituida la «Comisión», de supuestas

irregularidades en la gestión, solicitó del Juzgado la convocatoria de una Junta de acreedores, lo que formalizó mediante escrito presentado el 1 de octubre de 1994.

c) La anterior solicitud fue desestimada mediante providencia de 26 de octubre de 1994 (notificada al recurrente el día siguiente), desestimación que se fundamentó en el hecho de «hallarse dicho procedimiento archivado y sin ulterior trámite».

d) Frente a esta providencia se interpuso recurso de reposición, el cual fue presentado ante el Juzgado el día 31 de octubre de 1994 (el día 30 era inhábil por ser domingo), e inadmitido a trámite mediante nueva providencia de esa misma fecha, en la que, por toda fundamentación, se afirma que: «...no ha lugar a proveer de conformidad con lo dispuesto en el artículo 377 de la LEC».

2. La parte recurrente en amparo considera que dichas resoluciones han vulnerado su derecho a la tutela judicial efectiva.

En lo que se refiere a la providencia de 26 de octubre de 1994, la indefensión alegada deriva de la imposibilidad de acceder a la vía procesalmente prevista para cualquier tipo de incidencia en el devenir de la aplicación del convenio aprobado en el expediente de suspensión de pagos, obligando al acreedor a acudir a un proceso declarativo mucho más largo y costoso. A juicio del demandante, el procedimiento de suspensión de pagos no finaliza tras la aprobación del convenio, sino que ha de prolongarse hasta el total cumplimiento de lo pactado, o hasta su incumplimiento por parte del suspendido, razón por la cual la citada providencia, al entender que el expediente ya se encuentra archivado y sin trámite, resulta totalmente desajustada a Derecho. Aduce, por último, que su derecho a la tutela judicial efectiva únicamente quedaría satisfecho si el Juez de Primera Instancia reabriera el procedimiento y convocara de nuevo a la Junta de acreedores, en los términos solicitados en su día por el recurrente.

Con respecto a la providencia de 31 de octubre de 1994, sostiene que la indefensión se origina por carecer aquella de toda motivación acerca de cuál o cuáles de los requisitos contemplados en el artículo 377 LEC es el que ha determinado efectivamente la inadmisión del recurso de reposición, si bien es claro que hay que descartar la extemporaneidad por haberse interpuesto la impugnación dentro del plazo legalmente previsto, razón por la cual la inadmisión tan sólo pudo obedecer a la ausencia de cita de precepto alguno de la LEC, causa ésta de inadmisión que, habida cuenta de que la infracción material denunciada lo era de la Ley de Suspensión de Pagos y no de la propia LEC, se revela, de acuerdo a reiterada doctrina del Tribunal Constitucional que se cita, arbitraria e injustificada y, por ende, lesiva del artículo 24 CE.

Fallo.—El Tribunal Constitucional, por la autoridad que le confiere la Constitución de la Nación Española,

Ha decidido

Estimar la presente demanda de amparo y, en consecuencia:

1.º Declarar que se ha vulnerado al demandante de amparo, su derecho a la tutela judicial efectiva.

2.º Restablecerle en su derecho para lo cual se anula la providencia de 31 de octubre de 1994, retrotrayendo las actuaciones al momento anterior al de

dictarse dicha providencia, para que por el Juzgado de Primera Instancia, número 1, de Igualada, se dicte una nueva resolución que, respetuosa con los derechos fundamentales, se pronuncie sobre el recurso de reposición interpuesto por el recurrente en amparo contra la providencia de 26 de octubre de 1994.

Fundamentos jurídicos.—1. Se interpone el presente recurso de amparo contra las providencias del Juzgado de Primera Instancia, número 1, de los de Igualada, de fechas 26 y 31 de octubre de 1994, por las que, en la primera, se deniega la solicitud del recurrente relativa a la convocatoria de una nueva Junta de acreedores en el expediente de suspensión de pagos número 338/84, motivando dicha negativa en el hecho de que el procedimiento ya se encontraba archivado; y en la segunda, se inadmite el recurso de reposición interpuesto contra aquella decisión, «de conformidad con lo dispuesto en el artículo 377 LEC»

A ambas resoluciones les reprocha el demandante haber lesionado el artículo 24.1 CE, la providencia de 26 de octubre de 1994, por no ajustarse a Derecho, ya que, a su entender, el expediente de suspensión de pagos no puede ser archivado hasta la total ejecución de lo pactado por los acreedores con el suspenso, y la de 31 de octubre siguiente por haber efectuado sobre el artículo 377 LEC una interpretación formalista, expresamente desechada por este Tribunal en diversos pronunciamientos

El Ministerio Fiscal estima procedente el recurso de amparo y la nulidad de ambas providencias para que por el Juzgado se dicte resolución que, conforme al artículo 24.1 CE, dé respuesta motivada a lo interesado por el recurrente en su escrito de 10 de octubre de 1994.

2. De las dos cuestiones suscitadas en la demanda de amparo, hemos de comenzar analizando la propuesta en segundo término, relativa a la supuesta lesión del artículo 24.1 CE como consecuencia de la inadmisión del recurso de reposición interpuesto contra la negativa judicial a la petición de convocatoria de una nueva Junta de acreedores, pues una eventual estimación de esta última queja nos obligaría a retrotraer las actuaciones al momento en que dicho medio de impugnación resultó indebidamente inadmitido. Esta retroacción del procedimiento haría que el Juzgado, al resolver motivadamente el recurso de reposición, se pronunciara sobre la procedencia o no de la convocatoria interesada por el recurrente en amparo, en cuya cuestión, por ser de legalidad ordinaria, no puede entrar este Tribunal, salvo que la decisión que sobre la misma se adopte vulnere algún derecho fundamental.

3. Pues bien, con respecto al contenido de la providencia de 31 de octubre de 1994, y habiendo quedado acreditado en las actuaciones obrantes ante la Sala que el recurso de reposición inadmitido por dicha resolución fue interpuesto en plazo, es evidente que la inadmisión, basada en la lacónica cita del artículo 377 LEC, tan sólo pudo obedecer al supuesto incumplimiento por parte del recurrente del requisito consistente en mencionar «la disposición de esta Ley (de la LEC) que haya sido infringida», exigencia ésta que, por versar estrictamente el recurso de reposición sobre la aplicación e interpretación de determinados preceptos de la Ley de Suspensión de Pagos, se revelaba en el caso, tal y como ha quedado evidenciado en la demanda de amparo y en el escrito de alegaciones del Ministerio Fiscal, como un requisito contrario al artículo 24.1 CE por ser de imposible cumplimiento, dado lo pretendido y razonado en el recurso de reposición.

Así lo ha declarado en repetidas ocasiones este Tribunal, cuya doctrina podemos resumir en lo declarado en la STC 213/1993, que dice «.. la necesidad de interpretar el último inciso del artículo 377 de la LEC (“...y citarse la disposición de esta Ley que haya sido infringida”), de conformidad con el sentido o finalidad del proceso, de forma que, como cabe impugnar una misma resolución por razones no sólo de forma, sino también de fondo, en este último caso se convierte en inútil la cita del precepto procesal que no ha sido infringido o cuestionado, esto es, que la “disposición de esta Ley” a la que se refiere el artículo 377, es la “Ley de Enjuiciamiento Civil”, y sólo habrá de ser citada expresamente cuando el motivo de impugnación tenga naturaleza procesal, porque afirmar lo contrario significaría obligar al recurrente a citar imaginarios preceptos procesales infringidos. Por consiguiente, cuando el recurso se fundamente exclusivamente en la infracción de preceptos sustantivos, no existe obligación alguna de citar normas procesales que no han sido vulneradas».

La aplicación de dicha doctrina al presente caso ha de determinar, por las razones señaladas, la estimación de la demanda de amparo y, con ella, la retroacción de las actuaciones al momento de la resolución del recurso de reposición inadmitido mediante la providencia de 31 de octubre de 1994, que ahora queda anulada.

F. C. D.

II. Resoluciones de la Dirección General

A) RESOLUCIONES PUBLICADAS EN EL *BOE*

POR JOSÉ ESTEBAN TORRENTE LOSCERTALES

A) Registro de la Propiedad

Resolución de 10 de diciembre de 1997
(*BOE 14-1-98*).

PROCEDIMIENTO EJECUTIVO ORDINARIO. CANCELACION DE CARGAS ANTERIORES A LA ANOTACION DE EMBARGO

Para cumplir la cancelación de los derechos sobre el bien rematado constituidos después de la hipoteca que se ejecuta y antes de la anotación de embargo, que ordena el juez, debe acreditarse que los titulares de tales derechos supieron desde el inicio que se hacía valer la hipoteca preferente; y que de los autos y anuncios de la subasta resulte con claridad que se está ejecutando la referida hipoteca. Al no darse esta circunstancia, no puede accederse a las cancelaciones solicitadas, aunque debe reconocerse que el defecto no es insubsanable.

Resolución de 11 de diciembre de 1997
(*BOE 14-1-98*)

COMPRAVENTA POR SOCIEDAD CIVIL

1. La actuación de una sola representación en nombre de las dos partes —autocontrato— requiere la ratificación de los representados.
2. El bien adquirido por la sociedad civil cuyos pactos en parte permanecen secretos, deberá inscribirse en favor de todos los socios al tratarse de una cotitularidad específica.
3. Por no haber sido aportada la escritura de constitución solicitada por el Registrador, no ha podido valorarse debidamente la naturaleza del objeto social —«la compra, tenencia, disfrute y disposición de pisos y viviendas»,

según el título de compra— y debe reiterarse la doctrina del Centro Directivo en el sentido de que las sociedades cuyo objeto sea la realización de actos de comercio quedan sujetas en primer lugar al Código de Comercio sin que para eludir las reglas mercantiles, muchas imperativas, sea bastante acogerse a la sociedad civil.

Resolución de 12 de diciembre de 1997
(BOE 21-1-98).

URBANISMO: ANOTACION PREVENTIVA DE SENTENCIA DEL TSJR, ARTICULO 307 LS

La anotación preventiva solicitada por el expropiado favorecido por la sentencia que anula y retrotrae el acuerdo municipal, podría extenderse en el folio de la nueva finca que ha sustituido a la expropiada, aún cuando la demanda origen de la sentencia se haya dirigido solamente contra la Administración que dictó el acto impugnado, si en el mandamiento del Tribunal Supremo que conoce del asunto por apelación del Ayuntamiento, consta, al menos, que ha tenido lugar el emplazamiento directo y personal de los titulares registrales de las fincas sobre las que se ordena la anotación. En este caso, la falta de tal constancia ha de estimarse defecto subsanable, pues nada se opone a que el emplazamiento tenga lugar después de la interposición de la demanda.

Resolución de 15 de diciembre de 1997
(BOE 17-1-98).

COMO ACREDITAR EN EL REGISTRO EL PREVIO PAGO DEL IMPUESTO TP, ARTICULO 254 LH

Las normas vigentes en la materia supeditan la inscripción en el Registro de la Propiedad a la previa acreditación del pago de la deuda tributaria, exigencia que suele cumplirse con la nota extendida en el documento por la Oficina Liquidadora competente, medio de prueba que no excluye el empleo de otros previstos en la Ley. En consecuencia, no cabe admitir el criterio del Registrador que suspende la calificación de la escritura de compraventa por carecer de la nota en cuestión y desconoce el valor probatorio de la carta de pago oficial—documento público— que se acompaña y corresponde a dicho documento.

Resolución de 17 de diciembre de 1997
(BOE 17-2-98).

ESCRITURA OTORGADA POR ADMINISTRADOR UNICO NO INSCRITO EN EL REGISTRO MERCANTIL

Suprimida en el actual Reglamento del Registro Mercantil la norma del artículo 68 del anterior que declaraba obligatoria tal inscripción previa, son válidas las actuaciones jurídicas que en nombre de la S. A. realice el administrador desde la aceptación del cargo válidamente conferido (art 125, Ley

S. A.), por lo que el incumplimiento de la obligación de inscribir no afecta a la validez y eficacia del acto realizado en representación de la sociedad.

Resoluciones de 5 y 7 de enero de 1998
(BOE 27 y 29-1-98).

DIVISIBILIDAD DE HIPOTECA QUE GRAVA UNA PLANTA DE GARAJE CUANDO SE VENDE UNA CUOTA INDIVISA

Cuando se trata de la venta de una cuota indivisa de una planta de garaje que no se delimita, al señalarse únicamente el uso exclusivo de una plaza que sólo se identifica por un número, no se puede distribuir la hipoteca que grava la totalidad del garaje porque no se dan los supuestos del artículo 123 de la Ley Hipotecaria, ya que no se produce una verdadera división material de la finca gravada. Esas plazas no pueden ser calificadas jurídicamente como fincas independientes dentro de un nuevo régimen de subpropiedad horizontal, al no existir, por tanto, verdadera división del local, no cabe la distribución de la hipoteca que lo grava

Resolución de 8 de enero de 1998
(BOE 11-2-98).

DISTRIBUCION DE HIPOTECA ENTRE VIVIENDA Y CAMAROTE

Aunque ambos elementos puedan estar unidos físicamente, si aparecen inscritos en el Registro como fincas independientes, es preciso distribuir la responsabilidad hipotecaria. Para corregir el error que existía en el asiento en que se describían juntos los dos elementos dichos, a pesar de ser distintos y con cuotas diferenciadas en la división horizontal, se procedió por el Registrador a segregar el camarote en virtud de la escritura de compra que sirvió de antetítulo a la hipoteca. Una vez realizada la segregación, es preciso atender a la presunción de exactitud del Registro y por ello ha de entenderse que estamos ante dos fincas independientes, de modo que para la inscripción de la hipoteca constituida sobre ellas se precisa la distribución entre ambas del crédito hipotecario por imperativo de los artículos 110 de la Ley Hipotecaria y 216 de su Reglamento.

Resolución de 13 de enero de 1998
(BOE 11-2-98).

URBANISMO. INSCRIPCION DE PROYECTO DE COMPENSACION. CALIFICACION DE ACTOS ADMINISTRATIVOS

No es inscribible el proyecto de compensación que se ha tramitado como si toda la unidad de actuación perteneciera a un propietario único, cuando una de las fincas registrales aparece inscrita a favor de otra persona distinta, por lo que debió constituirse la Junta de Compensación para respetar los derechos de ese titular registral, amparado tanto por la presunción del artículo 38 de la Ley Hipotecaria, como por el tracto sucesivo (art. 20). El Ayuntamiento apro-

bó el proyecto alegando que asumía la representación de los interesados en la finca cuestionada, basándose en el inaplicable artículo 103.4 del Reglamento de Gestión Urbanística, que sólo se refiere al procedimiento de cooperación.

El Registrador tiene facultad para calificar, pues no se cuestiona la validez intrínseca del acto administrativo, sino la congruencia de dicha resolución con el procedimiento seguido y el desconocimiento de los pronunciamientos registrales, aspectos claramente recogidos en los artículos 18 de la Ley Hipotecaria y 99 del Reglamento.

*Resoluciones de 20 y 21 de enero de 1998
(BOE 17-2-98).*

HIPOTECA: PACTOS SOBRE ANATOCISMO, INTERESES REMUNERATORIOS, DE DEMORA Y OTROS

Los intereses no satisfechos sólo pueden reclamarse como tales dentro de los límites pactados y nunca englobados en el capital, principio de especialidad, defecto confirmado.

Fijado un máximo de responsabilidad por intereses remuneratorios, que no podrá exceder de cinco años al tipo pactado, no es necesario que dicho máximo corresponda a los intereses de tres años, ni que se especifique plazo, por lo que el defecto insubsanable debatido no puede ser estimado.

Idéntica solución debe adoptarse a la misma cuestión planteada por el Registrador sobre los intereses de demora.

No puede hacerse pronunciamiento alguno sobre el defecto acerca de la situación diferente entre partes y terceros en cuanto al límite de lo asegurado con la hipoteca, por falta de concreción de las específicas referencias que se cuestionan.

*Resolución de 22 de enero de 1998
(BOE 17-2-98).*

SUCESION EN CATALUÑA

La Dirección General desestima el recurso de apelación interpuesto por el Notario contra el Auto del Presidente del TS de Justicia que ha decidido en una cuestión sucesoria entre causantes e interesados sujetos a la legislación catalana, por imperativo de lo previsto en la Disposición Transitoria sexta de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

*Resolución de 26 de enero de 1998
(BOE 17-2-98).*

PARTICION HEREDITARIA EXISTIENDO MENORES

No es inscribible la escritura particional en la que se adjudica su parte a una menor tan sólo en metálico, cuando la composición del patrimonio here-

ditario en cuestión permite la formación de lotes iguales o proporcionales, tales como se colige de los artículos 1.061, 1.062, 1.056 y 841 y siguientes del Código Civil. Los actos comprendidos en la escritura no son de mera partición a los que sería aplicable el artículo 1.060 del Código Civil, sino que evidencian una esencia dispositiva y requieren la autorización judicial prevenida en el artículo 166 del Código Civil.

Resolución de 27 de enero de 1998
(BOE 19-2-98).

CADUCIDAD DE CONCESION ADMINISTRATIVA. CANCELACION DE ASIENTOS POSTERIORES

Resuelto el derecho del concesionario se extingue y debe ser cancelada también la inscripción de un derecho de hipoteca que recaía sobre la concesión. Corresponde al Registrador examinar si se han cumplido las garantías establecidas para los particulares, especialmente las audiencias y notificaciones, aunque teniendo en cuenta la presunción de legalidad y validez de los actos administrativos que establece el artículo 57 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común de 26 de noviembre de 1992.

Resoluciones de 28, 29 y 30 de enero y 2 de febrero de 1998
(BOE 18 y 19-2-98).

HIPOTECA. DIVERSOS PACTOS ADMISIBLES

Lo es aquél en que se fijan las reglas para revisar el tipo de interés inicial con una fórmula matemática. No es admisible el pacto de anatocismo, por prohibirlo los artículos 317 y 319 del Código de Comercio y 1.109 del Código Civil. Es admisible la obligación del deudor de asegurar la finca, si se pacta que su incumplimiento puede originar la devolución anticipada del capital pendiente de amortizar; lo mismo ha de estimarse respecto a la obligación de realizar en la finca obras y reparaciones para su conservación. No es inscribible, por obligacional, la carga al deudor de abonar los gastos e impuestos del contrato; los gastos y costes de ejecución si son objeto de garantía y como tal se inscriben expresamente. Es admisible el pacto de que el deterioro de la finca se acredite conjuntamente por un perito del Banco acreedor y otro de la parte deudora, resolviendo la posible discrepancia un árbitro nombrado de mutuo acuerdo y en su defecto designado por el Colegio de Arquitectos. Es también inscribible la estipulación de que el contrato se resuelve por la aparición de cargas no mencionadas que sean preferentes a la hipoteca o por existir un arrendamiento o situación posesoria anterior. No se considera adecuada la prevención hecha en la nota de calificación de que no podrán utilizarse en la ejecución los procedimientos extrajudicial o el judicial sumario, pues llegado ese momento del incumplimiento podrá el acreedor encontrar los títulos necesarios para ejecutar.

B) Registro Mercantil

Resolución de 1 de diciembre de 1997
(BOE 14-1-98).

ABREVIATURA INCLUIDA EN LA DENOMINACION SOCIAL, ARTICULO 398.2 RRM

La norma invocada por el Registrador Mercantil para denegar la inscripción de la constitución de la compañía «Tecnigés Técnica y Gestión Empresarial, S. L.», proscribía el uso mercantil de añadir la abreviatura o anagrama a la denominación social, y lo hace para evitar la dualidad de nombre social, aunque la abreviatura esté integrada por las primeras letras de algunos y no de todos los restantes vocablos que constituyen la denominación social.

Resolución de 9 de diciembre de 1997
(BOE 12-2-98).

S.A. DERECHO DE VOTO. NO ES ADMISIBLE SU CESION

No puede reconocerse frente a la sociedad la cesión de los derechos políticos de la acción si se tiene en cuenta: *a)* Que los preceptos que regulan los derechos de asistencia y voto a las juntas generales tienen siempre al accionista como sujeto de referencia; *b)* Los evidentes inconvenientes que para el normal funcionamiento de la sociedad se derivarían del desmembramiento de los derechos políticos en favor de personas distintas de los socios; y *c)* Que en los casos legalmente previstos de disgregación de esos derechos y la calidad de socio, se requiere de forma categórica previsión estatutaria que así lo reconozca.

Resolución de 16 de diciembre de 1997
(BOE 12-2-98).

S.A. ANUNCIOS DE SU ESCISION

Aunque la literalidad de los artículos 242 y 254 de la LSA no presente la claridad que sería deseable, el Centro Directivo los interpreta en el sentido de que, aparte los tres anuncios del Boletín Oficial del Registro Mercantil, la publicación de un anuncio en cada uno de los periódicos garantiza suficientemente el derecho de los acreedores sociales; otras soluciones, aunque puedan encajar en la literalidad de la norma, resultarían claramente desproporcionadas y excesivas para el interés que tratan de proteger.

Resolución de 9 de enero de 1998
(BOE 27-1-98)

S.A. REDUCCION DEL CAPITAL SOCIAL MEDIANTE AMORTIZACION DE ACCIONES

Los riesgos que pueden implicarse en la adquisición por una sociedad de sus propias acciones justifican las cautelas a que ha sido sometida esta operación por el legislador y que constan en la Sección 4.ª del Capítulo IV de la Ley de Sociedades Anónimas. Por esto, y con mayor razón, no se pueden omitir determinadas exigencias formales en la convocatoria que garantizan el derecho de información de los accionistas y que se contienen en el artículo 144. En el caso contemplado en el recurso se confirman los defectos señalados de falta del informe justificativo de la propuesta de modificación de los estatutos que dicho artículo 144.1.a) exige imperativamente como uno de los requisitos que han de concurrir para la válida adopción del acuerdo y además el no tener los anuncios de convocatoria de la junta la advertencia exigida en el apartado c) del mismo párrafo 1 del artículo 144.

Resolución de 23 de enero de 1998
(BOE 14-2-98).

SOCIEDAD CON HOJA REGISTRAL CERRADA.

No es posible inscribir en el Registro Mercantil una escritura de elevación a público del acuerdo de transformación de una S.A. en Sociedad de Responsabilidad Limitada cuando su hoja registral se encuentra cerrada por haber causado la misma sociedad baja provisional en el Índice de Entidades Jurídicas del Ministerio de Hacienda, de acuerdo con lo dispuesto en la Ley del Impuesto de Sociedades, según consta, al efecto, por nota marginal existente en la hoja registral correspondiente (art. 96 del Reglamento del Registro Mercantil).

B) RESOLUCIONES COMENTADAS

POR VICENTE CARBONELL SERRANO
y JESÚS GONZÁLEZ GARCÍA

NO ES POSIBLE LEGALIZAR EL LIBRO DE ACTAS DE LA JUNTA DE PROPIETARIOS DE PARTE DE UN EDIFICIO, SI DICHA PARTE NO SE HA CONSTITUIDO EN SUBCOMUNIDAD HORIZONTAL O AL MENOS QUE LOS ESTATUTOS PREVEAN ESA POSIBILIDAD (RESOLUCIÓN DE 15 DE NOVIEMBRE DE 1994. BOE DE 16 DE DICIEMBRE DE 1994.)

Hechos.—I. Por el Administrador de fincas, colegiado don Miguel Ferrando Perales, se presenta en el Registro de la Propiedad de Xàtiva, el 24 de enero de 1994, cuatro escritos solicitando del Registro de la Propiedad la legalización de otros tantos Libros de Actas de Comunidad de Propietarios; dos de ellos referidos al edificio que constituye la finca registral número 23.755, si bien en el escrito se habla de edificio en calle Beata Inés, 10, y edificio en calle Beata Inés, 12; y otros dos referidos al edificio que constituye la finca registral número 24 624, si bien en el escrito se habla de edificio sito en la calle Abu Masaifa, número 23, y edificio en calle en proyecto, sin número, esquina a calle Abu Masaifa

II. El día 7 de febrero de 1994 recayó nota denegatoria por parte del Registrador de la Propiedad de Xátiva del siguiente tenor literal: «Denegada la legalización del presente Libro de Actas de Junta de Propietarios por los siguientes defectos: A) Haberse presentado en ese mismo instante y por el mismo presentante dos Libros de Actas que se refieren a la misma propiedad horizontal, habiéndose negado el presentante a determinar el orden de prioridad de los mismos. B) Referirse los dos libros a la misma propiedad horizontal y, consecuentemente, a la misma Junta de Propietarios al no constar en este Registro de la Propiedad la existencia, con respecto al edificio a que se refiere, de subcomunidades. Artículo 415 del Reglamento Hipotecario. Xátiva, 7 de febrero de 1994.—El Registrador.—Ilegible. Firmado: Miguel Verger Amengual. Una nota denegatoria de idéntico tenor consta en los otros tres Libros de Actas cuya legalización se solicitaba».

III. Según certificaciones expedidas por don Miguel Ferrando Perales, de 15 de febrero de 1994, con fecha 23 de diciembre de 1993 se constituyó la Comunidad de Propietarios de la finca de la calle de Beata Inés, 10 (escalera B) y que el 22 de diciembre de 1993 se constituyó la Comunidad de Propietarios de la finca de la calle de Beata Inés, 12 (escalera A), ambas de la ciudad de Xátiva, y que en ambas Comunidades fue nombrado Secretario-Administrador el que certifica, no pudiéndose reflejar los acuerdos de las Juntas en los Libros de Actas correspondientes al denegar su legalización el Registrador de la Propiedad. Asimismo, en la citada certificación, declaraba el propio señor Ferrando Perales que ambas escaleras forman un mismo edificio, como se demuestra con la fotocopia de la escritura de declaración de obra nueva en construcción y constitución en Régimen de Propiedad Horizontal, si bien en el título constitutivo dice en la norma 3.ª del Régimen de Comunidad que los gastos comunes del mantenimiento, limpieza, conservación y reparación ordinaria de los portales, dependencia de los mismos, escaleras y ascensores del edificio serán satisfechos por los propietarios de las viviendas que tienen acceso a cada uno de los mismos. Según certificaciones expedidas en la misma fecha por el propio señor Ferrando Perales, con fecha 14 de octubre de 1993, se constituyó la Comunidad de Propietarios de la finca de la calle en proyecto sin número (esquina Abu Masaifa) y que el día 15 de octubre de 1993 se constituyó la Comunidad de Propietarios de la finca de la calle Abu Masaifa, 23, ambas en la ciudad de Xátiva y que en ambas Comunidades de Propietarios fue nombrado Secretario-Administrador el certificante, no pudiéndose reflejar los acuerdos de las Juntas en los Libros de Actas correspondientes al denegar su legalización el Registrador de la Propiedad. Hacia la misma consideración respecto a que las dos escaleras forman un solo edificio y de la previsión de la norma 3.ª del título constitutivo respecto a determinados gastos que habrían de ser satisfechos por los propietarios de las viviendas que tienen acceso a cada uno de los portales.

IV El 10 de noviembre de 1993 tuvo entrada en el Ministerio de Justicia escrito firmado por don Miguel Ferrando Perales, el 5 del mismo mes, en el que se manifestaba a esta Dirección General que por parte del Registrador de la Propiedad de Xátiva no eran legalizados los Libros de Actas de las Juntas de Propietarios que presentaba. Por escrito de fecha 16 de noviembre de 1993 —salida 24 de noviembre de 1993— esta Dirección General comunicó al interesado que este Centro Directivo no podía pronunciarse sobre la cuestión planteada sino por vía de resolución dictada en el correspondiente recurso contra la denegación, previsto en el párrafo 2.º de la regla 6.ª del artículo 415 del Reglamento Hipotecario.

V. Con fecha 24 de febrero de 1994 se certificó escrito de 21 del mismo mes en el que don Miguel Ferrando Perales presentaba ante esta Dirección General el reglamentario recurso contra las notas de denegación a que se ha hecho referencia en el expositivo II, basándose, en esencia, en las siguientes alegaciones:

1.^a Falta de cumplimiento del plazo de cinco días que para diligenciar los Libros de Actas concede al Registrador de la Propiedad el artículo 415.6.º del Reglamento Hipotecario. 2.^a Que el día 24 de enero de 1994 se presentaron al Registrador de la Propiedad de Xátiva cuatro Libros de Actas para su diligenciamiento correspondientes a las Comunidades de Propietarios de la calle Beata Inés, 10; calle Beata Inés, 12, calle en proyecto, sin número, y calle Abu Masaifa, 23, de Xátiva. Si bien hay que señalar que las dos primeras y las dos últimas formaban parte de dos comunidades distintas, anteriormente unidas, y que se dividieron en sendas subcomunidades por acuerdo de las respectivas Juntas de Propietarios. Que los edificios tienen salida independiente, número de policía propio y elementos comunes distintos, por lo que la cláusula tercera de los estatutos establece que: «Los gastos comunes de mantenimiento, limpieza, conservación y reparación ordinaria de los portales, dependencias de los mismos, escaleras y ascensores del edificio, serán satisfechos por los propietarios de las viviendas que tienen acceso por cada uno de los mismos». La existencia de la norma anterior conlleva, a juicio del recurrente, la necesidad de establecer dos subcomunidades distintas dentro de la misma propiedad horizontal, siendo imprescindible que cada una de ellas tenga legalizado su Libro de Actas, a lo que se niega el Registrador de la Propiedad por entender que los dos Libros se refieren a la misma propiedad horizontal y, consecuentemente, a la misma Junta de Propietarios al no constar en el Registro la existencia, con respecto al edificio que se refiere, de subcomunidades; denegando, por consiguiente, los diligenciamientos solicitados.

VI Por este Centro Directivo se dio traslado del recurso al Registrador de la Propiedad de Xátiva para su informe con fecha 22 de abril de 1994, y el 19 de mayo siguiente tiene entrada en el Registro General del Ministerio de Justicia e Interior el preceptivo informe que, en esencia, contiene lo siguiente: Que solamente constan inscritas en el Registro de la Propiedad dos fincas constitutivas en régimen de propiedad horizontal sumando 100 la totalidad de las cuotas de los elementos privativos en los elementos comunes. Que, como quiera que se presentaban a legalizar dos libros de actas de una misma finca registral constituida en régimen de propiedad horizontal, se solicitó del presentante que indicara el orden en que debían ser despachados para así proceder a la legalización del primero y a la denegación del segundo, lo que no fue contestado, solicitando posteriormente, el 7 de febrero de 1994, la nota de calificación, la cual se extendió en el mismo día. Que, por tanto, no se infringía lo dispuesto en el artículo 415.6.º del Reglamento Hipotecario, puesto que una vez calificado el documento se notificaron verbalmente los defectos al presentante en el plazo de tres días; posteriormente se personó en el Registro de la Propiedad solicitando la nota de calificación que se extendió ese mismo día; y a mayor abundamiento entre la fecha de presentación y la de la nota de calificación han transcurrido doce días hábiles y no quince como contempla el precepto reglamentario para los casos de justa causa. Que los documentos por los que cada una de las dos subcomunidades en régimen de propiedad horizontal se dividen en sendas subcomunidades no constan ni presentados ni

inscritos en el Registro de la Propiedad. Para el Registrador dos son las cuestiones básicas que se plantean en este recurso: Cuándo existe la subcomunidad de propietarios a que se refiere el artículo 415.1.º del Reglamento Hipotecario; y la necesidad o no de que la subcomunidad de propietarios conste inscrita en el Registro de la Propiedad para diligenciar el Libro de Actas. Pues bien, para que exista subcomunidad de propietarios a que se refiere el artículo 415 del Reglamento Hipotecario se requiere la existencia de algo más que una norma estatutaria. En este sentido habría que destacar. I. El Libro de Actas a que se refiere el artículo 17 de la Ley de Propiedad Horizontal tiene que referirse a un edificio sujeto al Régimen de Propiedad Horizontal. II. En este libro se reflejarán los acuerdos de la Junta de Propietarios. Artículo 17 de la Ley de Propiedad Horizontal. III. A la Junta de Propietarios les compete tomar los acuerdos sobre las materias determinadas en el artículo 13 de la Ley de Propiedad Horizontal. IV. La forma de tomar acuerdos es la determinada en el artículo 16 de la Ley de Propiedad Horizontal. V. La mayoría o unanimidad que se exige para los acuerdos están referidas a las cuotas de participación de todo el edificio. Artículo 16 de la Ley de Propiedad Horizontal. VI. Esas cuotas están referidas a centésimas y tienen obligatoriamente que sumar 100, y atribuirse a cada piso o local en relación al valor total del inmueble. Artículo 3 de la Ley de Propiedad Horizontal. VII. Toda la regulación se refiere a un edificio. VIII. Cada edificio sólo puede tener un Presidente, un Secretario, un Administrador y su Junta de Propietarios un solo Libro de Actas donde reflejar los acuerdos tomados (art. 17 de la Ley de Propiedad Horizontal). La existencia de una subcomunidad implica necesariamente la existencia de dos cuotas referidas a centésimas: Una referida a la comunidad y otra a la subcomunidad. Asimismo la existencia de una subcomunidad presupone la existencia de, al menos otra, dentro de la comunidad originaria en cuyo caso deberían diligenciarse tres libros: Uno para la comunidad originaria; otro para la subcomunidad 1 y otro para la subcomunidad 2. En otro orden de cosas parece que el artículo 415 del Reglamento Hipotecario exige para las subcomunidades y conjuntos inmobiliarios, lo que no exige para las comunidades en general: La inscripción en el Registro de la Propiedad. Por todo lo anteriormente expuesto, terminaba el Registrador de la Propiedad su informe, manteniendo en todos sus extremos las notas de calificación objeto de recurso.

Fundamentos de Derecho.—Vistos los artículos 392 del Código Civil; 26 del Código de Comercio, y 106 del Reglamento del Registro Mercantil.

1. En el caso planteado no hay propiamente subcomunidad a cuyo régimen sea aplicable, en cuanto conjunto inmobiliario autónomo, directamente o por analogía, la Ley de Propiedad Horizontal. Si se tiene en cuenta que de conformidad con el artículo 392 del Código Civil, sólo puede reconocerse la existencia de una comunidad jurídica cuando varios sujetos participan en la titularidad de una cosa o un derecho común, integrándose dicha comunidad por todos los cotitulares, habrá de concluirse que entre los propietarios de parte de un edificio dividido horizontalmente, sólo podrá reconocerse la existencia de una verdadera comunidad jurídica distinta de la constituida por todos los propietarios del edificio en su conjunto, cuando dicha parte, objetivada jurídicamente como una de las propiedades separadas en que se ha dividido propiamente el edificio en su conjunto, se hallare, a su vez, dividida en régimen de propiedad horizontal.

2. Aunque no haya propiamente subcomunidad, no habría inconveniente, por razones prácticas y por analogía con lo previsto en los artículos 26 del Código de Comercio y 106 del Reglamento del Registro Mercantil, en diligenciar un libro especial relativo a las actuaciones del órgano colectivo específico de la comunidad parcial de intereses que constituyen los propietarios de los pisos o locales que, dentro de la comunidad total, tienen que soportar determinados gastos, de que quedan exentos los demás propietarios. Pero para ello sería necesario, obviamente, que exista ese órgano colectivo especial permanente; es decir, que de los Estatutos resulte de modo indubitado que determinados asuntos habrán de ser decididos por una junta que es especial por estar constituida sólo por esos propietarios. En el presente caso no se ha justificado que resulte de los Estatutos de un modo claro y directo que exista ese órgano colectivo especial, por lo que no puede diligenciarse más que el Libro correspondiente a la Junta General de Propietarios.

Esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso.

Madrid, 15 de noviembre de 1994.—El Director general, Julio Burdiel Hernández. Señor Registrador de la Propiedad de Xátiva

(BOE de 16 de diciembre)

COMENTARIO

A) *Antecedentes*

La Ley de Propiedad Horizontal estableció, en su artículo 17, la necesidad de que los acuerdos de la Junta de Propietarios se reflejaran en un Libro de Actas foliado y sellado por el Juzgado municipal o comarcal correspondiente al lugar de situación de la finca, o diligenciado por Notario.

La Ley 10/1992, de Medidas Urgentes de Reforma Procesal, como pone de manifiesto su Exposición de Motivos, pretendió, entre otras cosas, descongestionar los órganos judiciales de materias no específicamente jurisdiccionales, señalando que «se extraen del ámbito judicial determinadas operaciones de legalización de libros». La Disposición Adicional segunda dio nueva redacción al artículo 17 LPH, que quedó así: «Los acuerdos de la Junta de Propietarios se reflejarán en un Libro de Actas diligenciado por el Registrador de la Propiedad en la forma que reglamentariamente se disponga».

Parece que de ninguna manera se pretendía alterar la regulación sustantiva de la propiedad horizontal, sino únicamente atribuir la competencia legalizadora a los Registros, pero sin alterar el significado y alcance de la propia legalización.

El Real Decreto 1369/1992, de 13 de noviembre, dio al artículo 415 del Reglamento Hipotecario su redacción actual. El alcance y significado del nuevo precepto reglamentario ha sido lúcidamente expuesto por GARCÍA CONESA, y a su trabajo nos remitimos («Libros de Actas de la Ley de Propiedad Horizontal», en *BCNR*, núm. 298, págs. 719 y sigs.).

Puede ser útil recordar algunas ideas elementales:

a) La constitución de un edificio en régimen de propiedad horizontal no requiere para su existencia publicidad registral. La inscripción no es constitutiva, sino que produce, sólo, y no es poco, los efectos generales. su eficacia real.

b) Es posible, por tanto, que existan comunidades de propietarios regidas por la Ley de Propiedad Horizontal inexistentes para el Registro.

c) Tales comunidades de propietarios, jurídicamente perfectas, pueden y deben reflejar los acuerdos de su órgano deliberante en un Libro de Actas.

d) Deben legalizarse por el Registrador tales libros, con independencia de que conste o no el edificio en el Registro de la Propiedad. Por eso, el propio artículo 415.7 RH prevé el supuesto de que la comunidad no esté inscrita.

e) La legalización de un Libro de Actas no es un acto inscribible en el Registro de la Propiedad, ni altera, por tanto, el historial registral de la finca a la que se refiere.

B) *Puntualizaciones al artículo 415 RH*

A mi juicio, el criterio reglamentario no ha sido el mejor de los posibles, incurriendo en dos importantes fuentes de equívoco:

1. Presentación en el Libro Diario de la instancia de legalización y del libro, y

2. Constancia por nota al margen de la inscripción del inmueble de la legalización operada.

1. En el Diario se presentan los títulos que van a provocar un asiento registral, es decir, que contienen actos de trascendencia jurídico-real. Su efecto fundamental, como es sabido, es conceder prioridad desde el acceso material del título aunque la operación registral se dilate en el tiempo. Es la idea del artículo 24 de la Ley.

Para que el usuario tenga la garantía de la fecha en que se aporta la instancia, para que la legalización se realice en plazo, basta con el Libro Registro de Entrada y el recibo correspondiente.

La solución reglamentaria, sobre distorsionar la función del Diario, provoca confusión al permitir interpretar que la instancia de legalización es un documento inscribible y sujeto, por tanto, a los criterios generales de calificación.

No tiene sentido «retrotraer efectos» de la legalización al momento de aportación de la instancia, porque los acuerdos que se consignan en tal libro necesariamente son de fecha posterior a la legalización, y la legalización en sí misma de un libro que nunca llegue a utilizarse no produce efecto sustantivo alguno.

2. La constancia por nota marginal de la legalización es, entiendo, des-
acertada:

- porque no publica un dato de trascendencia jurídico-real;
- porque complica, aún más, innecesariamente, los historiales registrales;
- porque cuando se certifique de la finca, o se expida nota simple, plantearía el problema de si debe incluirse tal «dato» o no,
- porque las notas que, bien intencionadamente, se llaman «de mera publicidad» —como la de revocación de poderes u otras—, suscitan en el interesado y, a veces, incluso en el profesional, la convicción de que están amparadas por los principios de fe pública y legitimación;
- porque, cuando no consta registralmente la comunidad, se sustituye por su «reflejo en un libro fichero que se llevará por medios informáticos».

Hubiera sido preferible y más lógico llevar un libro de legalizaciones y dejar descansar el sobrecargado folio registral.

En todo caso, vigente el precepto, deberá presentarse la instancia y extender la nota marginal, pero recordando que:

— se presenta en el Diario por exigencia reglamentaria, si bien no se trata de un título registrable, y, por tanto, la calificación se concreta a las exigencias del artículo 415 RH y nada más;

— la nota marginal de legalización es un asiento extravagante que no afecta, altera, ni modifica el régimen jurídico de la finca a cuyo margen se extiende. No debe hacerse constar en las notas simples ni en las certificaciones de dominio y cargas, solamente en las literales de todo el historial —porque, bien o mal, están ahí—.

C) *La Resolución de 15 de noviembre de 1994*

En el Registro hay inscrito un inmueble constituido en régimen de propiedad horizontal; existe, por tanto, una única comunidad de propietarios. La norma tercera de los Estatutos, inscritos, establece que «los gastos comunes del mantenimiento, limpieza, conservación o reparación ordinaria de los portales, dependencias de los mismos, escaleras y ascensores del edificio, serán satisfechos por los propietarios de las viviendas que tienen acceso».

Se solicita la legalización de dos Libros de Actas de dos subcomunidades, una por escalera, que se dice existen sobre el inmueble, aportándose certificaciones expedidas por el Secretario-Administrador de ambas comunidades relativas a los acuerdos de constitución de sendas subcomunidades.

El Registrador deniega la legalización de los Libros de Actas, esencialmente porque no consta en el Registro la existencia de subcomunidades.

En el informe en defensa de su calificación —recurrida ante la Dirección General—, señala el Registrador, entre otros extremos, que «los documentos por los que cada una de las comunidades se dividen en sendas subcomunidades no constan presentados ni inscritos en el Registro de la Propiedad». Concluyendo que «parece que el artículo 415 del Reglamento Hipotecario exige para las subcomunidades y conjuntos inmobiliarios lo que no exige para las comunidades en general: la inscripción en el Registro de la Propiedad».

La doctrina de la DGRN puede sintetizarse así:

1. En el caso planteado no hay propiamente subcomunidad, basándose en una serie de consideraciones que, por su complejidad y rigor, no termino de entender.

2. Pero sí hay en este caso una «comunidad parcial de intereses», susceptible de regirse por un órgano colectivo específico, cuyos acuerdos deben reflejarse en un Libro de Actas susceptible de legalización. O sea, no hay subcomunidad pero hay un subente que coincide con lo que en la práctica solemos denominar, sin duda, faltos de precisión conceptual, como subcomunidad.

3. Pero, para que pueda considerarse que existe tal «comunidad parcial de intereses», debe resultar de los Estatutos —la DG presupone que inscritos—.

GÓMEZ GALLIGO resume la doctrina de la Dirección General así: «El criterio del Registrador es sancionado correctamente por la DGRN, exigiendo para la

diligenciación independiente de libros a las subcomunidades que las mismas estén expresamente constituidas y así aparezca registralmente, de manera que el elemento independiente, bloque o escalera que pretende integrar una subcomunidad, esté a su vez dividido horizontalmente, o bien, que de los Estatutos de la propiedad horizontal del edificio en su conjunto resulte la existencia de un órgano colectivo específico para la gestión de los intereses específicos de los propietarios de la citada subcomunidad...»

D) *Otra posible interpretación*

A mi modesto entender, no es la mejor de las posibles la solución que adoptó el Registrador y que la Dirección General hace suya, por las siguientes razones:

1. Cuando legalizaban los libros los Jueces y Notarios no era posible el control que ahora resulta de la doctrina de la Dirección General.

2. La atribución de competencia legalizadora a los Registradores no puede pretender alterar, ni altera efectivamente, el régimen sustantivo de la propiedad horizontal, ni imponer la inscripción con carácter constitutivo para las subcomunidades cuando no se exige para las comunidades. Es contradictorio que el artículo 415 prevea la legalización de Libros de Actas de comunidades no inscritas —como es lo coherente con el régimen jurídico sustantivo (art. 415.7)—, y que la Dirección General aplique el criterio opuesto para las subcomunidades.

Pienso que el criterio registral y el de la Dirección General vienen condicionados por la literalidad del artículo 415:

— Se establece la presentación en el Libro Diario de la solicitud de diligenciamiento.

— Se establece la constancia por nota marginal de la legalización.

Ambas pautas procedimentales, pienso, son perturbadoras y provocan la interpretación que resulta de la Resolución.

Pese a las exigencias reglamentarias —presentación y nota marginal— que hay que cumplir necesariamente, entiendo.

— Que la «calificación» de las solicitudes de legalización tiene únicamente la extensión que resulta del artículo 415 y nada más. Por tanto, exista o no registralmente la comunidad o la subcomunidad, los libros deben ser legalizados.

— Que la legalización de un Libro de Actas de una comunidad o subcomunidad, aunque por exigencia reglamentaria se refleje por nota marginal, no implica ni presupone la inscripción de la constitución de la misma ni su regularidad, que no debe prejuzgarse en este trámite.

V. C. S.

CAPITAL MINIMO LEGAL DISOLUCION DE PLENO DERECHO. TRANSITORIA SEXTA. *La desaparición de las sociedades anónimas que al 31 de diciembre de 1995 no hubieran ampliado su capital por encima del mínimo legal de diez millones de pesetas «...no puede imponerse de forma radical en un momento determinado, con desconocimiento de las múltiples relaciones jurídicas en las que la entidad puede estar interesada...» Por esta razón, la Transitoria sexta de la LSA no declara la extinción inmediata de la personalidad de estas sociedades, sino «su disolución de pleno derecho», que respeta la persistencia de esa personalidad jurídica, pero de un modo transitorio, pues excluye la posibilidad de contraer nuevas obligaciones y hacer nuevos contratos e impone la apertura del proceso liquidatorio.* (RESOLUCIONES DE 28 DE ENERO; 4, 5, 17, 25 Y 26 DE FEBRERO, Y 3, 4, 10 Y 12 DE MARZO DE 1997. BOE DE 3, 5, 7 Y 14 DE MARZO DE 1997)

Hechos.—I. El día 27 de enero de 1993 ante el Notario de Valencia don Rafael Azpitarte Camy, la sociedad «Navarro y Monsoriu, Sociedad Anónima», otorgó una escritura pública de transformación de sociedad anónima en sociedad de responsabilidad limitada.

II. Presentada dicha escritura en el Registro Mercantil de Valencia el día 13 de febrero de 1996, fue objeto de la siguiente nota de calificación: «No admitida la inscripción del presente documento por haber quedado disuelta y cancelados los asientos conforme a lo dispuesto por la Disposición Transitoria sexta de la Ley de Sociedades Anónimas. Es insubsanable. Contra esta nota puede interponerse recurso de reforma en el término de dos meses ante el propio Registrador y contra la decisión adoptada el de alzada ante la Dirección General en término de otro mes desde la notificación de la anterior decisión conforme a los artículos 66 y 71 del Reglamento del Registro Mercantil. Valencia, a 22 de febrero de 1996. La Registradora accidental número 2. Firmado, Inmaculada Gonsálvez Simbor»

III. Don Emilio Pechuán Porres, en nombre y representación de la entidad mercantil de referencia, interpuso recurso de reforma contra la calificación del Registrador Mercantil de Valencia, alegando los siguientes argumentos: 1. En primer lugar, entiende que hay un error por la Registradora en la interpretación de la Disposición Transitoria sexta, 2, ya que la escritura objeto de calificación había sido presentada con anterioridad al 31 de diciembre de 1995. 2. En segundo lugar, la escritura de referencia es de transformación en una sociedad limitada, con un capital suficiente para este último tipo de sociedades, por lo que no es aplicable dicha disposición. 3. La inscripción en el Registro Mercantil de la transformación no es constitutiva, por lo que dicha transformación produjo efectos sustantivos al tiempo del otorgamiento de la escritura, es decir, en el año 1993, por lo que no se encuentra en el ámbito de aplicación de la citada Disposición Transitoria.

IV. El Registrador Mercantil de Valencia resolvió el recurso de reforma manteniendo su nota de calificación en todos sus extremos e informó: 1. El precepto aplicable al presente caso es la Disposición Transitoria sexta de la Ley de Sociedades Anónimas en su apartado 2.º, que dispone la cancelación de oficio de todos los asientos de la sociedad por quedar disuelta de pleno derecho al no presentar la escritura antes de día 31 de diciembre de 1995. 2. Frente a tan clara disposición alega el recurrente que tal escritura de transformación fue presentada con anterioridad a tal fecha, con lo que se cumple el requisito que exige la Disposición Transitoria citada. Esta interpretación es insostenible, ya

que la Dirección General, en Resolución de 6 de marzo de 1996, ha dejado sentada una clara doctrina, al entender que el asiento de presentación anterior, ya caducado, carece de todo efecto jurídico y es a la nueva presentación a la que ha de atender el Registrador para realizar su calificación. La disolución opera de pleno derecho y la única operación posible es la cancelación de los asientos registrales de la sociedad. 3. En tercer lugar, alega el recurrente que al ser una escritura de transformación en una sociedad de responsabilidad limitada con capital suficiente no le es aplicable dicha Disposición Transitoria sexta, 2; este argumento es igualmente insostenible puesto que la transformación la opera una sociedad anónima, que en el Registro aparece como tal sociedad anónima, por lo que la disolución de pleno derecho, la actuación de oficio y la cancelación correlativa opera al 31 de diciembre de 1995. Para que ello no fuese posible habría sido preciso que tal escritura de transformación hubiese sido presentada después del 1 de junio de 1995 y antes del 31 de diciembre de 1995 (*sic*) y ello por consecuencia de la modificación que en el apartado 1 de la Disposición Transitoria sexta de la Ley de Sociedades Anónimas introduce el apartado 25 de la Disposición Adicional segunda de la Ley de Sociedades Limitadas de 23 de marzo de 1995.

V. Don Emilio Pechuán Porres, en nombre de la entidad mercantil de referencia, se alzó contra la anterior resolución reiterando los argumentos del recurso de reforma y añadiendo que el argumento formal de la cancelación de oficio queda desvirtuado por la doctrina contenida en la Resolución de este Centro directivo de fecha 16 de marzo de 1996, de la que resulta claramente la posibilidad de asientos posteriores al de cancelación de oficio, es decir, que tal cancelación no cierra la hoja registral. Asimismo añade que la finalidad de la Disposición Transitoria sexta no es sancionadora, sino clarificadora de la situación de las hojas registrales, y en concreto expulsar del Registro a las sociedades inactivas e inexistentes. Y si esto es así, en el presente caso no estamos ante esta situación, sino todo lo contrario, en pleno ejercicio de su objeto social, por lo que no procede la aplicación de aquella norma de limpieza.

Fundamentos de Derecho.—Vistos los artículos 4 del Código Civil; 228 del Código de Comercio; 144, 162, 261, 265, 272, 274, 277, 278, 280.a) y Disposición Transitoria sexta, párrafo 2.º de la Ley de Sociedades Anónimas, 121.b) y 123.d) de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada; 55 y 80 del Reglamento del Registro Mercantil; 108 y 436 del Reglamento Hipotecario, y las Resoluciones de 5 de marzo, 29 y 31 de mayo, 5, 10 y 18 de junio, 24 y 25 de julio y 18 de septiembre de 1996.

1. La cuestión planteada consiste en dilucidar el concreto alcance del mandato normativo constituido en la Disposición Transitoria sexta, párrafo 2.º de la Ley de Sociedades Anónimas, lo que, dado su contenido sancionador, debe estar presidido por un criterio interpretativo estricto (cfr. art. 4 del Código Civil).

2. La finalidad de la norma es clara: La desaparición de la sociedad anónima preexistente a la nueva Ley de Sociedades Anónimas que a partir del 31 de diciembre de 1995 no hubiere ampliado su capital por encima del mínimo legal; ahora bien, es obvio que esta desaparición no puede interponerse de forma radical en un momento determinado, con desconocimiento de las múltiples relaciones jurídicas en las que la entidad puede estar interesada. Es por eso que la norma cuestionada no declara la extinción inmediata de la personalidad de las sociedades anónimas afectadas a partir de la fecha seña-

lada, sino, exclusivamente, su «disolución de pleno derecho», expresión ya acuñada por el legislador (*vid.* art. 261 de la Ley de Sociedades Anónimas), que respeta la persistencia de esa personalidad jurídica, pero de un modo transitorio, pues excluye la posibilidad de contraer nuevas obligaciones y hacer nuevos contratos (*cfr.* arts. 267 y 272 de la Ley de Sociedades Anónimas y 228 del Código de Comercio), e impone la apertura del proceso liquidatorio encaminado a la conclusión ordenada de las relaciones jurídicas pendientes.

3. Lo anterior en modo alguno se contradice con la previsión adicional contenida en dicha norma que impone al Registrador la cancelación inmediata y de oficio de los asientos registrales relativos a la sociedad; es cierto que en los supuestos normales se prevé que dicha cancelación seguirá a la conclusión del proceso liquidatorio y aprobación del balance final de la sociedad (*cfr.* arts. 274 y 278 de la Ley de Sociedades Anónimas), pero ni hay base legal para inferir de tal previsión que la cancelación de asientos implica la extinción de la personalidad jurídica, ni tal extinción puede anticiparse al agotamiento de todas las relaciones jurídicas pendientes de la sociedad [*cfr.* arts. 274.1, 277.2.1.^ª y 280.a) de la Ley de Sociedades Anónimas, 121.b) y 123 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada y 228 del Código de Comercio y la propia Disposición Transitoria sexta, párrafo 2.º, de la Ley de Sociedades Anónimas]. La cancelación de los asientos registrales de una sociedad (que no es sino una fórmula de mecánica registral para consignar una vicisitud de la sociedad, bien que se considera terminada la liquidación, bien la que ahora es impuesta legalmente de la disolución de pleno derecho) puede preceder a la definitiva extinción de la personalidad de la sociedad (tanto en los supuestos normales de disolución si al formularse la solicitud del artículo 278 de la Ley de Sociedades Anónimas no hubieran sido tenidas en cuenta determinadas relaciones jurídicas pendientes de la sociedad, como en el caso de la Disposición Transitoria comentada) y, en consecuencia, tal situación registral no puede ser considerada como obstáculo a la práctica de eventuales asientos posteriores que la subsistencia de la personalidad jurídica implique y que sean compatibles con la transitoriedad y finalidad liquidatoria de esa subsistencia, y todo ello sin prejuzgar ahora si, como parece deducirse de la interpretación conjunta de los artículos 261 de la Ley de Sociedades Anónimas (que prevé otro supuesto de disolución de pleno derecho) y 251 del mismo texto legal, así como de la inexistencia en esta Ley de un precepto similar al artículo 106.2.º de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, es posible acordar la reactivación de la sociedad anónima disuelta por aplicación de la Disposición Transitoria sexta de la Ley de Sociedades Anónimas, máxime si es por acuerdo unánime de todos los socios

Esta Dirección General ha acordado confirmar el acuerdo y nota del Registrador.

Madrid, 28 de enero de 1997.—El Director general, *Luis María Cabello de los Cobos y Mancha*.

Sr. Registrador Mercantil de Valencia.

Normas citadas en los Vistos

Código Civil, artículo 4.

Código de Comercio, artículo 228

Ley de Sociedades Anónimas, artículos 144, 162, 261, 265, 272, 274, 277, 278, 280.a) y Disposición Transitoria sexta, párrafo 2.º

Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, artículos 121.b) y 123.

Reglamento del Registro Mercantil, artículos 55 y 80.

Reglamento Hipotecario, artículos 108 y 436.

Resoluciones de 5 de marzo, 29 y 31 de mayo, 5, 10 y 18 de junio, 24 y 25 de julio y 18 de septiembre de 1996.

COMENTARIO A LAS RESOLUCIONES DE FECHAS 28 DE ENERO; 4, 5, 17, 25 Y 26 DE FEBRERO; 3, 4, 10 Y 12 DE MARZO DE 1997, SOBRE LA TRANSITORIA SEXTA DE LA LEY DE SOCIEDADES ANONIMAS: LA CANCELACION DE LAS SOCIEDADES POR CARECER DEL CAPITAL MINIMO LEGAL

Al igual que hemos hecho en las ocasiones anteriores, vamos a formular un comentario común de todas las Resoluciones que ahora publicamos en torno a la interpretación y aplicación de la Disposición Transitoria sexta, número 2, de la Ley de Sociedades Anónimas, a tenor de la cual quedan disueltas de pleno derecho aquellas sociedades con forma de Anónima que, a la fecha límite del 31 de diciembre de 1995, no tuviesen inscrito el capital mínimo legal de diez millones de pesetas.

Los primeros Fundamentos de Derecho de todas estas Resoluciones son literalmente idénticos. En algunas hay un último Fundamento —siempre idéntico también— que niega efectos registrales a las escrituras de aumento de capital, transformación o adaptación de estatutos, que, aunque hubieran sido otorgadas con anterioridad a dicha fecha límite de 31 de diciembre de 1995, fueron presentadas para su inscripción después de aquel plazo perentorio.

Como es sabido, el nuevo Reglamento del Registro Mercantil dedica un precepto bastante genérico, el artículo 242, a la reactivación de las sociedades disueltas. Por otra parte, la constante sugerencia, formulada en todas las Resoluciones dictadas hasta la fecha, acerca de la posibilidad de reactivar las sociedades afectadas por la Disposición Transitoria sexta de la Ley de Sociedades Anónimas —aunque ninguno de los recursos versa sobre acuerdos de reactivación propiamente dichos— ha venido a determinar la imposición práctica de esta solución, como medio de ofrecer una salida legal a todas aquellas sociedades que, por un motivo u otro, han fracasado en su intento de adaptarse a las nuevas leyes dentro del plazo legal.

Solamente existe una Resolución, la de 11 de diciembre de 1996 (1), única de entre todas las dictadas hasta ahora, que trata propiamente de la inscrip-

(1) En esta **Resolución de 11 de diciembre de 1996** resulta de especial interés el Fundamento cuarto; verdadero cimiento jurisprudencial de toda la institución de nuevo cuño que conocemos ahora como «reactivación de sociedades». En vista de su importancia lo transcribimos íntegramente:

«4. En consecuencia, la Disposición Transitoria sexta de la Ley de Sociedades Anónimas no puede objetar la reactivación de la sociedad si media el correspondiente acuerdo unánimemente adoptado por los socios o, en caso de falta de unanimidad, si votan a favor de la continuidad las mayorías prevenidas en el artículo 103 de la Ley de Sociedades Anónimas, y, en ambos casos, se da al acuerdo la misma publicidad prevenida en

ción de un acuerdo de reactivación, facilitando soluciones para los problemas que ésta plantea en la práctica registral, pudiendo afirmarse, a partir de ella, que ya existe verdadera jurisprudencia sobre la materia. En su momento, dicha Resolución ya fue objeto de comentario especial y separado; por lo que aquí nos limitaremos a comentar las que se han dictado en torno a la interpretación de la Disposición Transitoria sexta.

Con la antedicha excepción, todas las Resoluciones publicadas afirman que la cuestión jurídica, objeto del debate, consiste en «*dilucidar el concreto alcance del mandato normativo constituido en la Disposición Transitoria referida, lo que, dado su contenido sancionador, debe estar presidido por un criterio interpretativo estricto (art. 4 del Código Civil) ...*»; llegan a la conclusión de que se ha producido la disolución de la sociedad, y terminan sugiriendo la posibilidad de reactivarla. En vista de ello, estructuraremos así nuestro comentario:

I. Interpretación de la Transitoria sexta de la Ley de Sociedades Anónimas.

II. Las sociedades afectadas por la norma: su situación jurídica. Títulos inscribibles. Responsabilidad de los gestores.

III. Valor de la escritura pública no presentada oportunamente en el Registro Mercantil.

I. INTERPRETACION DE LA DISPOSICION TRANSITORIA SEXTA

El mandato cancelatorio contenido en dicha norma ha sido reconducido mediante una interpretación correctora, a un simple cierre registral, de carácter relativo, por cuanto se admite la inscripción de títulos «*compatibles*» con la finalidad liquidatoria de la sociedad y sólo se niega el acceso a aquéllos cuyo contenido y finalidad resulten claramente contrarios a la misma.

En nuestra opinión sería inadmisibles cualquier interpretación orientada en el sentido de ineficacia de los asientos registrales que deban cancelarse por esta causa, y que podría quizá desprenderse de la literalidad del precepto: «*cancelando inmediatamente de oficio el Registrador los asientos correspondientes a la sociedad disuelta*». Porque si subvierte la finalidad esencial de la publicidad registral, perjudicaría ante todo a los terceros (2), y porque, en definitiva, no puede suponerse que en una Disposición Transitoria de una Ley especial, por desafortunada que sea su redacción (3), el legislador haya que-

el artículo 263 de la Ley de Sociedades Anónimas para la disolución (cfr art 4.1 del Código Civil) y se respeta el derecho de separación de los socios que no hayan votado a favor del acuerdo, pues como ya declarara este Centro directivo en su Resolución de 8 de noviembre de 1995, la reactivación implica una sustitución del objeto social hasta ese momento vigente (la efectución de la liquidación)»

(2) **Resoluciones de 13 y 20 de mayo de 1992:** «.Según la legislación de sociedades anónimas, la sociedad disuelta conservará su personalidad jurídica mientras la liquidación se realiza La cancelación registral de la sociedad se produce cuando se ultimen las fases del proceso liquidatorio previstas legalmente. Pero, en rigor, aun después de la cancelación persiste todavía la sociedad como centro residual de imputación en tanto no se agoten totalmente las relaciones jurídicas de que la sociedad es titular »

(3) HELIODORO SÁNCHEZ RUS estudia esta norma en su trabajo titulado «Aplicación práctica de la Disposición Transitoria sexta, 2, del Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas» (publicado en el núm. 68 del *Boletín del Centro de Estudios Hipoteca-*

rido cuestionar hasta ese punto los Principios Generales del Sistema Registral que previamente ha consagrado en el Código de Comercio (cfr. especialmente su art. 20), determinando una extinción automática de la personalidad jurídica de la sociedad sin consideración a las relaciones u obligaciones con terceros que aquélla pudiera tener pendientes.

II. LAS SOCIEDADES AFECTADAS POR LA NORMA

Las sociedades afectadas por dicha Transitoria sexta de la Ley de Sociedades Anónimas son exclusivamente éstas, las que están inscritas bajo tal forma de anónimas, y las comanditarias por acciones. En cuanto a las sociedades de responsabilidad limitada, que en principio también se hubieran visto afectadas por el cierre registral, el legislador ha consagrado la oportuna excepción en su nueva Ley reguladora de 23 de marzo de 1995.

En efecto, la sanción consistente en la disolución de pleno derecho procede de la Ley 19/1989, de 25 de julio, de «Reforma parcial y adaptación de la Legislación Mercantil a las directivas de la CEE en materia de sociedades», y entonces afectaba por igual a las sociedades anónimas, comanditarias por acciones y limitadas, pero el legislador solamente la ha mantenido para las dos primeras, llevándola —en lo que respecta a las anónimas— a la Disposición Transitoria del mismo número —sexta— del Texto Refundido vigente, de 22 de diciembre de 1989.

Para las sociedades de responsabilidad limitada la sanción se ha abolido expresamente, introduciendo en la Ley 2/95 una Disposición Derogatoria —la segunda— que dice lo siguiente: «*Queda derogada la norma sobre disolución de pleno derecho de las sociedades de responsabilidad limitada contenida en el último inciso del apartado 2 de la Disposición Transitoria sexta de la Ley 19/1989, de 25 de julio*».

rios de Cataluña) y señala que se trata de un precepto de difícil comprensión, que no define con claridad la situación de las sociedades anónimas afectadas, distinguiendo dos aspectos:

1. Quedan sujetas a una «disolución de pleno derecho». Entendemos que esta disolución se produce automáticamente u *ope legis*, sin necesidad de acuerdo de la junta, y abre inmediatamente la liquidación. Hasta aquí el sentido de la norma no ofrece dudas, presentando gran similitud con los supuestos de disolución por transcurso del término de duración previsto estatutariamente.

2. El Registrador deberá cancelar inmediatamente y de oficio los asientos correspondientes a la sociedad disuelta. Aquí es donde la norma no encaja en el Sistema Registral, puesto que la cancelación «no es consecuencia de la disolución», señala dicho autor, «sino de la conclusión del proceso de liquidación y de la extinción de la personalidad jurídica» y «ha de tener, por tanto, un sentido distinto al que normalmente desempeña, pues no puede atribuirse a esta operación registral un sentido extintivo de las relaciones jurídicas de la compañía...»

La conclusión del autor citado es que se trata de una «disolución sujeta a un peculiar régimen legal». No podemos por menos de compartir esta interpretación que, cumpliendo el mandato contenido en la norma: expurgar el Registro de aquellas sociedades que no cumplen la Ley, permite una liquidación ordenada de las mismas, evitando las consecuencias perturbadoras en todos los órdenes a que conducirían otras interpretaciones.

A. SITUACIÓN JURÍDICA DE ESTAS SOCIEDADES

Como sabemos, se trata de sociedades que están inscritas bajo la forma de anónimas, que se rigen íntegramente por la Ley de Sociedades Anónimas, pero cuyo capital no alcanza el mínimo legal, de modo que, a partir del 31 de diciembre de 1995, dichas sociedades se someten a un régimen de sanciones tendente, de una parte, a la extinción de la sociedad como persona jurídica; de otra, a imponer a los gestores o representantes de la misma toda la responsabilidad por las deudas sociales contraídas o que se contraigan en el futuro.

En cuanto a la situación de estas sociedades, todas las Resoluciones reiteran que «*resultan disueltas de pleno derecho, iniciándose su proceso liquidatorio con efectos a partir del día 1 de enero de 1996, subsistiendo entre tanto su personalidad jurídica y pudiendo inscribirse todos aquellos títulos que tiendan a consumir o llevar a término dicha liquidación*».

No debemos olvidar que la alarma suscitada por la aplicación de esta norma a las sociedades que, siendo operativas, no han sido puntuales en el cumplimiento de sus obligaciones registrales, junto con el deseo de hallar con urgencia una solución para las mismas, ha provocado que resulte oscurecido por completo otro aspecto de esta Transitoria sexta que es mucho más importante: la finalidad primordial de la norma consiste en depurar el Registro Mercantil, purgándolo de inscripciones relativas a sociedades que están extinguidas *de facto* y que llevan más o menos tiempo inoperantes. Es incalculable el número de estas entidades que figuran en los libros, a veces con cifras de capital irrisorias, sin reflejar ninguna actividad desde hace varios años. De aquí la necesidad y el mérito del esfuerzo interpretativo llevado a cabo por la Dirección General de los Registros, acomodando el mandato normativo depurador a una situación que quizá el legislador, dado el largo plazo de adaptación concedido, no había previsto: la de las sociedades vivas y operantes que han descuidado el cumplimiento del plazo de adaptación.

Refundiendo las anteriores consideraciones con los Fundamentos de las Resoluciones comentadas, podemos señalar las siguientes notas:

1. La finalidad de la norma es la extinción de las sociedades anónimas que no tengan el capital mínimo legal, purgando los libros del Registro de inscripciones relativas a personas jurídicas que, no habiendo sido liquidadas en debida forma, pueden considerarse extinguidas *de facto*.

2. Esta desaparición no puede imponerse de forma radical, ni inmediata, con desconocimiento de las múltiples relaciones jurídicas en las que pueda resultar interesada la entidad, supuesto que pertenezca al grupo de las que están vivas y operantes en el tráfico jurídico. En cualquier caso, la cancelación de los asientos no causará perturbación ninguna a efectos de la ulterior inscripción de actos liquidatorios.

3. Por consiguiente, la norma cuestionada no siempre debe interpretarse en el sentido de imponer automáticamente la extinción de la personalidad jurídica de las sociedades anónimas afectadas sino, exclusivamente, «*su disolución de pleno derecho*», permitiendo la subsistencia —aunque sea transitoria— de esa personalidad jurídica.

4. Esta disolución *ope legis* implica la inmediata apertura del proceso liquidatorio, con todas sus consecuencias: modificación del objeto so-

cial (4); prohibición a los administradores de contraer nuevas obligaciones y hacer nuevos contratos, y adopción de las medidas precisas para el reparto del haber social.

5. Lo anterior no contradice la «...*previsión adicional contenida en dicha norma que impone al Registrador la cancelación inmediata y de oficio de los asientos registrales relativos a la sociedad...*» Pero bien entendido que dicha cancelación no implica por sí sola la extinción de la personalidad jurídica; extinción que no podría anticiparse al agotamiento de todas las relaciones jurídicas que tuviera pendientes (5) la sociedad, ni puede ser considerada como obstáculo a la práctica de eventuales asientos posteriores, «...*que la subsistencia de la personalidad jurídica implique y sean compatibles con esa finalidad liquidatoria...*».

B. TÍTULOS INSCRIBIBLES DESPUÉS DEL 31 DE DICIEMBRE DE 1995

Por virtud del juego conjunto de los apartados 1 y 2 de la tantas veces citada Transitoria sexta, de acuerdo con la interpretación formulada por el

(4) **Resolución de 8 de noviembre de 1995:** «...la disolución de la sociedad, si bien no extingue la personalidad jurídica, sí provoca la pérdida definitiva de vigencia de la cláusula estatutaria relativa al objeto social, la sociedad sólo subsiste para su liquidación (cfr. arts. 228 del Código de Comercio y 266 y, especialmente, el 272 de la Ley de Sociedades Anónimas) ...»

(5) Sobre esta posibilidad ya se había pronunciado anteriormente el Centro Directivo en sendas Resoluciones, relativas al Registro de la Propiedad, las de 13 y 20 de mayo de 1992, según las cuales podrían inscribirse en el dicho Registro inmobiliario escrituras de elevación a público de documentos privados de compra y venta, otorgadas por el liquidador de la sociedad en momento posterior a la inscripción en el Registro Mercantil de la liquidación definitiva; y ello, aun a pesar de estar cancelados en el Registro Mercantil los asientos correspondientes a dicha sociedad y cerrada la hoja correspondiente a la misma.

Resoluciones de 13 y 20 de mayo de 1992: «...Según la legislación de sociedades anónimas, la sociedad disuelta conservará su personalidad jurídica mientras la liquidación se realiza. La cancelación registral de la sociedad se produce cuando se ultimen las fases del proceso liquidatorio previstas legalmente. Pero, en rigor, aun después de la cancelación persiste todavía la sociedad como centro residual de imputación en tanto no se agoten totalmente las relaciones jurídicas de que la sociedad es titular. Así resulta de la misma Ley, pues en ella se prevé que procede la cancelación aunque todavía estén pendientes de extinción determinadas obligaciones. obligaciones vencidas si su importe se consigna, como es posible, en forma que no equivalga al pago (art. 212 del Reglamento del Registro Mercantil); obligaciones no vencidas cuyo pago quede asegurado. Como no hay obligación sin deudor, es claro que en estos casos persiste una cierta personalidad. A ella habrán de referirse las obligaciones antiguas no extinguidas, las obligaciones sobrevenidas (por ejemplo, pagar los honorarios del Registrador Mercantil por la cancelación) y los bienes o valores sociales preteridos en el balance. No hay, pues, obstáculos para que, consiguientemente, subsistan los encargos que, por acuerdo unánime de la Junta General recibió el liquidador si los mismos tienen como finalidad dar cumplimiento a obligaciones residuales, como lo es la de elevar a escritura pública ventas ya consumadas antes de la cancelación registral de la sociedad... No hay ninguna contradicción entre el Registro Mercantil —que con la cancelación registral proclama que están cumplidas las exigencias generales del proceso liquidatorio— y la operación que después se realiza en nombre de la sociedad, siempre que esta operación pueda encuadrarse —como es el caso— entre las que tienen naturaleza residual..»

Centro Directivo, el mandato cancelatorio ha quedado reconducido a un cierre del Registro respecto de los títulos que no tengan finalidad liquidatoria, admitiéndose la inscripción de aquéllos que sean «compatibles» con la misma.

Sin pretender ser exhaustivos, vamos a formular una lista de los documentos que todavía podrán tener acceso al Registro después de esta «*disolución de pleno derecho*»:

1. Nombramientos de liquidador o liquidadores; sin necesidad de estar previamente inscrito el acuerdo de disolución, puesto que ésta ya se ha producido sin necesidad del mismo.

2. Suspensiones de pagos puede anotarse preventivamente la providencia teniendo por presentada la solicitud e inscribirse el auto correspondiente por el que se declara dicho estado legal. En caso de llegarse a un convenio con los acreedores, habrá que examinar si éste tiene finalidad liquidatoria.

3. Quiebras: se aplica *mutatis mutandi* la misma regla: pueden inscribirse, debiendo estarse, en cuanto a un eventual convenio, a la finalidad del mismo.

4. Acuerdos de disolución: en principio, tales acuerdos operan en el vacío y no deben ser inscritos a menos que sean anteriores a la fecha del 31 de diciembre o, siendo posteriores, se limiten a constatar el hecho de la disolución de pleno derecho, especialmente si contienen también la liquidación o el nombramiento del liquidador.

5. Liquidación de la sociedad. Evidentemente, éstos son los típicos acuerdos inscribibles en este caso; debiendo admitirse sin problemas la absorción de la sociedad disuelta o la liquidación por medio de cesión global (6) de su activo y pasivo.

C. RESPONSABILIDAD DE LOS GESTORES DE ESTAS SOCIEDADES

Debido al juego de las Transitorias tercera y sexta, en relación con los artículos 133, 262 y concordantes de la Ley de Sociedades Anónimas, los administradores y liquidadores de las sociedades que nos ocupan responden de las deudas sociales, de manera personal, ilimitada y solidaria. De acuerdo con la Transitoria tercera, dicha responsabilidad comienza desde el 30 de junio de 1992, limitándose la Transitoria sexta a reforzar la sanción, estableciendo que «... *subsistirá la responsabilidad personal y solidaria de administradores, gerentes, directores generales y liquidadores por las deudas contraídas o que se contraigan en nombre de la Sociedad*», y extendiendo, por tanto, dicha responsabilidad también a los gerentes y directores generales, por las deudas que «*se contraigan*» en nombre de la sociedad, en caso de que ésta continúe operando pese a estar disuelta de pleno derecho.

Téngase en cuenta, finalmente, que el hecho de inscribir una, en muchos aspectos discutible, reactivación, puede causar serias perturbaciones de la

(6) Según las citadas Resoluciones de 8 de noviembre de 1995, a tenor de la cual, en caso de absorción de sociedades en liquidación, deberá reconocerse el derecho de separación a los socios de la sociedad absorbida que no hayan votado a favor del acuerdo, y de 22 de junio de 1988 y 21 de noviembre de 1989, que para los casos de cesión global de activo y pasivo exigen la observancia de los requisitos de publicidad propios de la fusión

seguridad jurídica y lesionar gravemente la Institución Registral, porque los acreedores de la sociedad pueden simplemente desconocerla, exigiendo el pago de las deudas sociales a los gestores. Si a esto añadimos la situación de infracapitalización en que viven muchas pequeñas sociedades, y la frecuente circunstancia de coincidir las personas de los socios con los gestores de las mismas, veremos que optar por la reactivación puede causarles graves e inesperados perjuicios, de modo que quien acude al Registro para gozar del beneficio de la limitación de responsabilidad puede encontrarse con que obtiene todo lo contrario. En definitiva, en torno a este problema serán los Tribunales de justicia quienes tendrán la última y única palabra

III. VALOR DE LA ESCRITURA PUBLICA NO PRESENTADA OPORTUNAMENTE EN EL REGISTRO

De esta materia se ocupa el Fundamento cuarto de las respectivas Resoluciones, único que verdaderamente aborda el caso concreto que ha provocado los correspondientes recursos, formulando al respecto una tajante afirmación: una vez caducado el correspondiente asiento de presentación, las escrituras no surten ningún efecto en relación con el Registro Mercantil.

Esto no constituye ninguna novedad, sino mera aplicación del principio de prioridad: *«...Es doctrina reiterada de este Centro que los asientos registrales una vez caducados carecen de todo efecto jurídico, en especial cuando se trata del asiento de presentación que, una vez caducado, se cancela de oficio y la nueva presentación del documento dará lugar a un nuevo asiento, refiriéndose a la fecha de éste su prioridad así como la fecha del asiento definitivo que en su día se practique...»*

Por consiguiente, queda cerrado el Registro respecto de toda sociedad anónima que a la fecha de 31 de diciembre de 1995 no tenga un capital nominal de por lo menos diez millones de pesetas, sin que pueda tenerse en cuenta que la correspondiente escritura de aumento de capital o transformación en otro tipo social de inferior cifra de capital mínimo hubiera sido otorgada antes de dicha fecha. Incluso, aunque la escritura hubiera sido presentada en el Registro Mercantil con anterioridad, una vez caducado aquel asiento de presentación, dicha escritura dejará de surtir cualquier efecto registral.

JESÚS GONZÁLEZ GARCÍA
Registrador Mercantil de Barcelona

III. Sentencias del Tribunal Supremo

1. DERECHO CIVIL

B) OBLIGACIONES Y CONTRATOS

POR JOSÉ QUESADA SEGURA, ISABEL DE LA IGLESIA MONJE
e ISABEL MORATILLA GALÁN

LA PRUEBA DE PRESUNCIONES NO PUEDE IDENTIFICARSE CON LOS «FACTA CONCLUDENTIA». (SENTENCIA DE 7 DE MARZO DE 1997.)

Doctrina de la sentencia —La prueba de presunciones no puede identificarse con los *facta concludentia*, ni con las máximas de experiencia, deducciones o inferencias lógicas basadas en la experiencia jurídica y vital, obtenidas de circunstancias determinantes de conclusiones razonables en un orden normal de convivencia, ya que la auténtica prueba de presunciones permite que del hecho o hechos base puedan obtenerse varios hechos consecuencia, correspondiendo al Juzgador en cada caso determinar cuál es el más adecuado al supuesto histórico que se examina.

Si bien se encuentra en la esencia de la presunción que el enlace preciso y directo que regula el hecho-base con el hecho-consecuencia se ajuste a las reglas del criterio humano, no se exige que la deducción sea unívoca, pues de serlo no nos encontraríamos ante verdadera presunción, sino ante los *facta concludentia* aludidos antes, que efectivamente han de ser concluyentes o inequívocos, pudiendo en las presunciones seguirse del hecho base diversos hechos consecuencia

LOS PRONUNCIAMIENTOS JUDICIALES CONTRADICTORIOS SON INCOMPATIBLES CON LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA. (SENTENCIA DE 25 DE MARZO DE 1997)

Doctrina de la sentencia.—El Tribunal Constitucional ha declarado que si el respeto a la independencia de cada órgano judicial es principio básico de nuestro ordenamiento jurídico, no es menos cierto que unos mismos hechos no pueden existir y dejar de existir para los órganos del Estado y que a los

más elementales criterios de la razón jurídica repugna aceptar la firmeza de distintas resoluciones judiciales en virtud de las cuales unos mismos hechos ocurrieron y no ocurrieron; ello vulneraría el principio de seguridad jurídica que, como una exigencia objetiva del ordenamiento, se impone al funcionamiento de todos los órganos del Estado; ello vulneraría, asimismo, el derecho subjetivo a una tutela judicial efectiva (art. 24.1 de la Constitución), pues no resulta compatible la efectividad de dicha tutela y la firmeza de eventuales pronunciamientos judiciales contradictorios.

No se trata de que una jurisdicción haya de aceptar siempre de forma mecánica lo declarado por otra jurisdicción, sino que una distinta apreciación de los hechos debe de ser motivada.

LUCRO CESANTE: NO CABE INCLUIR LOS SUPUESTOS EN LOS QUE SE DESCONOCE LA CUANTIA Y SI ACAECIERA O NO. (SENTENCIA DE 24 DE ABRIL DE 1997.)

Doctrina de la sentencia.—En el mismo campo doctrinal y entendimiento jurisprudencial, la integración del *lucrum cessans* del artículo 1.106 del Código Civil, como elemento indemnizatorio —aparte del real del daño o menoscabo emergente—, debe moverse bajo los dos polos de su delimitación, esto es, sin que quepa incluir eventos de futuro no acreditados, rayanos en los conocidos «sueños de ganancia», tampoco, por ello, habrá de referirse sólo a acontecimientos reales o de indiscutible dación; mas, en una posición intermedia, cuando se comprendan en ese lucro cesante eventos determinantes de una aportación de medios o recursos que, aunque dependiendo del porvenir, sin embargo se han visto truncados por la realización del ilícito, es obvio que aquéllos requieren la prueba indiscutible de que generarán ese monto económico, el cual, ya totalmente predeterminado, sólo le falta su real materialización.

Sin cuestionar el pacífico entendimiento de que el daño estricto o *damnus emergens* supone un menoscabo real o desperfecto producido en la cosa o intereses del perjudicado, en cuanto al *lucrum cessans* que, en puridad, aduce a la ganancia dejada de obtener por el ilícito, siempre y cuando se haya acreditado que esa ganancia obedece a un suceso futuro, sí, pero con causa o generación constatada o demostrada —el ejemplo de aquél que impedido por las lesiones causadas en el ilícito, no puede asistir o desplegar un cometido del que obtendría el lucro o ganancia probado, es bien conocido—, sin que por ello quepa incluir en tal lucro cesante eventos en el que no sólo se desconoce el *quantum* de esa ganancia dejada de obtener, sino, sobre todo, si la causa del mismo acaecerá o no.

EL ARTICULO 1.124 DEL CODIGO CIVIL NO SE APLICA CUANDO SE HAN INCUMPLIDO OBLIGACIONES ACCESORIAS. (SENTENCIA DE 5 DE MAYO DE 1997.)

Doctrina de la sentencia.—El artículo 1.124 del Código Civil ha de ser interpretado no de manera automática, hasta el punto de que cualquier infracción, por mínima que sea, conduce a la resolución del contrato, sino en sentido racional, lógico y moral, y no entra en juego cuando se trata de obligaciones que estando incorporadas a un contrato tienen un puro carácter

accesorio o complementario en relación a aquellas prestaciones que constituyen el objeto principal del contrato.

La Sentencia de 28 de febrero de 1986 indica que para la resolución contractual autorizada por el artículo 1.124 del Código Civil es preciso que el incumplimiento sea grave. Y según la Sentencia de 13 de julio de 1985, no constituye incumplimiento el simple retraso.

NECESIDAD DE MOTIVACION DE LAS RESOLUCIONES JUDICIALES. (SENTENCIA DE 22 DE MAYO DE 1997.)

Doctrina de la sentencia.—El derecho a la tutela judicial efectiva incluye como contenido básico el derecho a obtener de los órganos judiciales una respuesta a las pretensiones planteadas que sea motivada y fundada en derecho y no manifestamente arbitraria o irrazonable, aunque la fundamentación jurídica pueda estimarse disintilible o respecto de ella puedan formularse reparos (Sentencias del Tribunal Constitucional de 23 de abril de 1990 y 14 de enero de 1991), habiendo sido matizado este derecho a la motivación por la doctrina constitucional en el sentido de que no autoriza a exigir un razonamiento judicial exhaustivo y pormenorizado de todos los aspectos y perspectivas que las partes puedan tener de la cuestión que se decide, sino que deben considerarse suficientemente motivadas aquellas resoluciones judiciales que vengan apoyadas en razones que permitan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos esenciales fundamntadores de la decisión, afirmando la Sentencia de 5 de abril de 1990 de ese Tribunal que «basta que la motivación cumpla la doble finalidad de exteriorizar el fundamento de la decisión adoptada y permita su eventual control jurisdiccional».

ES FRAUDULENTA LA DONACION QUE SE HACE PARA ELUDIR UN CREDITO FUTURO. (SENTENCIA DE 28 DE MAYO DE 1997.)

Doctrina de la sentencia.—La cuestión que subyace en toda la argumentación del recurso es si cabe apreciar el carácter fraudulento de la donación, cuando al hacerla por escritura pública, la Hacienda todavía no tenía ningún crédito liquidado contra el donante. La respuesta de esta Sala es rotundamente afirmativa, de acuerdo con la doctrina que estableció en las Sentencias de 14 de junio de 1958 y 2 de marzo de 1988. Aunque la acción rescisoria de la donación por fraude de acreedores exige que el que la solicita sea acreedor y que el acto de disposición fraudulenta haya tenido lugar con posterioridad al nacimiento de su crédito, esta regla general tiene como excepción, fundada en la identidad de razón, el que el deudor efectúe la disposición en función de un crédito que nacerá con toda probabilidad más adelante, a fin de procurar-se una insolvencia frustrante de los derechos del acreedor futuro.

ES VALIDO ENTRE LAS PARTES UN DOCUMENTO PRIVADO EN EL QUE SE RECTIFICA UNA ESCRITURA PUBLICA. (SENTENCIA DE 31 DE MAYO DE 1997.)

Doctrina de la sentencia—Si bien es cierto que frente a terceros no producen efecto los documentos privados hechos para alterar lo pactado en escri-

tura pública (art. 1.230 del Código Civil), no lo es menos que, cuando se trata única y exclusivamente de las relaciones entre las partes, puede reconocerse validez y eficacia a lo que las mismas pacten en un documento privado, aclarando o rectificando lo estipulado entre ellas en una escritura pública (Sentencia de esta Sala de 2 de julio de 1994), siendo esto lo ocurrido en el presente supuesto litigioso, en el que única y exclusivamente en lo referente a las meras relaciones *inter partes* se ha atribuido validez y eficacia al documento privado, frente a lo estipulado entre ellas en la escritura pública de segregación y compraventa, pero no en perjuicio o en contra de tercero, ni tampoco frente a la inscripción practicada en el Registro de la Propiedad con base en dicha escritura pública.

NO ES NULA LA COMPRAVENTA DE UNA COSA QUE REQUIERE AUTORIZACION ADMINISTRATIVA REALIZADA SIN DICHA AUTORIZACION.
(SENTENCIA DE 23 DE MAYO DE 1997.)

Doctrina de la sentencia.—Sin perjuicio de la anomalía que supone que se solicite la declaración de nulidad de un contrato por la persona que lo suscribió, y más aun cuando la misma se intenta fundamentar en la carencia de derechos de ella misma, que actuó en el mismo como vendedor, yendo con ello paladinamente en contra de sus propios actos, ha de tenerse en cuenta que la actora recurrente ostentaba sobre la finca de autos unos determinados derechos que fue los que transmitió al comprador, y que el hecho de que para que tal transmisión tenga plenos efectos se requiere autorización administrativa, no convierte en nula la compraventa civil realizada sin la obtención de la indicada autorización, sin perjuicio de los efectos que en el campo de lo administrativo se puedan derivar de su falta

RECURSO DE REVISION: REQUISITOS PARA QUE PROCEDA POR LA DECLARACION FALSA DE TESTIGOS. (SENTENCIA DE 26 DE MAYO DE 1997.)

Doctrina de la sentencia.—El recurso de revisión, según consolidada y pacífica jurisprudencia derivada de las sentencias de esta Sala, es un remedio procesal encaminado a atacar el principio de la cosa juzgada, a la vez que controla, en beneficio de la justicia, si la resolución cuya revisión se pretende fue dictada como consecuencia de defectos o vicios puede haberse conocido, hubieran provocado una resolución distinta, por lo que la interpretación de los presupuestos en que la revisión se apoya ha de ser contemplada con criterio restrictivo.

Según doctrina jurisprudencial de esta Sala, ya consolidada y pacífica, para que pueda operar la causa tercera del artículo 1.796 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, es preciso que concurran los siguientes datos: *a)* una sentencia penal que declare la existencia del delito de falso testimonio; *b)* que la declaración del testigo condenado haya sido decisiva para adoptar la decisión de la sentencia que se pretende rescindir o anular, y *c)* que el carácter decisivo anterior haya sido reconocido o declarado en la sentencia dictada en el proceso penal.

INCONGRUENCIA: EL TRIBUNAL NO PUEDE RESOLVER MAS CUESTIONES JURIDICAS QUE LAS QUE LE SON FORMULADAS POR LAS PARTES. (SENTENCIA DE 13 DE JUNIO DE 1997.)

Doctrina de la sentencia.—El Juez o Tribunal no puede alterar o modificar los términos del debate judicial, es decir, no puede decidir sobre cosa distinta, derivada de la modificación, alteración o sustitución del presupuesto de hecho, básico para la *causa petendi*, respecto de lo cual el juez no tiene poder de disposición, debiendo ajustarse al objeto del proceso, lo que le impide pronunciarse sobre cuestión no alegada ni discutida, porque ello supone, en definitiva, violar el principio de contradicción procesal, en cuanto no se da a la parte la oportunidad de oponerse. Un Tribunal no puede resolver, a menos de incurrir en incongruencia, más cuestiones jurídicas, ni menos, que aquéllas que le son formuladas oportunamente por las partes. Le está vedado alterar los términos del debate, resolviendo problemas que no le han sido planteados por los litigantes, ya que el *iura novit curia* no permite alterar los componentes fácticos ni jurídicos de la pretensión.

EL QUE UN AYUNTAMIENTO ORGANICE UN ENCIERRO DE TOROS NO CONSTITUYE SERVICIO PUBLICO. (SENTENCIA DE 18 DE JUNIO DE 1997.)

Hechos.—Durante el encierro de reses bravas organizado por el Ayuntamiento de P., se produjo el fallecimiento, por herida de asta de toro, de uno de los intervinientes. La viuda y sus siete hijos demandan al Ayuntamiento, que es absuelto en la instancia, por estimar culpa exclusiva de la víctima, que citó al toro. El Supremo desestima el recurso y confirma la sentencia.

Doctrina de la sentencia.—El organizarse un encierro de reses bravas por el Ayuntamiento demandado no es ningún servicio público cuyo funcionamiento obligue a responder de los daños causados. Es desorbitar hasta extremos insospechados el precepto constitucional, que haría a la Administración responsable de todo y en todo caso, conclusión que en lógica elemental ha de rechazarse. En tal línea esta Sala, en un supuesto de clara identidad con el presente, declaró en su Sentencia de 13-2-1977 que atendiendo a los hechos probados, se desprende que resulta difícil encuadrarlos dentro de una notoria calificación de servicio público o de una actuación municipal revestida de *imperium*, lo que imposibilita, por tanto, que la acción ejercitada de responsabilidad civil extracontractual, con apoyo en el artículo 1.902 del Código Civil, permita equipararla a pretensión deducida en relación con los actos de la Administración Pública sujetos al Derecho Administrativo y con las disposiciones reglamentarias.

UNA DEUDA ILIQUIDA PUEDE ORIGINAR UN CREDITO APTO PARA FUNDAR EN EL MISMO UNA SENTENCIA CONDENATORIA. (SENTENCIA DE 20 DE JUNIO DE 1997.)

Doctrina de la sentencia.—No todos los actos realizados por una sociedad mercantil tienen este último carácter, y concretamente no lo tienen ni el apoderamiento de procurador para comparecer en juicio, ni los actos que en

el procedimiento o para su intervención en él realizan los procuradores o los poderdantes de los mismos, actos que merecen un claro calificativo de civiles y a los que les resulta aplicables el mandato del artículo 1.721 del Código Civil, que autoriza la delegación del mandato civil, en que se traduce la relación entre la parte, siquiera sea una sociedad mercantil, y su correspondiente procurador.

El motivo segundo acusa infracción del principio general del derecho *In illiquidis non fit mora*, recogido por algunas resoluciones jurisprudenciales que cita, motivo este que no resiste el más sucinto análisis del mismo, pues en lugar de referirse el motivo al fundamento que reposa en dicho principio, que no es otro que el del débito de los intereses en los supuestos de acción judicial basado en una deuda no liquidada, en este supuesto lo que pretende amparar es, no la declaración de falta de mora que justifique el pago de intereses de la cantidad reclamada, sino la falta de justificación de la condena al pago del montante de la deuda, por entender que la misma, al no hallarse previamente liquidada, no origina un crédito apto para fundar en el mismo una sentencia condenatoria.

LA ADJUDICACION DE BIENES A LA COMISION LIQUIDADORA DE UNA SUSPENSION DE PAGOS ES «PARA PAGO» DE DEUDAS. (SENTENCIA DE 28 DE JUNIO DE 1997.)

Doctrina de la sentencia.—La *datio pro soluto*, significación de adjudicación del pago de las deudas, si bien no tiene una específica definición en el derecho sustantivo civil, aunque sí en el ámbito fiscal, se trata de un acto en virtud del cual el deudor transmite bienes de su propiedad al acreedor, a fin de que éste aplique el bien recibido a la extinción del crédito de que era titular, actuando este crédito con igual función que el precio en la compraventa, bien se catalogue el negocio jurídico que implica como venta, ya se configure como novación o como acto complejo, su regulación ha de acomodarse analógicamente por las normas de la compraventa, al carecer de reglas específicas, adquiriendo el crédito que con tal cesión se extingue, como viene dicho, la categoría de precio del bien o bienes que se entreguen en adjudicación en pago de deudas, en tanto que la *datio pro solvendo*, reveladora de adjudicación para el pago de las deudas, no tiene específica regulación en el artículo 1.175 del Código Civil, se configura como un negocio jurídico por virtud del cual el deudor propietario trasmite a un tercero, que en realidad actúa por encargo, la posesión de sus bienes y la facultad de proceder a su realización, con mayor o menor amplitud de facultades, pero con la obligación de aplicar el importe obtenido en la enajenación de aquéllos al pago de las deudas contraídas por el cedente, sin extinción del crédito en su totalidad, pues que, salvo pacto en contrario, el deudor sigue siéndolo del adjudicatario en la parte del crédito a que no hubiese alcanzado el importe líquido del bien o bienes cedidos en adjudicación, toda vez que ésta sólo libra de responsabilidad a tal deudor por el importe líquido de los bienes cedidos en adjudicación, como expresamente previene el meritado artículo 1 175 del Código Civil, no generando, en consecuencia, el alcance de efectiva compraventa, que es atribuible por el contrario a la adjudicación en pago de deudas o *datio pro soluto*. La diferencia es terminante por lo que respecta a la traslación de título real, puesto que así como la cesión sólo atribuye la posesión de los bienes con un carácter perso-

nal que permite al acreedor efectuar la venta para cobrarse con su importe, en cambio en la dación se produce una verdadera transmisión sin restricción ni cortapisa alguna.

INTERPRETACION DE CONTRATOS. PRIMACIA DEL PARRAFO 1.º DEL ARTICULO 1.281 DEL CODIGO CIVIL. (SENTENCIA DE 1 DE JULIO DE 1997)

Doctrina de la sentencia.—La jurisprudencia de este Tribunal constantemente viene declarando la primacía del criterio literal del párrafo 1.º del artículo 1.281 y la subsidiariedad de los restantes criterios hermenéuticos, desde el del párrafo 2.º del mismo artículo hasta el del artículo 1.289 del mismo cuerpo legal. Establece la Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de abril de 1988, que la investigación de la intención de las partes contratantes prevista en el artículo 1.282 del Código Civil, solamente cabe cuando, conforme al artículo 1.281 del Código Civil, las palabras usadas en el contrato pareciesen contrarias a aquella intención, porque la finalidad de este artículo radica en evitar que se tergiverse lo que aparece claro o que se omita, sin aclarar, lo que se ofrece oscuro, siendo factor decisivo de interpretación en el primer supuesto las palabras empleadas, y en el segundo la intención evidente de los contratantes.

TODA INDEMNIZACION DE DAÑOS Y PERJUICIOS ENTRAÑA UNA DEUDA DE VALOR. (SENTENCIA DE 14 DE JULIO DE 1997.)

Doctrina de la sentencia.—Las deudas indemnizatorias conducentes a la reparación de daños y perjuicios tienen el carácter de deudas de valor, por lo que su cuantía ha de determinarse con referencia no a la fecha en que se produjo la causa originadora del perjuicio, sino a aquella en que se liquide el importe en período de ejecución de sentencia.

Siendo deuda de valor la de indemnización de daños y perjuicios, es plenamente correcto lo realizado por el auto aquí recurrido, en el sentido de revalorizar la cantidad inicial de 365.000 pesetas (importe de los daños y perjuicios en 22 de diciembre de 1967), con arreglo a la depreciación monetaria.

La Sentencia de 4 de febrero de 1992, después de reiterar la consolidada doctrina jurisprudencial antes expuesta (de que toda indemnización de daños y perjuicios entraña una deuda de valor), agrega que, no obstante ello, en ningún caso se puede rebasar el límite fijado por el propio actor.

EL INCUMPLIMIENTO DE REQUISITOS FISCALES NO AFECTA A LAS RELACIONES CIVILES. EL EJERCITAR UNA ACCION CONTRADICTORIA DEL DOMINIO LLEVA IMPLICITA LA PETICION DE NULIDAD DEL ASIEN TO. (SENTENCIA DE 16 DE JULIO DE 1997.)

Doctrina de la sentencia.—Esta Sala ha mantenido (Sentencia de 20 de marzo de 1992) que el incumplimiento de requisitos fiscales no afecta a las relaciones civiles, puesto que las normas fiscales no son bastantes para enervar el derecho reconocido regulado en las leyes civiles, ni autorizan otra cosa

que la adopción de medidas y correcciones disciplinarias en ellas establecidas, por lo que no son aptas para apoyar un recurso de casación civil.

La Sentencia del Tribunal Constitucional 141/1988, de 12 de julio, declaró inconstitucional la prohibición de que los Tribunales admitan documentos que puedan afectar al derecho a la acción, por no estar liquidados del impuesto correspondiente, y es asimismo inconstitucional negar fuerza probatoria a tales documentos: es una limitación innecesaria al ejercicio de derechos reconocidos en el artículo 24 de la Constitución.

La más reciente y ya consolidada doctrina de esta Sala, matizando las consecuencias en la esfera del proceso del principio de legitimación registral, tiene declarado que, superando una interpretación rigorista del precepto contenido en el párrafo 2.º del artículo 38 de la Ley Hipotecaria, que exigía el ejercicio previo o al menos coetáneo con la acción contradictoria del dominio inscrito, de la acción dirigida a obtener la cancelación o nulidad del asiento registral, se pasa a la actual, más acertada desde el plano hermenéutico jurídico-social y flexibilizadora del tráfico jurídico, estableciendo que el hecho de haber ejercitado el actor una acción contradictoria del dominio que figura inscrito a nombre de otro en el Registro de la Propiedad, sin solicitar nominal y específicamente la nulidad o cancelación del asiento contradictorio, lleva claramente implícita esta última petición y no puede ser causa de que se deniegue la formulada respecto a la titularidad dominical.

LA PRUEBA DE PRESUNCIONES EXIGE UN PRESUPUESTO FACTICO. (SENTENCIA DE 16 DE JULIO DE 1997)

Doctrina de la sentencia —El uso de la prueba de presunciones no establecidas por la Ley (la llamada *presumptio hominis* o *presumptio facti*) exige ineludiblemente la existencia de un presupuesto fáctico que esté completamente probado o acreditado (art 1 249 del Código Civil), que es el llamado hecho-base, del cual ha de extraerse la deducción o conclusión probatoria correspondiente, el llamado hecho-consecuencia, debiendo necesariamente existir entre aquél y éste un enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano, que no son otras que las del raciocinio lógico.

Como la sentencia aquí recurrida no dice cuáles son los hechos que considera probados, no es posible conocer cuál sea para ella el hecho-base, ni por tanto se puede determinar tampoco si el que la referida sentencia, mediante unas confusas y ambiguas frases, parece ser que considera como hecho-consecuencia, guarda ese enlace preciso y directo, según las reglas del criterio humano, con ese desconocido hecho-base

J. Q. S.

NO SE PUEDEN ALEGAR COMO INFRINGIDOS AL MISMO TIEMPO EL PARRAFO 1º DEL ARTICULO 1.281 Y LOS ARTICULOS SIGUIENTES, PUES ELLO CREA CONFUSIONISMO. (STS DE 19 DE SEPTIEMBRE DE 1997)

No se pueden citar como infringidos, tal como hace el motivo, todos los preceptos que cita en bloque, porque el artículo 1.281 del Código Civil consta de dos párrafos previstos para supuestos distintos y el 1.282 es supletorio del

párrafo 2.º del artículo 1.281 y no de primero y si las reglas interpretativas contenidas en los artículos 1.281 a 1.289 del Código Civil forman un conjunto armónico entre sí, todas están subordinadas al párrafo primero del artículo 1.281, que tiene rango preferencial y prioritario, de manera que la indagación sobre la intencionalidad de las partes es necesaria si la claridad de los términos de los contratos deja dudas sobre su sentido, pero por ello no pueden alegarse como infringidos al mismo tiempo el párrafo 1.º del artículo 1.281 y los demás artículos que complementan el párrafo 2.º, por todo lo cual y por no ser ilógica o absurda, ha de mantenerse la interpretación de los Tribunales de instancia con fracaso del motivo.

LA INTERPRETACION DE LOS CONTRATOS ES FACULTAD DE LOS TRIBUNALES DE INSTANCIA. (STS DE 19 DE SEPTIEMBRE DE 1997.)

Inaplicación del artículo 1.281 del Código Civil, al reputarse la indemnización solicitada en la demanda y concedida en la sentencia como fruto de una cláusula penal, planteando con ello una cuestión nueva, no entablada en los criterios alegatorios de la primera instancia, por lo que, ni puede ser objeto de otro tratamiento en la segunda instancia que la de su rechazo a límite, ni cabe tampoco entenderse válidamente planteada en esta vía de casación, toda vez que ello comportaría una flagrante indefensión de la contraparte, que se vería, así, privada de su facultad de alegar y probar en tiempo y forma lo que a su derecho entendiera ser conveniente.

ACCION PAULIANA Y RESCISION IMPROCEDENTE DE COMPRAVENTA DE BIENES QUE RESULTARON EMBARGADOS EN JUICIO EJECUTIVO (STS DE 15 DE SEPTIEMBRE DE 1997.)

El artículo 1.111 del Código Civil autoriza el ejercicio de la acción paulatina, de naturaleza indudablemente subsidiaria, la que permite a los acreedores a fin de cobrar lo que se les adeuda y después de haber perseguido los bienes del deudor, impugnar los actos dispositivos llevados a cabo por éste en fraude y perjuicio de los derechos de aquéllos. Su ejercicio impone no sólo la preexistencia de un crédito exigible, sino que previamente y de forma inexorable se haya procedido contra los bienes pertenecientes al que resulte deudor principal. Estos requisitos los confirma y apunta el artículo 1.291-3º a efectos de la rescisión de los contratos fraudulentos, al partir de la premisa fundamental consistente en que los acreedores no puedan de otro modo obtener la satisfacción de sus créditos.

El artículo 1.294 del Código Civil sujeta la acción rescisoria al supuesto de que el acreedor carezca de otro recurso o medio legal para obtener la reparación de perjuicios, que aquí no se han producido, conforme a lo que se deja estudiado. Hay que añadir que el supuesto enjuiciado se refiere a fiadores solidarios y es la insolvencia de todos ellos la que debe ser tenida en cuenta. El Banco demandante no acreditó la debida y exigida diligencia en la persecución de los bienes embargados, pues después de haber seguido juicio ejecutivo y obtener sentencia favorable de remate, no agotó el procedimiento de apremio, en el cual la peritación de lo trabado pondría de manifiesto la suficiencia o insuficiencia de la cobertura de su crédito. En definitiva, no de-

mostró la imposibilidad de obtener su cumplida satisfacción, así como que se da ausencia de todo otro recurso legal para obtener el pago de lo adeudado, claudicando de esta manera por su base el artículo 1.111

PRESCRIPCION DE LA RECLAMACION DEL PAGO DE CUOTAS DE UN CONTRATO DE LEASING, INSTRUMENTADAS EN LETRAS DE CAMBIO AVALADAS, AL HABER SIDO EJERCITADA LA ACCION CAMBIARIA, AUNQUE TAMBIEN LO HUBIERA SIDO POR APLICACION DEL ARTICULO 1.966-2.º DEL CODIGO CIVIL. (STS DE 24 DE MAYO DE 1997.)

Teniendo en cuenta que la clase de acción ejercitada en un proceso (aunque el demandante no le dé nombre alguno) viene determinada por los hechos que le sirven de soporte fáctico (*causa petendi*) en relación con los fundamentos jurídicos que se invoquen como aplicables a los mismos y con el *petitum* de la propia demanda, en el presente supuesto litigioso ha de llegarse a la conclusión de que la acción ejercitada por el cauce procesal de un juicio declarativo ordinario de menor cuantía, fue la cambiaria derivada de las letras de cambio acompañadas con la demanda, siendo ello así, resulta evidente que la misma había prescrito, de conformidad con lo preceptuado en el artículo 950 del Código de Comercio.

Para el supuesto de que se entendiera que la acción ejercitada no era la cambiaria, sino la derivada del contrato de *leasing*, ha de concluirse que todas las rentas o cuotas mensuales del contrato de *leasing* litigioso, cuyo pago se reclama a través de este proceso, habían ya prescrito, por cuanto que todas ellas habían vencido desde hacía más de cinco años con respecto a la fecha en que fue promovido el referido proceso, y ello porque las rentas o cuotas que sucesiva y periódicamente vayan venciendo, le es aplicable el plazo de prescripción de cinco años que establece el número 2 del artículo 1.966 del Código Civil, pues si bien el mismo se refiere literalmente a los arriendos de fincas rústicas o urbanas, también ha de considerarse subsumible en el mismo cualquier arrendamiento de cosa mueble, al ser idéntica la *ratio legis*.

INEXISTENCIA DE CONDICION SUSPENSIVA PARA LA DETERMINACION DEL PRECIO EN SUPUESTO DE PRORROGA TACITA DEL CONTRATO. (STS DE 24 DE JULIO DE 1997)

La sentencia recurrida parte de que el contrato se perfeccionó desde el momento de su firma, pero se suspendió su efectividad hasta el 9 de octubre de 1991 (esto si auténtica condición suspensiva), fecha en que inició su andadura la Compañía Arnáiz, permaneciendo su vigencia hasta el 31 de diciembre del propio año, como se pactó, pero prorrogándose por un año más, hasta el 31 de diciembre de 1992, al no haberse denunciado unilateralmente su resolución hasta el 14 de enero de 1992, cuando el propio contrato requería que tal denuncia se produjese con seis meses de antelación, extremo que, si bien es cierto no se pudo cumplir, no puede interpretarse por sí solo como para dar por concurrentes los requisitos de la denuncia unilateral, dada la previsión de que el contrato durase como mínimo el año y se prorrogase por la tácita durante un tiempo indefinido, es decir, con vocación de durar; y por eso la Audiencia, también con acierto, toma como

tiempo a indemnizar solamente el que comprende esa prórroga. La estipulación del contrato sobre modificación de precios, establece que los correspondientes a las prórrogas se determinarían de mutuo acuerdo entre las partes, tomando como referencia las tarifas vigentes en cada momento de la renovación, pero tal aspecto que no contempla un hecho futuro o incierto, ni un hecho pasado que los interesados ignoren, no puede en ningún caso considerarse una condición en sentido técnico, pues no lo son las llamadas cláusulas o condiciones estipuladas en los contratos referentes a las prestaciones de las partes y la condición no se presume, debiendo probarse que la obligación se subordina a un hecho futuro e incierto, lo que aquí no ocurre, por lo que no son de aplicar los preceptos que se citan referentes a la condición en sentido técnico.

EN LA SUBASTA DE BIENES INMUEBLES LA APROBACION DEL REMATE EQUIVALE AL PERFECCIONAMIENTO DE LA OPERACION, SIENDO LA ESCRITURA LA OPERACION DE CONSUMACION DEL ACTO ENAJENATORIO. (STS DE 1 DE SEPTIEMBRE DE 1997.)

La supuesta equivalencia entre el expresado auto y la escritura pública es la que debe analizarse en función de las normas aplicables. La voluntad que manifiesta el artículo 1.533 LEC, es la de fijar el *dies ad quem* eligiendo como punto final el acto de consumación (cuando la cosa pasa a poder del rematante) en vez del acto de perfeccionamiento (coincidencia de voluntades). Con independencia de la impropiedad que suponga el empleo del término venta para identificar la enajenación forzosa que se lleva a cabo mediante subasta judicial, es lo cierto que, en todo caso, el precepto que se examina exige que la repetida enajenación forzosa no sólo se haya perfeccionado sino también que se haya consumado. Y es lógico que así sea puesto que en nuestro sistema jurídico el contrato de compraventa no transmite la propiedad si no va seguido de la tradición. En el supuesto de subasta de bienes inmuebles la aprobación del remate equivale al perfeccionamiento de la operación, en tanto que la escritura (que confiere la posesión civilísima) sería la operación de consumación del acto procesal enajenatorio.

En la actualidad, después de la Ley 10/92, la modificación introducida que elimina la escritura y revaloriza el auto de aprobación del remate al configurar el testimonio del mismo con las circunstancias que expresa, en título bastante para la inscripción registral, no significa que se trastoquen los conceptos legales a que responde el sistema, pues sigue siendo el momento en el que el adquirente entra en posesión civilísima del inmueble el que hace claudicar la oportunidad de la tercera de dominio. Así pues, promulgada la Ley 10/92, la consumación de la enajenación se produce, conforme al artículo 1.514, con la expedición del testimonio del auto de aprobación del remate y demás requisitos (art. 1.515).

INEXISTENCIA DE LITISCONSORCIO ACTIVO NECESARIO. (STS DE 27 DE MAYO DE 1997.)

La figura del litisconsorcio activo necesario no está reconocida jurisprudencialmente, pues no se puede obligar a varios actores a litigar unidos contra

otros. Así como es conocido el origen jurisprudencial del litisconsorcio activo necesario, cabe señalar que nadie puede ser obligado a litigar, ni solo, ni unido con otro, la consideración de que la disponibilidad del sujeto demandante sobre el objeto de la demanda, no puede ejercitarse sino en forma conjunta o mancomunada con otro sujeto, se traduciría en una falta de legitimación activa, que como tal carecería de un presupuesto preliminar a la consideración del fondo, pero basado en razones jurídico-materiales, lo que debe conducir a una sentencia desestimatoria, pero nunca a una apreciación inexistente, legal y jurisprudencial.

ACREDITADA LA EXISTENCIA Y VALIDEZ DEL CONTRATO POR PRUEBAS DIRECTAS NO CABE ACUDIR A LA DE PRESUNCIONES PARA PROBAR LA EXISTENCIA DE SIMULACION. (STS DE 24 DE MAYO DE 1997.)

No hay necesidad de acudir a la prueba de presunciones que autorizan los artículos 1.215 y 1.253 del Código Civil ante las grandes dificultades que encierra la prueba plena de la simulación de los contratos por el natural empeño que ponen los contratantes en hacer desaparecer todos los vestigios de la simulación y por aparentar que el contrato es cierto y efectivo reflejo de la realidad, no obstante el motivo no puede ser acogido, ya que la sentencia de instancia declara probada la existencia y realidad de los contratos de compraventa celebrados entre las partes, asimismo declara la existencia de un precio cierto, de pago aplazado. De manera que apreciada la existencia de los contratos por las pruebas directas apreciadas en la instancia, se hace innecesario el uso de la prueba indirecta de presunciones.

NO SE TRANSFORMA EN PAGADOR DE LO INDEBIDO EL TERCERO QUE PAGA POR EL DEUDOR, IGNORANDO SU SOLVENCIA ECONOMICA HASTA EL PUNTO DE QUE POCOS DIAS DESPUES DEL PAGO SE ADMITE A TRAMITE SU SUSPENSION DE PAGOS (STS DE 15 DE OCTUBRE DE 1997.)

El hecho probado y no impugnado se centra en que no se dio ninguna orden escrita ni verbal a la Caja por Autoservicios Serafín, S. A., para la compra del pagaré de Intra. Fue, según la Audiencia, la propia Caja la que unilateralmente efectuó la compra con el importe de un anterior pagaré de Intra Corporación Financiera, S. A., que había vencido, «sin impugnación en contrario a tan específica forma de imposición a plazo» Así las cosas, aceptado por la actora esa conducta unilateral de la demandada, es evidente que era acreedora de Intra, y que la Caja comisionista pagó el importe del pagaré (lo que era obligación de Intra). Asumió así una tarea a la que no estaba obligada con la actora, y este pleito nace de la suspensión de pagos a los pocos días de Intra. La propia recurrente lo viene a reconocer así. En realidad, lo que en el momento del abono del pagaré fue un pago por tercero, después de la susodicha suspensión de pagos es un pago por error, al que hay que aplicarle la normativa de los artículos 1.895 y siguientes. Se hacen recaer así las consecuencias de obrar poco prudente de la recurrente sobre la entidad recurrida, en lugar del deudor suspenso, lo que no puede ser admitido. El error de la solvencia del deudor no legitima al tercero, que pagó por él cons-

cientemente de que la deuda existía entre A. Serafín, S. A., e Intra, en pagador de lo no debido.

LA DECLARACION DE SOLIDARIDAD OBLIGACIONAL PROCLAMADA POR ESTA SENTENCIA DICTADA EN EL ORDEN JURISDICCIONAL SOCIAL DESTRUYE LA PRESUNCION DE MANCOMUNIDAD QUE AMPARA TODA OBLIGACION MULTIPLE. (STS DE 19 DE SEPTIEMBRE DE 1997.)

El artículo 1.138 del Código Civil establece la presunción *iuris tantum* de estimar mancomunada toda obligación en la que concurren varios acreedores o varios deudores; desprendiéndose además, en su redacción, que el crédito o la deuda han de estimarse divididos en tantas partes como acreedores o deudores existan.

Y es ahora cuando hay que proclamar que la obligación existente entre el recurrente y la entidad recurrida no se puede catalogar como ínsita en el área de las obligaciones mancomunadas, por una simple razón derivada del dato de que dicha obligación es de naturaleza solidaria, o sea, regida por los artículos 1.137 y 1.141 del Código Civil, y así se desprende de la parte dispositiva de la sentencia firme dictada en la entonces Magistratura de Trabajo que acoge la solidaridad en la deuda impuesta por la legislación laboral protectora de los salarios de los trabajadores (art. 42.2 ET).

En resumen, la presunción de mancomunidad que pretende la parte recurrente aparece destruida por una resolución judicial firme de la que surge la obligación-nexo, entre las partes de este recurso.

I. I. M.

TERCERIA DE DOMINIO. FALTA DE REQUISITOS PARA EL EXITO DE LA ACCION EJERCITADA. (SENTENCIA DE 26 DE ABRIL DE 1997.)

El Juzgado de Primera Instancia número 1 de Castellón de la Plana en Sentencia de 20 de noviembre de 1989 desestima la demanda. La Audiencia Provincial de Valencia (Sección 7.ª) en Sentencia de 25 de febrero de 1993 estima parcialmente el recurso de apelación.

El recurso de casación no prospera.

Doctrina de la sentencia.—Como premisa genérica la doctrina mantiene que el Tribunal de apelación es el soberano de la apreciación de la prueba, salvo que la misma resultase ilógica y contraria a las máximas de experiencia o a las normas de la sana crítica.

En lo que a nuestra litis se refiere el núcleo fundamental se encuentra en la identificación y ubicación de las fincas que son objeto de cuestión. De ahí que para la estimación de la demanda de tercera se exige una perfecta identificación de los inmuebles objeto del litigio y una efectiva colisión de los terceristas que no justificaron tener registrada a su favor la finca reclamada con fecha anterior a la inscripción del crédito del actor ejecutante de donde se deduce que no se ha infringido regla alguna de preferencia registral.

INCUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES CONTRACTUALES. EL ERROR DE AMBAS PARTES NO AUTORIZA A EXIGIR INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS POR LA COMPRADORA A LA VENDEDORA PERO SI QUE DA LUGAR A ACCIONES RESOLUTORIAS, ANULATORIAS O DE DESISTIMIENTO (SENTENCIA DE 30 DE ABRIL DE 1997)

El Juzgado de Primera Instancia número 10 de Bilbao en Sentencia de 18 de noviembre de 1992 desestima la demanda. La Audiencia Provincial de Vizcaya (Sección 5.ª) en Sentencia de 29 de marzo de 1993 estima parcialmente el recurso de apelación.

Prospera el recurso de casación.

Hechos—Estudia el presente litigio que el error sobre la causa no obliga a exigir una indemnización por daños con motivo de ejecutar un proyecto de edificación ya vendido y que se demuestra inejecutable, y además mediando dicho error comúnmente detectable por los profesionales.

Doctrina de la sentencia.—La sentencia recurrida da por probado el que compradora y vendedores, cuando otorgan escritura pública de compraventa, actúan en creencia de que la edificación era posible y el proyecto realizable sin adición superficial alguna. No puede contravenir el cumplimiento de una obligación una parte respecto de la otra cuando ambas y al mismo tiempo de ejecutar el contrato entregan lo que venían obligados, el precio y la cosa. Las partes en todo caso actuaron en la creencia de que la edificación era posible. Pero la imposibilidad de la construcción fue rápidamente evidenciable, y según el informe pericial fue fruto de un error de cálculo en la medición total del proyecto.

Nos encontramos, pues, ante un evidente supuesto de incumplimiento de las obligaciones contractuales que han causado un daño no imputable a la parte compradora quien cumplió con sus obligaciones abonando el precio. Y este incumplimiento no es otro que el de la venta de un proyecto que no era realizable en el terreno que se vendía y que él había encargado a unos profesionales, de los que debe responder y ello aunque el proyecto lo llevaran a cabo distintos profesionales, que se limitan a ejecutar lo ya proyectado, observando entonces la falta de terreno, por cuanto a su edificabilidad entiende la Sala que se comprometían con la venta del mismo, tal y como se infiere del tenor literal de las cláusulas de dicho contrato, por lo que deberá indemnizar en base a lo dispuesto en el artículo 1.101 del Código Civil, al contravenir el tenor de sus obligaciones.

En otro orden de cosas, se observa que en los razonamientos de la sentencia de la Audiencia es ostensible la contradicción, pues si por un lado admite que ha existido un error común de las partes (vendedora y compradora), ambas expertas en la construcción, no es lógico que a continuación impute un incumplimiento contractual a los vendedores responsabilizándoles por ello de los daños y perjuicios que la compradora dice hacer sufrido. No hay ninguna obligación contractual asumida por los primeros respecto a la segunda garantizándole la viabilidad del proyecto, sólo una mera cesión onerosa del mismo, que por sí misma no puede llevar implícita ninguna garantía de ejecutabilidad. Lo que ha existido es simplemente un error común de ambas partes contratantes sobre la causa de la compraventa, que según consta en la escritura pública fue la construcción de viviendas de protección oficial sobre las

fincas que se adquirirían con un determinado proyecto, lo cual no era posible con el que los vendedores habían encargado a sus técnicos, circunstancia desconocida para ellos y la compradora. No hay duda que el error en este elemento del contrato (la causa) pudiera dar lugar a las acciones resolutorias, anulatorias o de desestimiento contractual oportunas, pero de ningún modo cabe atribuir las consecuencias a una sola de las partes (los vendedores), pues si ellos deberían haber sabido lo que vendían, no es menos cierto que se debería haber podido fácilmente detectar el error a través de los técnicos como mínimo antes de comenzar las obras, como sociedad dedicada a la construcción y abstenerse de obrar.

IMPROCEDENTE RECLAMACION DE CANTIDAD CON BASE EN UN DOCUMENTO NO VINCULANTE (SENTENCIA DE 5 DE MAYO DE 1997.)

El Juzgado de Primera Instancia número 1 de Vigo en Sentencia de 22 de mayo de 1992 estima parcialmente la demanda. La Audiencia Provincial de Pontevedra (Sección 2.ª) en Sentencia de 19 de abril de 1993 confirma la dictada en Primera Instancia.

El recurso de casación triunfa

Doctrina de la sentencia.—En el presente supuesto nos encontramos con una estipulación frente a terceros que debe ser declarada nula al tratarse de una orden de imposible cumplimiento, porque para que un tercero pueda exigir ese cumplimiento de una obligación concedida a su favor es preciso que se comunique esa aceptación a la obligada. En realidad, la *ratio decidendi* de la sentencia recurrida se apoya en el carácter vinculante que tiene para la recurrente el compromiso adquirido por los codemandados con respecto al actor.

CULPA EXTRA CONTRACTUAL. (SENTENCIA DE 3 DE MAYO DE 1997.)

El Juzgado de Primera Instancia de los de Utrera, en Sentencia de 29 de abril de 1991 desestima parcialmente la excepción de falta de personalidad del Procurador de la parte actora, y estima también parcialmente la demanda. La Audiencia Provincial de Sevilla (Sección 6.ª) en Sentencia de 19 de enero de 1993 estima en parte los recursos interpuestos.

No triunfa el recurso de casación.

Hechos.—Con motivo de la conducción de un tractor durante su jornada de trabajo, don José Jiménez Caro sufre un accidente mortal al salirse dicho vehículo y el remolque que el mismo portaba del camino y precipitarse a un colector de aguas.

Doctrina de la sentencia.—Ante el supuesto que ahora estamos estudiando, viene la jurisprudencia de la Sala aplicando la doctrina de la causalidad adecuada o eficiente. Se opta decididamente por soluciones y criterios que permitan valorar en cada caso si el acto antecedente que se presenta como causa tiene virtualidad suficiente para que del mismo se derive como consecuencia necesaria el efecto dañoso producido y que la determinación del nexo causal

debe inspirarse en la valoración de las condiciones o circunstancias que el buen sentido señale en cada caso como índice de responsabilidad, y todo ello porque se viene repitiendo que si bien el artículo 1.902 del Código Civil descansa en un principio básico culpabilista, no es permitido desconocer que la diligencia requerida comprende no sólo las prevenciones y cuidados reglamentarios, sino además todos los que la prudencia imponga para prevenir el evento dañoso con intervención de la carga de la prueba y presunción de conducta culposa en el agente, así como la aplicación de la responsabilidad basada en el riesgo, aunque sin erigirla en fundamento único de la obligación de resarcir, todo lo cual permite entender que para responsabilizar una conducta, no sólo ha de atenderse a esa diligencia exigible según las circunstancias personales de tiempo y lugar, sino además, al sector del tráfico o entorno físico y social donde se proyecta la conducta para determinar si el agente obró con el cuidado, atención y perseverancia apropiados y con la reflexión necesaria que evita el perjuicio.

En el caso concreto que nos ocupa consta la conducta omisiva del propietario del tractor al prescindir de un elemento de protección establecido reglamentariamente (cabina de seguridad) y unido a la inversión de la carga de la prueba, a la presunción de culpabilidad y a la teoría del riesgo, surgiendo la obligación reparadora de la concurrencia de culpa, por levisima que sea, impide que pueda impugnarse la valoración realizada por la Sala de instancia, máxime cuando el camino no estaba en buenas condiciones, lo que implica un especial peligro, pues si es cierto que el pórtico de seguridad está pensado para caso de vuelco, supuesto más frecuente en los accidentes de los tractores, ello no implica deje de significar una mayor protección que su ausencia en los demás accidentes, sin que pueda tampoco especularse con las reacciones que hubiera podido tener el tractorista, al que sin duda tenían que haberse proporcionado cuantos medios pudieran contribuir a su defensa, entrando en caso contrario la presunción *iuris tantum* de culpabilidad y la tendencia objetivadora que no acredita haber procedido con la diligencia debida cuando la simple observancia de las disposiciones reglamentarias para evitar los daños previsibles y evitables no han ofrecido un resultado positivo, revelando la ocurrencia del daño su insuficiencia, y por ello por lo que ha de apreciarse aún la concurrencia de culpa en los propietarios si han omitido incluso la adopción de medidas de seguridad exigidas reglamentariamente y esto hace innecesario acudir siquiera a la inversión de la carga probatoria o a la doctrina del riesgo para declarar la existencia de culpa y su nexo causal con el resultado lesivo.

EFFECTIVIDAD DE LA ACCION REVOCATORIA CON REINTEGRO DE LOS BIENES FRAUDULENTAMENTE ENAJENADOS. (SENTENCIA DE 5 DE MAYO DE 1997)

El Juzgado de Primera Instancia número 3 de Zaragoza en Sentencia de 23 de marzo de 1992 desestima la demanda. La Audiencia Provincial de Zaragoza (Sección 2.ª) en Sentencia de 25 de marzo de 1993 desestima íntegramente el recurso de apelación.

No prospera el recurso de casación.

Hechos —Oposición al embargo trabado por la Administración sobre una finca donada por los padres del apelante al mismo.

Doctrina de la sentencia.—En el caso que nos ocupa el crédito consiste en la reclamación de impuestos devengados con anterioridad a la fecha en que la donación se efectuó, y por lo que se refiere al carácter fraudulento de la donación bastaría someter el relato fáctico al precepto del artículo 1.297 del Código Civil para comprender la aplicabilidad al supuesto de autos de la presunción que en el mismo se formula y que consiste en que se reputan fraudulentas las enajenaciones gratuitas de bienes que en el caso de la donación se produce de padres a hijos, con reserva de uso y habitación para los donantes.

ACCION RESCISORIA CONTRACTUAL APLICACION DEL PRINCIPIO «IURA NOVIT CURIA» SIEMPRE QUE SEAN RESPETADOS LOS HECHOS Y NO SEA ALTERADA LA «CAUSA PETENDI». (SENTENCIA DE 6 DE MAYO DE 1997.)

El Juzgado de Primera Instancia número 1 de Córdoba en Sentencia de 12 de diciembre de 1992 estima parcialmente la demanda. La Audiencia Provincial de Córdoba, en Sentencia de 11 de marzo de 1993 desestima los recursos de apelación interpuestos

No prospera el recurso de casación.

Hechos.—La parte recurrente basa su tesis impugnatoria en el dato derivado de la existencia de un anterior juicio en el que el recurrido esgrime una pretensión procesal totalmente discordante, con la que mantiene en el actual, pues si el primero solicitaba la validez y eficacia de determinados negocios jurídicos, en el segundo solicita su anulación y rescisión.

Doctrina de la sentencia.—Visto lo que acabamos de exponer, el principio general del derecho de que nadie puede ir válidamente contra sus propios actos ha sido sancionado desde antiguo por la jurisprudencia de la Sala, que tiene declarado que los actos propios contra los cuales no es lícito accionar son aquéllos que, por su carácter trascendental o por constituir concreción, causan estado, definiendo inalterablemente la situación jurídica de su autor o, aquéllos que vayan encaminados a crear, modificar o extinguir algún derecho, por lo que el citado principio sólo tiene aplicación cuando lo realizado se oponga a los actos que hubieran creado una relación o situación de derecho que no podía ser alterada unilateralmente por quien se hallaba obligado a respetarla

Ahora bien, en el presente caso, aunque en principio la postura procesal de la parte recurrida pudiera parecer contradictoria, sin embargo, si se analizan los juicios, se verá que tanto en su aspecto positivo de obtener una convalidación como en el negativo de conseguir una nulidad, se obtiene una premisa clara y concreta: obtener el mantenimiento en todo su contexto de una comunidad hereditaria en la que están interesados tanto la parte recurrente como la recurrida, aunque para ello se hayan de adoptar posturas procesales que pudieran parecer contradictorias pero que nunca podrán suponer una acción dirigida contra los propios actos.

Así las cosas, para que la acción rescisoria pueda ser ejercitada válidamente, no es preciso que se inste una acción rescisoria —como ha sucedido en nuestro caso— y si se estima que está correctamente formulada cuando en términos más o menos técnicos se pedía la nulidad de una venta (que es

también un fin primordial de la acción rescisoria). En la sentencia recurrida se proclama la rescisión de un contrato de compraventa pero no se acuerda ni ordena algo en relación a una posible indemnización de perjuicios, la reclamación de dicha compensación económica se ha de efectuar cuando no se haya podido rescindir el negocio jurídico afectado, circunstancia que no se da en nuestro caso, y para el contrato de compraventa cuyo objeto ha sido una plaza de garaje, que ha sido de pleno afectado por la acción rescisoria. Sí, en cambio, se ha aplicado correctamente en relación con la compraventa del solar, puesto que en este caso al haber actuado los compradores de buena fe, no procede el reintegro del mismo a la masa hereditaria, pero sí su valor que vendrá dado por el beneficio obtenido en concreto por el precio obtenido en tal operación de compraventa.

No se da en nuestro supuesto una incongruencia «extra» o *ultra petita*, sobre todo teniendo en cuenta la doctrina jurisprudencial de la Sala que establece la aplicación del principio *iura novit curia*, siempre que sean respetados los hechos y no sea alterada la *causa petendi*.

La parte recurrente confunde los intereses moratorios derivados del incumplimiento grave de las obligaciones asumidas en el contrato y como componentes de la indemnización de daños y perjuicios, procedentes de lo dispuesto en los artículos 1.101 y 1.108 del Código Civil, con los intereses legales/procesales regulados en el artículo 921 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y que, aunque ambos son propios intereses, pero de naturaleza y operatividad distinta, ya que los intereses legales, los últimos, al ser considerados como punitivos o sancionadores, nacen *ope legis*, sin necesidad de petición e incluso de expresa condena.

ACCION DE RELEVACION DE FIANZA. (SENTENCIA DE 7 DE MAYO DE 1997.)

El Juzgado de Primera Instancia número 5 de Palencia en Sentencia de 29 de mayo de 1992 estima la demanda. La Audiencia Provincial de Palencia (Sala de lo Civil) en Sentencia de 26 de marzo de 1993 desestima el recurso de apelación.

El recurso de casación prospera.

Hechos.—Don Nicolás Román Sánchez y don Enrique Masa Fombellida, junto con sus respectivas esposas, afianzaron mancomunada y solidariamente a Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Palencia una póliza de crédito en cuenta corriente, comprometiéndose a responder en caso de resarcimiento con todos sus bienes y futuros

Doctrina de la sentencia.—En la fundamentación del litigio, los actores interponen una acción de relevación de fianza, pero en esencia lo que suplican es la aplicación del artículo 1.838 del Código Civil, que estima la sentencia sin apercibirse de que la acción indemnizatoria contra el deudor no procede más que cuando el fiador haya pagado al acreedor, lo que todavía no ha sucedido, sino el embargo de bienes del deudor y fiadores en juicio ejecutivo promovido por el actor garantizado. Además, se confunde a los recurrentes con el deudor. Los actores concretan la demanda en la obtención de una relevación de fianza, lo que permite el artículo 1.843 del mismo texto legal. Esta acción se dirige exclusivamente contra el deudor y

tiende a obligarle a proporcionar al garante la cobertura necesaria por si tiene que hacer frente a la deuda garantizada, caso de que el acreedor no consienta en relevarle de la garantía, cosa que depende exclusivamente de su voluntad. Así las cosas, no se alcanza a comprender qué relación tiene un cofiador solidario con el artículo 1.843 citado, y se revela que dicho cofiador pueda ser obligado al pago de su deuda incluso antes de que el otro cofiador requerido de pago por el acreedor lo haya hecho efectivo. Además es necesario que para tutelar la acción de reintegro de un cofiador contra el otro se haya satisfecho la deuda al acreedor pues el cofiador no puede obligar a otro cofiador a ningún pago hasta que efectivamente lo haya hecho al acreedor afianzado.

LEY 32/1988, DE 12 DE NOVIEMBRE, DE MARCAS Y LEY 31/1991, DE 10 DE ENERO, DE COMPETENCIA DESLEAL. (SENTENCIA DE 8 DE MAYO DE 1997.)

El Juzgado de Primera Instancia número 1 de Murcia en Sentencia de 8 de abril de 1992 estima la demanda interpuesta. La Audiencia Provincial de Murcia (Sección 3.ª) en Sentencia de 2 de abril de 1993 estima el recurso de apelación.

No prospera el recurso de casación.

Hechos.—Aprovechamiento indebido de la reputación industrial y comercial de otro y de sus ventajas por la imitación de marcas ajenas. La cuestión litigiosa planteada en autos se reduce a determinar si las marcas y dibujos figurados en bolsas de infusiones empleadas y comercializadas por los contendientes son o no coincidentes.

Doctrina de la sentencia—La Ley confiere al registro de una marca el derecho exclusivo de utilizarla en el tráfico económico. De ahí también que el titular de una marca registrada pueda ejercitar las acciones que la Ley prevé frente a terceros que utilicen en el tráfico económico una marca o signo idéntico o semejante para distinguir productos o servicios idénticos o similares cuando la semejanza entre los signos y similitud entre los productos y servicios pueda inducir a errores, pudiendo además el titular de la aludida marca ir contra quien lesione su derecho y exigir las medidas necesarias para su salvaguardia. La Ley considera *desleal* el aprovechamiento indebido en beneficio propio o ajeno de las ventajas de la reputación industrial, comercial o profesional adquirida por otro en el mercado. En particular, se reputa desleal el empleo de signos distintivos ajenos o de denominaciones de origen falsas.

En base a lo expuesto, el criterio mantenido en la sentencia recurrida es que los envoltorios empleados no son idénticos sino, más bien, parecidos, pues los nombres de las marcas difieren de manera considerable y su representación gráfica es muy distinta, de forma que la similitud o parecido entre los envoltorios se limita al color de fondo de los dibujos. Esta conclusión fáctica que acabamos de exponer conduce ineludiblemente a la jurídica de no existir entre las marcas y diseños utilizados y registrados por la sociedad actora la necesaria y suficiente similitud o semejanza con los empleados por los demandados en punto a producir confusión en el mercado u originar en los usuarios de nivel medio el riesgo de asociar unos y otros productos.

PUBLICIDAD ILÍCITA ES: LA PUBLICIDAD ENGAÑOSA Y LA PUBLICIDAD DESLEAL, ENTRE OTRAS. (SENTENCIA DE 8 DE MAYO DE 1997.)

El Juzgado de Primera Instancia número 30 de Barcelona en Sentencia de 3 de abril de 1992 estima en parte la demanda. La Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 4.ª) en Sentencia de 15 de marzo de 1993 estima parcialmente el recurso de apelación.

No triunfa el recurso de casación.

. *Hechos*.—Ejercicio de acción de competencia desleal y alternativamente de publicidad ilícita a propósito de un determinado anuncio de un producto de tratamiento del agua de las piscinas.

Doctrina de la sentencia —Ya en la Constitución Española se proclama la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado y si bien se reconoce a todo ciudadano el derecho a ejercitar una actividad económica o empresarial, tal derecho no es absoluto e ilimitado, sino que, como en todo derecho, se establecen unos límites en su ejercicio que son la competencia ilícita, la usurpación de derechos de la propiedad industrial y la competencia desleal y una forma de manifestación de ésta, es precisamente la publicidad desleal.

La Ley califica de *publicidad ilícita*, entre otros supuestos, la publicidad engañosa y la publicidad desleal, definiendo la *engañosa* como la que induce o puede inducir a error a sus destinatarios pudiendo afectar a su comportamiento económico, y la *desleal* la considera como la que por su contenido, forma y presentación o difusión, provoca el descrédito, denigración o menosprecio, directo o indirecto de una persona, empresa o de sus productos, servicios o actividades. Vistos estos conceptos, toda persona con interés legítimo podría ejercitar su derecho, de ahí que la legitimación activa *ad causam* se defina como la cualidad de un sujeto que consiste en hallarse en la posición que fundamenta jurídicamente el reconocimiento de la pretensión que ejercita. En el caso presente consta como hecho que los productos fabricados por la demandante son productos químicos que al entrar en contacto con el agua liberan cloro, es decir, se produce una cloración. La cloración es el efecto de desinfectar con cloro el agua, lo que se consigue con compuestos químicos que al contacto con el agua liberan cloro. La publicidad a que se refiere este proceso data directamente de la cloración y del cloro, destacando sus inconvenientes y efectos perniciosos, así siendo la demandante fabricante de tales productos químicos, resulta afectada por la publicidad y el interés legítimo en ejercer las acciones que le brinda la ley general de publicidad.

Así las cosas, la sentencia de instancia declara que se pretende inducir a error a los destinatarios, lo que afectará a su comportamiento económico/adquisitivo, ya que resaltando los peligros del cloro y ocultando que su producto también tiene cloro, se falsean los resultados y la nocividad. Y al mismo tiempo se produce un indudable descrédito, denigración o menosprecio de los productos químicos que provocan la cloración. Hay una clara comparación del producto propio, anunciado con los productos químicos, con la cloración, con el cloro, que no se apoya en características esenciales, afines y objetivamente demostradas de los productos, es decir, no es objetiva, no se apoya en caracteres demostrados.

EXISTENCIA O NO DE MAQUINACION FRAUDULENTA. (SENTENCIA DE 10 DE MAYO DE 1997.)

El Juzgado de Primera Instancia número 3 de Santa Cruz de Tenerife en Sentencia de 31 de julio de 1986 estima parcialmente la demanda formulada. El recurso de revisión se desestima.

Hechos —Se ataca la validez y vigencia de un contrato suscrito por una Cooperativa de Automóviles y la empresa Mobil, S. A., por el arriendo de un inmueble destinado a estación de suministros petrolíferos, concretándose la maquinación en que en dicho contrato se declaró resuelto el contrato de arriendo por incorrecto e ilegal y, finalmente, se declaró la suspensión de pagos de la citada entidad.

Doctrina de la sentencia.—La desestimación de la demanda revisoria se justifica por las alegaciones que se aportan como integrantes de la maquinación al referirse a cuestiones de fondo, pues la recurrente contaba con documentos necesarios para la oportuna aportación. No se da situación de maquinación fraudulenta y no tienen encaje en tal concepto jurídico los alegatos revisorios. Así, conforme a reiterada doctrina de la Sala, se exige para la apreciación de concretas conductas que supongan el empleo de artificios, tretas, engaños o falacias que necesariamente se atribuyan a la parte que obtuvo sentencia favorable y que pretendan asegurar el resultado del pleito a su favor, causando indefensión en la contraria, lo que impone la concurrencia de pruebas.

CONTRATO DE OBRA POR AJUSTE A PRECIO ALZADO: ARTICULO 1.593 DEL CODIGO CIVIL. (SENTENCIA DE 10 DE MAYO DE 1997.)

El Juzgado de Primera Instancia número 2 de los de Alcañiz en Sentencia de 25 de marzo de 1993 estima parcialmente la demanda. La Audiencia Provincial de Teruel en Sentencia de 24 de mayo de 1993 estima parcialmente el recurso de apelación.

No prospera el recurso de casación

Doctrina de la sentencia —El caso objeto de nuestro análisis se ajusta a la siguiente premisa: por el contrato de obra una persona contratista se obliga respecto de otra comitente a la obtención de un resultado previsto por los contratantes y si el contratista aporta los materiales corre con el riesgo del perecimiento de lo construido mientras no verifique la entrega, pero el abono del precio puede pactarse por unidad de medida, por admisión, por unidades de tiempo trabajado o fijándose un precio alzado o global, tal como examinan las dos sentencias de instancia para concluir, la de la Audiencia por exclusión, pues nos encontramos ante esta última modalidad como incardinable en el artículo 1.593 del Código Civil.

En realidad, la interpretación de los contratos constituye facultad privativa de los Tribunales de instancia, que ha de prevalecer en casación salvo que las conclusiones obtenidas se muestren contrarias a un recto criterio o estén en pugna con las pautas legales que establecen que en caso de no alegarse ninguna norma valorativa de prueba que se considere infringida, ha de estarse a lo resuelto que consiste en que el contratista puso trabajo, materiales y ade-

más realizó la obra por ajuste a un tanto alzado, incidiéndose en hacer supuesto de la cuestión al mantener lo contrario, cosa prohibida en recurso extraordinario como el que nos ocupa, que no es una tercera instancia, cosa que sabe el recurrente, conociendo también que no tiene base para atacar la prueba pericial en que ambas sentencias se apoyan.

Respecto al artículo 1.593 del Código Civil, es incierto que la Audiencia entienda que al tratarse de una obra efectuada a tanto alzado no puede existir modificación de los precios fijados inicialmente, pues admite el aumento de obra. Y es que la Sala tiene declarado con reiteración que cuando hay aumento de obra por incremento de la construida o un mayor valor de lo ejecutado por superior calidad de los materiales empleados, el contratista, siempre que conste el consentimiento del comitente en cualquier forma, incluso tácita, tiene derecho al mayor precio, que puede ser contratado por las partes o pericialmente o por una simple diferencia de valor, pues el propio artículo 1.593 así lo permite, pero se ha aclarado que dicho precepto no contiene una norma imperativa o de derecho necesario, sino una regla interpretativa de la voluntad tácita de las partes, que no implica una limitación legal de la voluntad contractual, constituyendo un simple complemento de la misma, de manera que la fijación del mayor precio en el contrato de obra queda encomendado a la voluntad de los contratantes, pero si no llegan a acuerdo alguno, es llano que corresponde su determinación a los Tribunales a los que se acude con tal pretensión, debiendo realizar su labor interpretativa en búsqueda de cuál fue el concurso de voluntades, extremo en el cual tiene singular importancia aquello en que estuvieron conformes y los informes de los directores técnicos de obras, en consonancia con el dictamen pericial emitido en el proceso, máxime si éste señala, como en el caso que nos ocupa, cuál es la costumbre al respecto y lo fallado se ajusta a ello, porque ha de estarse a todas las consecuencias que, según la naturaleza del contrato, sean conformes a la buena fe, al uso y a la Ley.

IMPROCEDENCIA DEL DESAHUCIO Y PRIVACION DEL DESAHUCIADO.
(SENTENCIA DE 12 DE MAYO DE 1997.)

El Juzgado de Primera Instancia número 9 de Valladolid en Sentencia de 2 de abril de 1992 aprecia la excepción de falta de litisconsorcio pasivo necesario. La Audiencia Provincial de Valladolid (Sección 1.ª) en Sentencia de 25 de mayo de 1993 estima el recurso interpuesto.

No ha lugar al recurso de casación.

Doctrina de la sentencia.—En el presente pleito de responsabilidad profesional no cabe entender violada la *lex artis* porque declarado probado que la resolución del contrato de arrendamiento se produjo como consecuencia de la decisión del Juez de Primera Instancia que entendió que la parte apelante se personó fuera de plazo, ganó firmeza la dictada sentencia, y tal hecho fue admitido por la Audiencia.

INTERRUPCION DE LA PRESCRIPCION (SENTENCIA DE 12 DE MAYO DE 1997.)

El Juzgado de Primera Instancia número 18 de Madrid en Sentencia de 1 de mayo de 1991 estima íntegramente la demanda. La Audiencia Provincial de

Madrid (Sección 21.ª) en Sentencia de 4 de mayo de 1993 estima parcialmente los recursos de apelación interpuestos.

El recurso de casación no prospera.

Doctrina de la sentencia.—No es totalmente exacto la exigencia de que conste la recepción por parte del deudor de la reclamación extrajudicial del acusado, siendo la propia Sala la que así lo admite, pues la parte demandada probó la remisión de unos telegramas, causa del lógico conocimiento de su contenido. Así la sentencia mantiene que incumbirá a la recurrente probar la fecha de notificación del auto ejecutivo que se toma como fecha inicial o *dies a quo*, pues si por aquélla se pretendió aducir la prescripción de la acción, es evidente que ese *dies a quo* debió comenzar desde la fecha de notificación al demandante del auto ejecutivo.

LA FALTA DE INSCRIPCION DE AUTORIZACION EN NADA PUEDE PERJUDICAR A TERCEROS. (SENTENCIA DE 13 DE MAYO DE 1997.)

El Juzgado de Primera Instancia número 7 de Pontevedra en Sentencia de 23 de diciembre de 1992 desestima la excepción planteada y entrando a conocer del fondo del asunto estima íntegramente la demanda interpuesta. La Audiencia Provincial de Pontevedra (Sección 1.ª) en Sentencia de 23 de diciembre de 1993 desestima el recurso de apelación.

No prospera el recurso de casación.

Hechos.—La Compañía «Holtza, S. A.», demanda a la entidad «José Malvar Construcciones, S. A.», en reclamación de cantidad por el pedido de la estructura de una piscina para instalar en una obra a efectuar por la última empresa citada.

Doctrina de la sentencia.—Se trata en este caso del poder para pleitos otorgado por la recurrida y que no precisa de inscripción en la hoja que se abre a cada sociedad en el Registro Mercantil, pues como precisa la sentencia de instancia, la falta de inscripción de dicha autorización no puede perjudicar a terceros.

ARRENDAMIENTO FINANCIERO O LEASING. LITISCONSORCIO PASIVO NECESARIO. (SENTENCIA DE 16 DE MAYO DE 1997.)

El Juzgado de Primera Instancia número 2 de Madrid en Sentencia de 14 de marzo de 1991 estima la demanda. La Audiencia Provincial de Madrid (Sección 12.ª) en Sentencia de 4 de mayo de 1993 estima en parte el recurso de apelación.

El recurso de casación prospera.

Hechos.—Resolución de arrendamiento financiero en el que la arrendadora era «DAF Compañía de Leasing, S. A.», y el arrendatario don Antonio Rot Cortés, y el objeto un semi-remolque

Doctrina de la sentencia.—Resulta del proceso una inaplicación de la doctrina del litisconsorcio pasivo necesario que obliga a convocar a juicio a todas las personas interesadas en la relación jurídico-material. La veracidad de la cosa juzgada exige la concurrencia de cuantos debieron ser demandados y la válida relación jurídico-procesal requiere la intervención en el juicio de todos los elementos subjetivos vinculados frente al actor. Es doctrina constante de la Sala la de que, aún cuando el actor es libre para llamar al pleito a quien crea y entiende que debe estar presente en el mismo, la relación jurídico-procesal que se inicia con la demanda y perfecciona con el emplazamiento en la litis del demandado o demandados tan sólo estará bien constituida cuando se haya dado la oportunidad de ser oídos en la litis a cuantos, por tener interés directo en el pleito, puedan resultar afectados por lo fallado en el mismo, ya que, en otro caso, la resolución que en él recayera podría ocasionar indefensión a aquéllos que, faltos de la oportunidad de alegar y probar lo que a su derecho conviniese, hubiesen de verse obligados a acatar lo resuelto, que opera sobre sus derechos. Es igualmente doctrina de esta Sala, que la forzosidad de este litisconsorcio pasivo puede y debe apreciarse por los órganos jurisdiccionales, incluso de oficio, en cualesquiera de las fases del procedimiento, sin perjuicio de que esta última actuación judicial ha de ser adoptada con las debidas cautelas para evitar que con ello se favorezcan las posturas dilatorias de quienes, pudiendo y debiendo alegar el defecto litisconsorcial en la contestación a la demanda, por la vía de la correspondiente excepción, podría dar lugar a la subsanación del defecto en el momento de la preceptiva comparecencia ante el Juez, con la consiguiente convalidación de la litis iniciada, prefieren omitir su oposición procesal, que únicamente ponen de manifiesto en momentos posteriores, cuando el tenor de las resoluciones de instancia ya pronunciadas les hacen temer un resultado desfavorable a la tesis mantenida en el litigio. Así, la necesaria compatibilización de las doctrinas jurisprudenciales anteriormente aludidas lleva a la obligada estimación del litisconsorcio pasivo en todos aquellos supuestos en que aparezca de manera clara y patente el interés en el litigio de una tercera persona no llamada al mismo. El litisconsorcio ha de apreciarse en el caso que nos ocupa porque prescindiendo de la incorrecta vía casacional elegida, es así como se ha evidenciado su vigencia.

INTERPRETACION DE CLAUSULA CONTRACTUAL. FACULTAD DE LOS TRIBUNALES DE INSTANCIA A NO SER QUE SEA CONTRARIA A LA LEY (SENTENCIA DE 17 DE MAYO DE 1997.)

El Juzgado de Primera Instancia número 14 de Málaga en Sentencia de 27 de octubre de 1992 estima la demanda. La Audiencia Provincial de Málaga (Sección 4.ª) en Sentencia de 15 de mayo de 1993 estima el recurso de apelación.

El recurso de casación triunfa.

Hechos.—Interpretación de un contrato y de sus cláusulas contractuales pretendiendo la averiguación y comprensión del sentido y alcance del consentimiento y de las declaraciones de voluntad de las partes

Doctrina de la sentencia.—Nuestro Código Civil proclama y proporciona una serie de normas para la interpretación de los contratos a partir del ar-

título 1.281, normas estas en las que combina criterios *subjetivos*, como la averiguación de la voluntad real o intención común de los contratantes y *objetivo*, acorde con los usos de sus declaraciones. De tal manera que si los términos de un contrato son claros y no dejan duda sobre la intención de los contratantes se estará al sentir literal de sus cláusulas. La Jurisprudencia de la Sala ha sido reiteradísima en este sentido de forma que la meridiana claridad no puede ser objeto de otra interpretación que la resultante de sus propios términos gramaticales, a lo que viene obligado, tanto para las partes como para el juzgador por imperio de la ley, debiendo admitirse cuestión sobre la voluntad de las partes cuando en las palabras no existe ambigüedad. Así, las normas o reglas interpretativas contenidas en los artículos 1.281 a 1.289, ambos inclusivos del Código Civil, constituyen un conjunto subordinado y complementario entre sí, de las cuales tiene rango preferencial y prioritario la correspondiente al primer párrafo del artículo 1.281, de tal manera que si la claridad de los términos de un contrato no dejan duda sobre la intención de las partes, no cabe que entren en juego las restantes reglas contenidas en los artículos siguientes, que vienen a funcionar con el carácter de subordinadas respecto de la que preconiza la interpretación literal.

La función de interpretación de los contratos es privativa de los Tribunales de instancia, y su resultado ha de ser respetado en casación a no ser que el mismo se muestre ilógico, arbitrario, contrario o contradictorio con la ley especialmente a las normas sobre interpretación.

LA UNIDAD DE LA CULPA (SENTENCIA DE 19 DE MAYO DE 1997.)

El Juzgado de Primera Instancia de Cangas de Narcea en Sentencia de 18 de diciembre de 1992 estima la demanda. La Audiencia Provincial de Oviedo (Sección 5.ª) en Sentencia de 22 de octubre de 1993 desestima el recurso de apelación.

No prospera el recurso de casación.

Hechos.—Accidente de trabajo ocurrido en la explotación minera «Perfecta 5 y Monasterio» de la entidad Coto Minero de Narcea, S. A., y que produjo la muerte de un obrero (señor Tato Jiménez) al ser atropellado por una vagoneta, comprobándose después del suceso «que las trancas no estaban puestas y que la máquina de cola no estaba enganchada».

Doctrina de la sentencia.—Es constante, reiterada y notoria la doctrina de la Sala que admite la compatibilidad de las pretensiones que nacen de accidente, con fundamento en distintas causas de pedir y en lo que concierne a la regularidad de las conductas y encaje de éstas, en los supuestos que previenen los artículos 1.902 y 1.903 del Código Civil por culpa aquiliana, corresponde su conocimiento al orden jurisdiccional civil, que es el competente en los casos de reclamación por negligencia por cuanto que la indemnización que en estos casos pudiera acordarse es compatible con la que establezcan los órganos jurisdiccionales del orden social. El Tribunal Supremo mantiene la compatibilidad de responsabilidades —civil/laboral— en base a la indemnización por accidentes de trabajo y la dimanante de acto culposo, y que no excluyen las reglamentaciones laborales especiales que vienen explícitamente reconociendo la citada vigencia de los artículos 1.902 y 1.903 citados del

Código Civil. Pero la jurisdicción ordinaria civil no viene vinculada a la laboral, siendo por tanto independiente para enjuiciar conductas cuando se accionan al amparo de estos preceptos, pues la responsabilidad aquiliana es compatible con la derivada en base a la relación de trabajo, siendo completamente compatibles ambas responsabilidades. También se mantiene la jurisdicción en multitud de casos análogos de acuerdo con la doctrina que tiene sentada de estimar compatible la reclamación laboral con la reclamación civil, dado sus fundamentos jurídicos adversos y la dualidad de pretensiones que no son incompatibles entre sí.

A lo largo del proceso se estima no acreditada la existencia de culpa exclusiva ni concurrente del fallecido. Y tomando en consideración la doctrina de la Sala sobre la inversión de la carga probatoria en casos de naturaleza y la también doctrina del riesgo agravado, cuando se acreditan elementos perturbadores o añadidos al riesgo normal (que evidencian indicios de culpabilidad) la Sala de instancia fija «que las trancas no están puestas y que la máquina de cola no estaba enganchada», hechos que no son imputables al operario. En todo caso, estaríamos en presencia de una culpa contractual, nunca extracontractual, de forma tal que cuando un hecho dañoso es violación de una obligación contractual, y al mismo tiempo, del deber general de no dañar a otro, se produce una yuxtaposición de responsabilidades (contractual/extracontractual) y da lugar a acciones que pueden ejercitarse alternativa y subsidiariamente u optando por una y otra, o incluso proporcionando los hechos al juzgador para que éste aplique las normas en concurso de ambas responsabilidades que más se acomoden a aquéllos, todo ello en favor de la víctima y para lograr un resarcimiento del daño lo más completo posible.

REALIZACION DE OBRA OFERTA/PEDIDO. PARALIZACION INMEDIATA DEL TRABAJO DE LA SUBCONTRATA. (SENTENCIA DE 20 DE MAYO DE 1997.)

El Juzgado de Primera Instancia número 3 de Puertollano en Sentencia de 8 de enero de 1993 estima íntegramente la demanda. La Audiencia Provincial de Ciudad Real en Sentencia de 14 de octubre de 1993 confirma la dictada en Primera Instancia.

El recurso de casación no prospera.

Hechos.—«Iturri, S. A.» fue contratada por «Minas de Almadén y Arrayanes, S. A.» para la realización de una obra, la cual subcontrató la obra con «Electrónica Rodero, S. L.», y a la vista de esto se elaboró un presupuesto sobre la base del cual «Iturri, S. A.» formula a «Electrónica Rodero, S. L.» una oferta/pedido, que es la que efectúa tal realización.

Doctrina de la sentencia.—La fundamentación del presente caso descansa en la oferta/pedido que se efectuó entre las partes aquí intervinientes. Nos encontramos no ante una cuestión de interpretación del contrato, sino de lo no previsto en él, para lo cual la Audiencia valoró los actos y la conducta de las partes. La idea básica de la aplicación literal del contrato conduciría al absurdo, pues en tal caso la parte actora no tendría derecho a la obtención de ninguna retribución por los materiales que se instalaron y que no eran los que se habían acordado. Al efectuar una obra distinta de la presupuestada con los citados materiales y precios que no están recogidos en la oferta/pedido se

ordenó por la parte la paralización inmediata del trabajo de la subcontrata, y no hubiese resultado lógico que esa paralización no hubiese sido efectiva hasta que las diferencias con la actuación de la subcontrata se aclarasen, y se le dejase actuar lo mismo que antes de la paralización de la obra y materiales que iba poniendo, sin exponer siquiera una reserva que haría valer en la liquidación final del precio de la obra y que ese momento acordase la unilateralidad en base a la fijación de los precios de la mayor obra u obra distinta.

FALTA DE PAGO DEL PRECIO. (SENTENCIA DE 21 DE MAYO DE 1997.)

El Juzgado de Primera Instancia número 1 de Córdoba en Sentencia de 20 de octubre de 1992 estima íntegramente la demanda. La Audiencia Provincial de Córdoba (Sección 1.ª) en Sentencia de 22 de abril de 1993 desestima el recurso de apelación.

No triunfa el recurso de casación.

Hechos.—La entidad «Alfa-Laval, S. A.» celebra contrato de compraventa con «Aceites Carcabuey, S. A.», de una cosa determinada y por un precio cierto. El cumplimiento de la obligación de pago de éste, que fue aplazado, se garantizó con garantía personal y se instrumentó por medio de letras de cambio que fueron avaladas por dos avalistas como fiadores solidarios.

Doctrina de la sentencia.—El contrato de compraventa pactó que el precio se haría efectivo mediante letras de cambio que serían avaladas por tres personas y en su ejecución tan sólo fueron dos los que lo hicieron. Se deriva error y dicho error vicia el consentimiento y anula el contrato cuando el error, vicio de la voluntad, da lugar a la formación de la misma sobre la base de una creencia inexacta y que precisa ser esencial y determinante de la voluntad declarada e inexcusable, pues no pudo evitarse mediante una diligencia media. Pero en nuestro litigio *no concurre el error*, ya que los dos avalistas, recurrentes en casación, conocían la obligación que asumieron y no hubo desconocimiento equivocado ni tampoco la falta de un tercer fiador era un elemento esencial para la prestación del consentimiento. El error es un vicio de la voluntad que se da o no en el momento de la perfección del contrato, y no cabe alegar error en el contrato respecto a un hecho que se ha producido en la fase de consumación. El que uno de los fiadores que se mencionan en el contrato posteriormente no aceptara tal posición (y no firmó como avalista las letras de cambio) y no alcanza la perfección del contrato (y, por tanto, a un posible vicio de la voluntad), sino a la consumación del mismo. Paralelamente a esto, el error como vicio del consentimiento da lugar a la anulabilidad del contrato, como dice reiterada jurisprudencia, que significa precisamente que no se produce *ipso iure* sino que debe ejercitarse por medio de una acción teniendo en cuenta que la acción se extingue por transcurso del plazo de caducidad.

En el caso, la sociedad compradora realizó una cesión patrimonial global en favor de otra sociedad, lo que se califica como asunción de deuda que es la sustitución de la persona del deudor por otra con respecto a la misma relación obligatoria, sin extinción de ésta. Y partiendo de su admisión, sólo se puede dar en su tipo de expromisión —acuerdo entre el acreedor y el nuevo deudor— y de delegación —acuerdo entre el deudor antiguo y el nuevo, con

consentimiento del acreedor—, si el acreedor lo consiente. Distinto es el caso de la novación (extintiva) subjetiva por cambio de deudor, en que se extingue la obligación primitiva y se constituye una nueva con la persona del deudor distinta: también requiere el consentimiento del acreedor. Y además, no se presume, debe constar claramente la voluntad expresa de extinción o una incompatibilidad indiscutible. Así, la sentencia de instancia afirma que no se ha producido el inexcusable consentimiento del acreedor por lo que llega a la conclusión de que tal asunción de deuda no existe, ni como transmisión de obligación ni como novación extintiva, por lo que no se ha extinguido la obligación principal ni la fianza.

INCUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACION DE ENTREGA DE LA VIVIENDA CUANDO LA MISMA NO REUNE LAS CONDICIONES NECESARIAS PARA HABITARLA. (SENTENCIA DE 21 DE MAYO DE 1997.)

El Juzgado de Primera Instancia número 9 de Sevilla en Sentencia de 16 de enero de 1992 estima la demanda. La Audiencia Provincial de Sevilla (Sección 2ª) en Sentencia de 23 de abril de 1993 desestima el recurso de apelación.

El recurso de casación no prospera.

Doctrina de la sentencia.—En el caso que nos ocupa aparece claramente acreditado que la vivienda se encontraba sin puertas de acceso, ni en las habitaciones, ni en los pasillos y armarios, la puerta de entrada sin cristal, sin pasamanos la escalera, y por ello no puede entenderse cumplido por el vendedor su obligación de entregar la vivienda en correctas condiciones, y el comprador tiene derecho ante ese incumplimiento a resolver el contrato. Pues, lo que no resulta admisible es entregar una vivienda en condiciones ínfimas —como las descritas—, y obligar al comprador, que por lo común ya ha desembolsado una importante cantidad, a correr de su cuenta la terminación del piso, al ser esa la única solución para poder habitar, con el perjuicio que de ello se deriva y la incertidumbre de cobrar luego lo pagado.

INTERPRETACION Y CALIFICACION DEL CONTRATO. (SENTENCIA DE 21 DE MAYO DE 1997.)

El Juzgado de Primera Instancia número 50 de Madrid en Sentencia de 31 de diciembre de 1993 estima la demanda. La Audiencia Provincial de Madrid (Sección 11.ª) en Sentencia de 16 de mayo de 1995 estima de manera parcial el recurso de apelación.

No prospera el recurso de casación.

Doctrina de la sentencia.—Para la interpretación de los contratos se combinan criterios *subjetivos*, como es la averiguación de la voluntad real o intención común de los contratantes y *objetivo*, como es su significado de acuerdo con el uso de las declaraciones. Y siempre que los términos del contrato sean claros y no dejen duda sobre la intención de los contratantes, se estará al sentido literal de sus cláusulas.

Y en lo que atañe a la *función* de dicha interpretación del contrato se estará a lo que dispongan los Tribunales de instancia, a no ser que haya sido ilógica, arbitraria o contraria a la ley, especialmente a las normas sobre interpretación. La interpretación de los contratos es función propia de los Tribunales de instancia, cuyo resultado hermenéutico ha de ser mantenido y respetado en casación, a no ser que el mismo sea ilógico o contrario al buen sentido o a la ley o haya incidido en manifiesta equivocación, demostrando la vulneración de preceptos legales.

A su vez, la *calificación* del contrato es la inclusión del mismo en un tipo determinado, la averiguación de su naturaleza y de la normativa que le es aplicable: es precisa una previa interpretación para llegar a la correcta calificación del contrato, la cual está por encima de las declaraciones e incluso de la voluntad de los sujetos, pues «los contratos son lo que son y no lo que las partes digan».

La calificación del contrato unida esencialmente y derivada de la interpretación es, como ésta, función del órgano jurisdiccional de instancia, a no ser —repetimos— que sea ilógica, irracional o contraria a la ley. La calificación jurídica de todo contrato corresponde a una labor de interpretación y ésta es facultad privativa de los Tribunales de instancia y su criterio ha de prevalecer en casación aún en caso de duda, a no ser que el resultado fuese notoriamente ilógico, arbitrario, absurdo o ilegal, erróneo o violador de normas de hermenéutica contractual. En resumen, la calificación del contrato está por encima de las declaraciones y hasta de la voluntad de las partes, pues ya hemos dicho que los contratos son lo que son y no lo que las partes digan que sea, además la naturaleza jurídica de un contrato resulta del conjunto de sus cláusulas correctamente interpretadas, no de la simple denominación que se le haya dado. La sentencia de instancia ha interpretado el conjunto del texto del contrato, no sólo la denominación, y lo ha calificado de contrato de compraventa y advierte que se trata de un negocio jurídico bilateral cuya causa es la función objetiva del cambio de cosa por un precio. Se valora la intención de los contratantes y se atiende a los actos de éstos, coetáneos y posteriores al contrato, de manera que la naturaleza de un negocio jurídico depende de la intención de los contratantes y de sus declaraciones de voluntad, considera que la función de interpretación y calificación es privativa de los juzgadores de la instancia y ha de ser mantenida en casación en tanto no revele como ilógica o contraria a las normas o hermenéutica contractual

EJERCICIO DEL DERECHO RECONOCIDO EN UN CONTRATO DE GARANTIA SOLIDARIA. (SENTENCIA DE 24 DE MAYO DE 1997)

El Juzgado de Primera Instancia número 10 de Madrid en Sentencia de 30 de julio de 1991 estima la demanda. La Audiencia Provincial de Madrid (Sección 11.ª) en Sentencia de 24 de marzo de 1993 desestima el recurso de apelación.

No prospera el recurso de casación.

Hechos.—Celebración de un contrato privado de garantía en el que se garantizaba de forma solidaria las resultas de la obligación contraída con el Banco de Crédito e Inversiones, haciendo constar en dicho contrato la exoneración total del actor de pago de cantidad en cualquier concepto por razón del

préstamo, y el compromiso solidario de todos los garantes de abonar al actor las cantidades que no obstante la exoneración pactada, pudiera verse obligada a entregar

Doctrina de la sentencia.—En el caso de Autos de un pristino contrato de fianza, las razones primarias que la Sala sentenciadora entiende para descartar la distinción que quiera hacerse entre «pagos» y «gastos» son procedentes y se ratifican, habida cuenta de la pretensión que persigue el resarcimiento por parte del actor, de los daños o menoscabos sufridos a consecuencia de la ejecución del préstamo hipotecario con el Banco, y precisamente por la garantía liberatoria asumida por los demandados ante cualquier detracción de su patrimonio. En el litigio planteado, habiendo existido la adjudicación de un inmueble propiedad del actor, a resultas del incumplimiento de sus obligaciones asumidas con el Banco, es llano que su valor económico o detracción experimentada por el actor por cualquier concepto de los enumerados en la garantía, es decir, gastos y daños y perjuicios, como conceptos garantizados que deben ser resarcidos por los demandados en cumplimiento de su obligación de garantía al efecto y que es cabalmente la fundamentación de la condena a cargo de éstos

EL CONTRATO DE COMPRAVENTA PARA TRANSMITIR LA PROPIEDAD EXIGE LA ENTREGA DEL OBJETO. TITULO Y MODO (SENTENCIA DE 30 DE MAYO DE 1997)

El Juzgado de Primera Instancia número 2 de Sevilla en Sentencia de 16 de julio de 1988 estima la demanda. La Audiencia Provincial de Sevilla (Sección 5.ª) en Sentencia de 11 de abril de 1992 desestima el recurso de apelación.

Triunfa el recurso de casación.

Doctrina de la sentencia.—El Código Civil determina los medios para adquirir la propiedad (art. 609) y uno de esos medios es el atribuido a ciertos contratos en los que haya mediado la tradición, pues para que se pueda determinar la adquisición de la propiedad sobre bienes, establece nuestro Derecho como elementos esenciales la teoría del título y del modo. Pero se observa que se habla de algunos contratos y no de todos los contratos, pues existen en nuestro Derecho contratos como son el mandato, el comodato y el depósito, entre otros, que necesitan la concurrencia del título y el modo para indicar la existencia de la transmisividad del dominio. Y el contrato de compraventa es uno de ellos, pues dicho contrato *per se* no es un contrato traslativo de la propiedad sino media la *traditio* o entrega del objeto, o la obligación de poner los medios adecuados para transmitir la propiedad de una cosa.

Así, la doctrina jurisprudencial de la Sala ha conseguido destacar en el contrato de compraventa su finalidad traslativa mediante la ampliación de la obligación que corresponde al vendedor de entregar la cosa objeto de dicho contrato, caracterizándose el contrato de compraventa por la transmisión que por él se hace del dominio de una cosa

RESCISION DE DONACION REALIZADA EN FRAUDE DE ACREEDORES.
(SENTENCIA DE 30 DE MAYO DE 1997.)

El Juzgado de Primera Instancia número 1 de Madrid en Sentencia de 9 de octubre de 1992 estima la acción principal de la demanda interpuesta. La Audiencia Provincial de Oviedo (Sección 5.ª) en Sentencia de 19 de mayo de 1993 desestima el recurso de apelación.

No triunfa el recurso de casación.

Doctrina de la sentencia.—En el caso que ahora nos ocupa como supuesto de un contrato en fraude de acreedores, al demandante, como ajeno al negocio que se pretende invalidar, la rescisión equivale, por sus consecuencias, a la nulidad o negación de la existencia del contrato y estando acreditados los hechos de la demanda, esto es, tanto la existencia del préstamo a favor de la entidad actora, la previa existencia de la solvencia por parte de los demandados, la posterior donación efectuada a favor de sus hijos y la insolvencia de los mismos, ha de accederse a la pretensión resolutoria de dicha donación. No sólo se dan en nuestro caso los requisitos expuestos por el Juzgado, sino en cuanto a la insolvencia en que incurrieron los demandados queda acreditado que los bienes señalados como propios por el demandado en la diligencia de embargo, no le pertenecen ni resulta que en modo alguno le hubiesen pertenecido. Sin embargo, la rescisión del contrato no tendría lugar cuando las cosas objeto del mismo se hallen legalmente en poder de terceras personas que no hubiesen procedido de mala fe, y en este caso, dichas cosas están dentro del patrimonio de los donatarios, sin que se haya establecido su mala fe en el negocio gratuito al respecto.

En realidad, con independencia de que la acción básica sea la de nulidad y la subsidiaria relativa a la declaración de donación fraudulenta o efectuada en fraude de acreedores, se subraya que esa petición se funda en el fraude de acreedores efectuada (que es la base de la acción subsidiaria), por lo que, si bien dicha nulidad por inexistencia, en criterio de la Sala lleva aparejada la subsunción de la pretensión dentro de la llamada acción rescisoria, pues al decir de los órganos de la instancia, tanto la *nulidad*, más bien la anulabilidad, como la *rescisión* son supuestos de ineficacia, que encaja la primera como un caso de *ineficacia originaria* y la segunda como *sobrevenida*, esto es, ambas tienen un objetivo común que se concreta en el acto gratuito de la donación efectuada en fraude de acreedores.

SATISFACCION DE CANTIDAD SUPERIOR A LA PRIMA EFECTIVAMENTE RECAUDADA E INGRESADA. (SENTENCIA DE 30 DE MAYO DE 1997.)

El Juzgado de Primera Instancia número 2 de los de Madrid en Sentencia de 12 de marzo de 1991 estima la demanda. La Audiencia Provincial de Madrid (Sección 121) en Sentencia de 3 de mayo de 1993 estima en parte el recurso de apelación.

No prospera el recurso de casación.

Hechos.—La entidad aseguradora tiene a su cargo, además de otras funciones, la de cobrar la prima que incluía la determinación de la que correspondía al Consorcio de Compensación, siendo la misma la que calculaba y

recaudaba la prima a pagar por el asegurado al citado organismo. Así las cosas, la naturaleza del riesgo asegurado en la póliza era de tipo industrial, riesgo éste que incluía una prima, la Compañía aseguradora dejó de aplicar, recaudar e ingresar una parte del recargo de la prima correspondiente al seguro de riesgos extraordinarios por un error en la aplicación de la tarifa, y producido el evento, el Consorcio abonó al asegurado una determinada cantidad, teniendo que afrontar el siniestro con unas determinadas previsiones basadas en un fondo de primas distintas del calculado anticipadamente, visto lo cual se lleva a cabo una reclamación de cantidad por el Consorcio de Compensación de Seguros a la Compañía Aseguradora. El citado Consorcio de Compensación no es un órgano pasivo sometido a la acción u omisión de las aseguradoras en su función recaudatoria sino que es él quien, con sus facultades inspectoras, puede corregir los errores en el cálculo de la *prima* y su recaudación.

Doctrina de la sentencia.—En base a los hechos acreditados, no cabe duda que el error en que incurrió la Compañía Aseguradora vino a comportar la omisión culposa o negligente que caracteriza a la responsabilidad extracontractual del artículo 1902 del Código Civil, así como que tal error supuso para el Consorcio la realidad de un resultado dañoso, representado en el caso de autos por la diferencia entre la cantidad que se pagó y la que debía haber satisfecho en función de la insuficiente prima recaudada e ingresada por la aseguradora, cuya diferencia se corresponde con la suma reclamada en el procedimiento, y dado que entre uno y otro factor —*conducta o quehacer negligente y daño producido*— concurre la necesaria relación causal, no cabe argumentar que el Tribunal *a quo* aplicara indebidamente el susodicho precepto, ni la jurisprudencia que le interpreta, sin que quepa aducir en contra la obligación impuesta al Consorcio de abonar el importe del siniestro sin discutir su cuantía, pues semejante obligación no le priva de poder resarcirse del perjuicio originado por el porcentaje indebidamente satisfecho frente a la aseguradora que, por error, le causó aquél. A la Compañía Aseguradora le correspondía la recaudación e ingreso de la prima correspondiente.

LA INTERPRETACION DE LOS CONTRATOS HECHA POR LA SALA DE INSTANCIA QUEDA INCOLUMNE EN CASACION A NO SER QUE SE DEMUESTRE QUE ES ILOGICA O VULNERADORA DE NORMAS LEGALES. (SENTENCIA DE 3 DE JUNIO DE 1997)

El Juzgado de Primera Instancia número 1 de Vic en Sentencia de 30 de septiembre de 1991 estima la demanda. La Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 13.ª) en Sentencia de 19 de mayo de 1993 estima en parte el recurso de apelación.

El recurso de casación no ha lugar.

Hechos.—El presente litigio fundamenta y concreta su análisis en unas escrituras públicas de compraventa que documentan un contrato real y no ficticio, pues en ella se dan todos los requisitos legales, consistiendo el precio en el levantamiento de los embargos e hipotecas que las gravaban, y recibiendo dicho precio no los vendedores, sino terceras personas a quienes se salda por los compradores su crédito que grava las fincas transmitidas.

Doctrina de la sentencia.—En el caso que nos ocupa se ha venido a decir que si los recurrentes creen incorrecta la calificación de los contratos hecha por la Audiencia como negocios fiduciarios, por medio de una transmisión ficticia y no querida de propiedad, que oculta un pacto de fiducia consistente, entre otras cosas, en que el levantamiento de las cargas que pesaban sobre las fincas, a través de hipotecas que los adquirentes concertarían en su propio nombre y otros recursos económicos que produjesen tales fincas, dado el nulo crédito de los transmitentes con la finalidad de salvar el patrimonio y creyendo que no era correcta la calificación debieron alegar aquellos preceptos legales atinentes a la interpretación de los contratos que se hubiesen infringido, o bien demostrar que falta a las reglas de la lógica, pero no dar por supuesto que se está ante contratos de compraventa reales oponiendo simplemente su opinión sobre la naturaleza.

CONTRATO DE SEGURO: SU COBERTURA. (SENTENCIA DE 5 DE JUNIO DE 1997.)

El Juzgado de Primera Instancia número 1 de Madrid en Sentencia de 29 de mayo de 1992 desestima la demanda. La Audiencia Provincial de Madrid (Sección 19.^a) en Sentencia de 18 de mayo de 1993 estima parcialmente el recurso de apelación.

Prospera el recurso de casación.

Hechos.—Accidente de tráfico con resultado de muerte, provocado al colisionar frontalmente un vehículo en una curva y que tuvo lugar fuera del territorio español.

Doctrina de la sentencia.—Es abundante la jurisprudencia que dedica su estudio a la aplicación de la normativa del seguro privado y la interpretación de contratos de seguro, de forma tal que el contrato de seguro contempló como evento cuyo riesgo es objeto de cobertura a indemnizar la muerte y la invalidez, siendo intención la de los contratantes la de asegurar el doble riesgo de muerte o invalidez, de ahí que cualquier cláusula que limite, reduzca o excluya algún supuesto dentro de uno u otro de los riesgos, si se produce el siniestro, debe ser considerada como cláusula limitativa o delimitación concreta del objeto del seguro. Al mismo tiempo la literalidad de los documentos se impone, por lo que no ha de tenerse en cuenta los supuestos de ineficacia de las condiciones limitativas del riesgo, que la jurisprudencia civil viene estableciendo, por no ser de aplicación a nuestro caso, toda vez que no se trata de supuesto de desconocimiento efectivo y concurrente del alcance del riesgo garantizado, pues la exclusión se manifiesta de forma expresa, precisa y destacada. Pues bien, nuestro supuesto se ajusta a unas condiciones generales del contrato de seguro voluntario de automóviles aportado por la parte demandante y admitido por la demandada dentro del apartado «siniestros» y que literalmente es como sigue: «las garantías cubiertas por la póliza surtirán efecto *únicamente* respecto a los siniestros acaecidos en territorio español». Y se añade: «Si el asegurado deseara extender algunas de las coberturas fuera del territorio nacional deberá contratarlo...» Por lo tanto, el evento cuyo riesgo es objeto de cobertura a indemnizar acaeció fuera del territorio nacional, por lo que la postura de la Sala no ofrece la menor duda.

INDEMNIZACION POR PERDIDA DE LA COSA DEBIDA. PERDIDA JURIDICA SE EQUIPARA A PERDIDA FISICA. (SENTENCIA DE 6 DE JUNIO DE 1997.)

El Juzgado de Primera Instancia número 6 de Madrid en Sentencia de 30 de septiembre de 1991 estima la demanda. La Audiencia Provincial de Madrid (Sección 18.ª) en Sentencia de 19 de abril de 1993 desestima el recurso de apelación.

Triunfa el recurso de casación.

Hechos.—En el presente caso se dispone que el momento para determinar el valor de la cosa vendida cuya devolución no es posible al ser adquirida por un tercero protegido por la fe pública registral es el de la venta declarada nula y no el de la sentencia que declara la nulidad.

Doctrina de la sentencia.—Al decir de la Sala, la «pérdida» tiene lugar en el momento en que por su enajenación a terceros de buena fe la cosa vendida se hace *irreivindicable*, no así la sentencia que lo declara, y por ello habida cuenta de que esta sentencia es declarativa, no constitutiva, y se limita a constatar una situación jurídica preexistente. De ahí que la obligación de restitución surja en el momento en que los vendedores enajenaron, careciendo de poder dispositivo sobre ellas, las cosas integrantes del haber hereditario de sus causantes.

RECLAMACION DE CANTIDAD POR OBRAS EFECTUADAS EN INMUEBLES DE COMUNERO MOROSO. (SENTENCIA DE 7 DE JUNIO DE 1997.)

El Juzgado de Primera Instancia número 3 de Marbella en Sentencia de 7 de mayo de 1992 estima sólo en parte la demanda. La Audiencia Provincial de Málaga (Sección 5.ª) en Sentencia de 2 de junio de 1993 desestima el recurso de apelación.

No prospera el recurso de casación.

Doctrina de la sentencia.—La idea o premisa general que aborda la presente litis es la de que dentro de una Comunidad, los comuneros deben afrontar proporcionalmente a su cuota, las obligaciones derivadas no sólo en cuanto a los gastos comunes sino también en cuanto a las repercusiones del costo de las obras de mejora realizadas en los inmuebles de que son titulares los adjudicatarios de los mismos.

VENTA DE UN BIEN PERTENECIENTE A ENTIDAD DECLARADA EN SUSPENSION DE PAGOS. (SENTENCIA DE 10 DE JUNIO DE 1997.)

El Juzgado de Primera Instancia número 17 de Madrid en Sentencia de 20 de septiembre de 1991 desestima la demanda. La Audiencia Provincial de Madrid (Sección 13.ª) en Sentencia de 13 de marzo de 1993 desestima el recurso de apelación.

No ha lugar al recurso de casación.

Hechos.—La cuestión aquí controvertida se circunscribe al siguiente interrogante: ¿La adquisición de propiedad de una finca por compraventa en

escritura pública como consecuencia de subasta notarial, da lugar a la cancelación de las anotaciones de embargo sobre dicho bien y que accedieron al Registro de la Propiedad con anterioridad?

Doctrina de la sentencia.—La idea reinante en el presente auto se ciñe al hecho de que la fecha de la venta de un bien perteneciente al suspenso y efectuado por la Comisión de Acreedores del Convenio que se alcanzó en el expediente de suspensión de pagos *no puede retrotraerse* a la fecha de la firmeza del Auto de aprobación de dicho convenio, ni a la del acceso del mismo al Registro de la Propiedad. En realidad, la entidad suspensa no cedió ningún bien a sus acreedores sino que se limitó a convenir un plazo para el pago de sus deudas, adquiriendo plena libertad para enajenar, gravar, disponer y administrar sus bienes, por lo que carece de base mantener que la ejecución del convenio constituyese un procedimiento extrajudicial de ejecución, pues en realidad era simplemente un medio convenido de satisfacción de una obligación incumplida.

Nos encontramos ante una tercera de dominio, no de mejor derecho, en la que sólo puede ventilarse la cuestión de si el bien objeto de traba de embargo era del embargado o era del tercerista cuando aquélla se produjo, pero en modo alguno quien tiene derecho a cobrar con el producto de la venta de dicho bien. Por otra parte, mientras las anotaciones de embargo ordenadas sean válidas y eficaces, sin que conste en autos la más mínima oposición a la tramitación del procedimiento de ejecución fuera de la suspensión de pagos, hay que respetarlas en los efectos que el ordenamiento jurídico les concede.

Además de lo expuesto, se observa que al adquirir el recurrente de la Comisión de Acreedores, ya constaban en el Registro de la Propiedad los embargos a favor de los recurridos, éstos tenían fecha anterior a su adquisición, por lo que no era posible invocar título ninguno que cerrase su acceso al Registro en el momento en el que lo hicieron porque el convenio alcanzado en la suspensión de pagos en modo alguno era ese título

I. M. G.

C) ARRENDAMIENTOS

POR CATALINO RAMÍREZ RAMÍREZ

ARRENDAMIENTOS RUSTICOS

ACCESO A LA PROPIEDAD.—ES COMPATIBLE LA CONDICION DE CULTIVADOR PERSONAL CON LA DE PENSIONISTA. ES CORRECTA LA REMISION AL PROCEDIMIENTO JUDICIAL DE EJECUCION PARA VALORAR LA FINCA. (SENTENCIA DE 11 DE OCTUBRE DE 1993.)

El Juzgado de Durango estimó la demanda, lo que confirmó la Audiencia de Bilbao.

No procede la casación No se puede revisar toda la prueba en casación porque ésta no es una tercera instancia y tampoco se puede desarticular cuando se ha valorado conjuntamente. No se pueden sacar las propias conclusiones

o deducciones cual hace el recurrente para hacerlas prevalecer. El documento ha de ser literosuficiente y no contradicho por otras pruebas. La condición de pensionista del actor se puede compatibilizar con la de «cultivador personal», conforme al artículo 16 LAR. En cuanto a la valoración es correcta la remisión al procedimiento judicial de ejecución, ya que si la norma fundamental es la del artículo 39 LEF, si el precio calculado no resultase conforme al valor real de las fincas puede acudir a otros criterios estimativos, sin perjuicio de los demás derechos indemnizatorios que puedan asistirle al arrendador frente al arrendatario, conforme a la legislación arrendaticia.

ACCESO A LA PROPIEDAD.—NO PROCEDE EL DERECHO DE ACCESO A LA PROPIEDAD POR TENER ALGUNAS FINCAS UN VALOR SUPERIOR AL DOBLE DE LAS DE SU MISMA CLASE DE CULTIVO EN LA ZONA. (SENTENCIA DE 13 DE OCTUBRE DE 1993.)

El Juzgado número 3 de Vitoria desestimó la demanda, pero la Audiencia de Bilbao revocó en parte, concediendo el derecho de acceso sobre cuatro fincas, negándolo respecto a las otras dos.

No se admite la casación. La recurrente se basa en determinadas frases de los documentos que se reseñan, no en su totalidad, para deducir conclusiones parciales, subjetivas e interesadas. La prueba pericial es prueba documental pero no documento en el sentido del artículo 1.692.4.º LEC. La sentencia recurrida no basa su fallo denegatorio del acceso a la propiedad de dos fincas en que puedan realizarse construcciones, sino en la circunstancia tercera del apartado 1.º del artículo 7 LAR: valor superior al doble del precio de las de la misma clase de cultivo en la zona. El hecho de que tal circunstancia sobrevenga posteriormente produce la no aplicación de las normas arrendaticias, no que la misma se deje de aplicar hasta que se extinga, pues carecería entonces de sentido la norma y el pleito no tiene por objeto la extinción del arrendamiento, sino el acceso a la propiedad. El dictamen pericial ha sido tenido en cuenta constantemente por la Sala de apelación, según se lee en la sentencia recurrida, pues la prueba pericial no obliga al juez a no tener en cuenta ninguna otra prueba obrante en autos.

RETRACTO.—LA FINCA ESTABA ARRENDADA AUNQUE NO SE DIJERA EN LA ESCRITURA DE VENTA. EL PRECIO QUE DEBE PREVALECEER ES EL REAL, APRECIADO EN LA PRUEBA PERICIAL. (SENTENCIA DE 21 DE SEPTIEMBRE DE 1993.)

El Juzgado de Guernica desestimó la demanda, pero la Audiencia revocó la anterior.

No se admite la casación. La Sala *a quo* considera probado que la finca se halla arrendada, según un documento privado que se acompaña a la demanda, a pesar de que la escritura decía que no lo estaba, sin que se hubieran cumplido los requisitos de notificación al arrendatario de la enajenación y condiciones de la venta. Como se deduce de varias sentencias el precio que debe tenerse presente en estos procesos para dar lugar a la subrogación a que se refiere el artículo 1.521 del Código Civil, es el que figura en el contrato y que sea conocido por el retrayente y si puede pactarse un precio superior en documento

separado, este precio sólo puede mantenerse cuando exista una prueba cumplida de tales hechos y en este caso los recurrentes no hicieron constar qué precio fue el que medió en la venta ni menos probaron su cuantía (Sentencias de 7 de febrero de 1948, de 10 de mayo de 1958 y de 29 de mayo de 1957). Otras sentencias más recientes, como las de 12 de junio de 1984 y 10 de junio de 1988, siguen el mismo criterio, diciendo que en los casos dudosos hay que estar al precio real que es el que debe prevalecer y se ha de reembolsar, pero con la salvedad de que se conozca el verdadero precio, es decir, que resulte probado en autos y esta circunstancia no deriva de los autos, máxime cuando resulta que el demandado comprador es heredero del vendedor, lo que no apunta a señalar un precio muy elevado, si bien tal conclusión no se ha plasmado en hecho concreto, con repercusión en la cuantía del precio, determinado sólo a través de prueba pericial, que merece toda credibilidad.

EXTINCION DEL ARRENDAMIENTO —SE EXTINGUE POR EL FALLECIMIENTO DEL ANTERIOR ARRENDATARIO SIN QUE EL CONTRATO FUERA PRORROGABLE, YA QUE CONCURRIAN LAS CIRCUNSTANCIAS DEL ARTICULO 12.2 DE LA LAR. (SENTENCIA DE 18 DE NOVIEMBRE DE 1993)

El Juzgado número 1 de Manresa estimó parcialmente la demanda y la Audiencia Provincial desestimó la apelación

No procede la casación. Se declaró extinguido el arrendamiento por el fallecimiento del anterior propietario, declarado incapaz independientemente de haber perdido el demandado, por razón de jubilación su condición de profesional de la agricultura. Se alega que, notificada la resolución dos años después del fallecimiento del arrendatario, se había consentido tácitamente la prórroga del arrendamiento con los herederos de aquél, pero la parte actora se aparta del contrato por su propia voluntad. Cuando los actores comunican la finalización del arrendamiento no lo hacen porque haya fallecido el causante dos años antes, sino porque es en esa fecha cuando finaliza la prórroga convenida en 1981. La literalidad del documento dice que la notificación está dirigida al recurrente y se oponían a la prórroga, por lo que no hubo error del Tribunal *a quo*. El contrato en cuestión era improrrogable, debido a que al contrato le era aplicable lo dispuesto en el artículo 12.2 de la Ley arrendaticia en conexión con el artículo 1.548 del Código Civil, razón por la que la concurrencia o no de la condición de cultivador personal en el arrendatario resultaba inoperante sin que operasen en favor del mismo las prórrogas legales. Los arrendadores no estaban obligados al cumplimiento de las exigencias del artículo 26 de la Ley, sin que esa conclusión se desvirtuase por la Sentencia de 6 de julio de 1989, ya que ésta se refería a un caso distinto al aquí juzgado

APARCERIA.—SE HA EXTINGUIDO LA APARCERIA POR QUE NO EXISTE PARA LOS APARCEROS LA PRORROGA PREVISTA PARA LOS ARRENDATARIOS QUE SEAN CULTIVADORES PERSONALES EN LA DISPOSICION TRANSITORIA PRIMERA DE LA VIGENTE LEY DE ARRENDAMIENTOS RUSTICOS. (SENTENCIA DE 21 DE JUNIO DE 1994.)

El Juzgado de Balaguer desestimó la demanda, pero la Audiencia de Barcelona revocó la anterior.

No se da la casación. El contrato existente entre las partes tiene la naturaleza de contrato de aparcería rústica y no se fijó duración, por lo que hay que recurrir a la legislación vigente en su día (Reglamento de 1959) que señalaba una rotación de cultivo, transcurrida la cual se extinguía, salvo acuerdo expreso entre las partes. Se prorrogó hasta después de la entrada en vigor de la Ley de 1980 en la que se dice también que el plazo mínimo será el de una rotación o ciclo de cultivo. De todo ello se desprende que la aparcería ha concluido sin que a ello se oponga la Disposición Transitoria 1.ª de la Ley de 1980 porque su párrafo segundo es aplicable a los arrendamientos rústicos pero no a las aparcerías y el concepto de cultivador personal es aplicable sólo a los arrendamientos, por lo que no es aplicable el plazo de veintiún años que para dichos casos previene la Disposición Transitoria.

ARRENDAMIENTOS URBANOS

DESAHUCIO.—SE OCULTO MALICIOSAMENTE EL EMBARGO QUE LOS TRABAJADORES DEL ARRENDATARIO HABIAN TRABADO SOBRE EL DERECHO DE TRASPASO QUE TENIA ESTE. (SENTENCIA DE 14 DE SEPTIEMBRE DE 1993.)

El Juzgado número 5 de Vigo estimó la demanda, pero se interpuso recurso de revisión contra la misma.

Procede la revisión. Se ocultó el embargo del derecho de traspaso que hicieron los trabajadores del arrendatario, lo que les impidió enervar la acción de desahucio, dado su interés en la subsistencia del arriendo, habiendo notificado ya el embargo cuando el propietario interpuso la demanda de desahucio, en la que se silenció el gravamen de los derechos del arrendatario y cuya sentencia había de afectarles, por lo que procede la acción revisoria, siendo manifiesta la maquinación fraudulenta implicada en la conducta del arrendador que dejó en situación de indefensión a los acreedores del arrendatario, afectados por la misma. La legitimación para promover la revisión debe considerarse extendida no sólo a los interpelados en el litigio, sino a todos aquéllos que por estar directamente interesados en su resultado debieron ser llamados a él, ya que lo contrario supondría negarles los medios de defensa de sus propios derechos, privándoles de un recurso extraordinario.

REVISION DE RENTA.—NO HA PROBADO EL DEMANDANTE SU DERECHO A SUBROGARSE EN LA CUALIDAD DE ARRENDADOR PARA PEDIR LA REVISION DE RENTA. (SENTENCIA DE 8 DE OCTUBRE DE 1993.)

El Juzgado número 22 de Barcelona desestimó la demanda y la Audiencia Provincial confirmó.

No procede la casación. No ha reconocido el demandado la subrogación en la cualidad de arrendatario de otra entidad distinta a la que concertó el contrato correspondiente y por ello el actor debe probar la cualidad con la que comparece en juicio. Es insuficiente decir que la actora ha quedado subrogada tácitamente en la posición de subarrendadora sin acreditar el título por cuya virtud se ha producido semejante sustitución y, de la licitud o ilicitud de tal subrogación, depende el pago del aumento a quien lo reclama. El juicio

sobre resolución de contrato del local de negocio fue resuelto en primera instancia, negando a aquélla legitimación para accionar. No puede inferirse de la prueba aportada que la actora reúna la cualidad de subarrendadora del local litigioso y por tanto con legitimación para reclamar el pago de las rentas pactadas y actualizadas.

RESOLUCION DE ARRENDAMIENTO.—LA ACTORA CONOCIA EN TODO MOMENTO Y AUTORIZO EL CAMBIO DE LA SOCIEDAD QUE OCUPABA EL LOCAL, AUNQUE NO CONSTARA POR ESCRITO, SIEMPRE QUE SEA EXPRESO Y NO TACITO O PRESUNTO. (SENTENCIA DE 25 DE OCTUBRE DE 1993.)

El Juzgado número 4 de Bilbao desestimó la demanda, pero la Audiencia Provincial revocó aquélla.

Triunfa la casación. Se desestimó la demanda puesto que no era controvertido que el demandado era quien ejercía la actividad en el local, pero la Audiencia declaró resuelto el arrendamiento, ya que las sociedades codemandadas eran entidades distintas, con personalidad independiente, por lo que se dio la intromisión de un tercero sin autorización del arrendador. Sin embargo, la actora conoció en todo momento y autorizó el cambio de la sociedad ocupante del local y hay hechos concluyentes que evidencian el consentimiento, como son: dar por concluido el contrato existente, reconocimiento personal del actor del consentimiento dado para el cambio de nombre a favor de la nueva entidad y en lo que se refiere a la no firma de un nuevo contrato, se afirma que ha ocurrido por las circunstancias aducidas y además no se ha aceptado la nueva renta que quería imponer el arrendador, por lo que se ve que el actor consintió que el actual ocupante del local fuera «Austin Automatismos, S. A.» y no «Austin del Norte, S. A.». A la autorización escrita no se le puede dar un valor constitutivo del subarriendo sino *ad probationem*, y como tal ha de entenderse dirigida, no al arrendador sino al arrendatario, al ser el medio normal de la prueba de la prestación del consentimiento, pero no impide que el arrendador pueda prestar su consentimiento en forma verbal siempre que el arrendatario lo pruebe y el consentimiento no sea tácito o presunto, cual exige la LAU. El arrendador que concedió en forma verbal su autorización y después pretende acogerse a la exigencia formal del artículo 22, faltando a la buena fe, trata maliciosamente de obtener la resolución del arrendamiento por falta de la forma escrita.

REVISION DE RENTA.—EL INCREMENTO DE LA RENTA HA DE PARTIR DE LA QUE SE VENIA COBRANDO POR MUTUO ACUERDO AL NO TENER EFECTO RETROACTIVO LA RECLAMACION, YA QUE EL NO EJERCICIO ANTERIOR DE LA ACCION SUPONE UN ABANDONO DE LA MISMA, AUNQUE SEA TEMPORAL. (SENTENCIA DE 11 DE NOVIEMBRE DE 1993.)

El Juzgado número 2 de Castellón estimó la demanda, pero revocó la Audiencia de Valencia en cuanto a la cuantía de la renta.

No procede la casación. El contrato se hizo por un plazo de veinticinco años, con revisiones cada cinco años. El cálculo revisorio carece de cifras a tener en cuenta conforme ordena el artículo 101.1 LAR, al fijar como fecha

de su exigibilidad la de su reclamación por vía judicial al no poder tener efecto retroactivo, según preceptúa dicha norma sustantiva. Tratar de dar efecto retroactivo a incrementos atrasados, actualizándolos para fijar una renta-base nueva, marginando las revisadas antes, no es de recibo por carecer de apoyatura legal y jurisprudencial y así resulta del artículo 101. La doctrina es que las revisiones de renta ya practicadas y satisfechas son inalterables y no se pueden dar efectos a los incrementos que los índices de referencia pueden representar, ya que su operatividad y adecuación a lo que se hubiera convenido impone el concurso del acreedor y la aceptación del deudor. Los efectos de revisión son *ex nunc* y no *ex tunc* desde que pudo ejercitarse con observación de la normativa vigente. El no ejercicio de los arrendadores de la reclamación de los aumentos representa un abandono o renuncia temporal del derecho, ya que lo contrario facilitaría la inseguridad jurídica contractual. En cuanto al recurso del demandado, no es base del incremento la renta inicial sino la obtenida convencionalmente en el período anterior, que es lo que asegura el equilibrio de prestaciones sinalagmáticas en el contexto del coste de la vida como establece este Tribunal.

RESOLUCION DE ARRENDAMIENTO.—SE HA PROBADO EL ACCESO AL USO DEL LOCAL DE PERSONA DISTINTA A LA ARRENDATARIA, SIN AUTORIZACION DEL PROPIETARIO. (SENTENCIA DE 12 DE NOVIEMBRE DE 1993.)

El Juzgado número 3 de Barcelona estimó la demanda y la Audiencia rechazó la apelación.

No procede la casación. Se ha probado que la arrendataria del local permitió, sin autorización del propietario, el acceso al uso del local de persona distinta de la arrendataria y sobre tal base fáctica acordó la resolución del arrendamiento por aplicación de la causa 5.ª del artículo 114 LAU. Entre los medios de prueba admitidos figura el de presunciones. La lógica de la deducción está fuera de toda duda: probada la existencia de placa anunciadora de un oftalmólogo que recibe clientela, que entra por puerta distinta, que se anuncia en la prensa y reparte tarjetas, la consecuencia es evidente: el óptico permitió el ejercicio profesional dentro del local arrendado a personas ajenas al contrato.

DECLARACION DE DERECHO.—SE DECLARAN VALIDOS DOS CONTRATOS DE ARRENDAMIENTO Y NULO EL TRASPASO POR NO EXISTIR EL CONSENTIMIENTO PARA LA TRANSFORMACION DE LOCAL EN ALMACEN, YA QUE ESTE NO SE PUEDE TRASPASAR. (SENTENCIA DE 19 DE NOVIEMBRE DE 1993.)

El Juzgado número 3 de Tarrasa estimó la demanda, pero revocó la Audiencia.

Triunfa la casación. Se declaran válidos dos contratos de arrendamiento y nulo el traspaso formalizado en escritura por no existir el consentimiento para la transformación de local en almacén, ya que éste no es apto para el traspaso por no permitirlo el artículo 30 LAU, sin que exista consentimiento para las obras de unión de los locales y sin que exista novación propia ni

modificativa, por no existir consentimiento de las partes para transformar la obligación preexistente. La Audiencia entendió que había novación y que los dos locales se habían convertido en uno y el traspaso había sido correcto conforme a la LAU. Pero el artículo 1.204 del Código Civil dice que para que una obligación quede extinguida por otra que la sustituya es preciso que así se declare terminantemente o que la antigua y la nueva sean incompatibles y ese carácter imperativo se conecta con reiteradas sentencias, como la de 9 de enero de 1992, entre otras. No se ha probado la incompatibilidad entre ambos contratos, ya que la arrendadora siempre ha negado la viabilidad del nuevo contrato y el arrendatario incluso en la escritura de traspaso manifiesta serlo de dos locales y no de uno sólo, aunque luego realice dicho traspaso como si se tratase de un local único, lo que ocasiona la nulidad del traspaso.

RESOLUCION DE ARRENDAMIENTO.—EL ESTABLECIMIENTO EN EL LOCAL ARRENDADO DEL DOMICILIO SOCIAL DE UNA ENTIDAD DISTINTA A LA ARRENDATARIA SIGNIFICA UNA CESION O TRASPASO INCONSENTIDO. (SENTENCIA DE 10 DE DICIEMBRE DE 1993.)

El Juzgado número 4 de Bilbao desestimó la demanda y confirmó la Audiencia Provincial.

Triunfó la casación. En el Registro Mercantil de Vizcaya se establece como domicilio social de la demandada el local arrendado confirmándolo la declaración del Impuesto de Sociedades y del IVA y, según el recurrente, basta probar la domiciliación de una sociedad en el local arrendado para que concurra la causa resolutoria, siendo innecesaria la prueba de la ocupación material del mismo, porque basta la introducción de una tercera persona que la use en beneficio o provecho propio para producirse la resolución del contrato. Así declara reiterada jurisprudencia de esta Sala que la formación de una sociedad con sede social en los mismos locales, arrendados y dedicados a idéntico negocio que el que en ellos ejerce el arrendatario, constituye una cesión o traspaso del derecho arrendaticio por haberse implicado una nueva personalidad sin consentimiento ni conocimiento de aquéllos y, por tanto, la resolución del arrendamiento conforme al artículo 114 LAU.

C. R. R

D) FAMILIA

POR FRANCISCO CASTRO LUCINI

PATRIA POTESTAD PRIVACION DE LA MISMA POR PARRICIDIO. (SENTENCIA DE 31 DE DICIEMBRE DE 1996.)

La patria potestad deberá ejercerse siempre en beneficio de los hijos de acuerdo con su personalidad.

Declarada por el Juzgado de Primera Instancia número 28 de Madrid, la privación de la patria potestad por parricidio cometido contra la madre de

éste por el padre y confirmada la sentencia por la sección 22 de la Audiencia Provincial de Madrid, el Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido Ponente el Magistrado don José Almagro Nosete declara no haber lugar al recurso de casación, manifestando que la patria potestad es la institución protectora del menor por excelencia y se funda en una relación de filiación, cualquiera que sea su naturaleza (matrimonial, no matrimonial o adoptiva). Más que un poder, actualmente se configura como una función establecida en beneficio de los hijos menores, ejercida normalmente por ambos progenitores conjuntamente, y cuyo contenido está formado más por deberes que por derechos, como resulta del propio artículo 154 del Código Civil. El carácter familiar de la patria potestad no excluye que el legislador, teniendo en cuenta las razones que justifican una especial protección de los menores, prevenga la intervención judicial en esa institución protectora, así como la del Ministerio Fiscal, y la entidad pública administrativa. Consecuentemente, la patria potestad deberá ejercerse siempre en beneficio de los hijos de acuerdo con su personalidad, por lo que es rechazable todo ejercicio que entrañe beneficio exclusivo del titular, o cuando en su ejercicio se prescinda de la propia personalidad del menor. De ahí que la privación de la patria potestad en determinados supuestos, como son los comprendidos en el artículo 170 del Código Civil, se establezca como una medida de protección del menor. Así lo han entendido, con pleno acierto, las sentencias de primera y segunda instancia cuando accedieron a la pretensión de privación de la patria potestad respecto al recurrente don M. T. Ante un supuesto hecho similar, la Sentencia de esta Sala de 20 de enero de 1993, con cita de las Sentencias de 9 de marzo de 1989 y 30 de abril de 1991, establece que «la patria potestad, al estar configurada como conjunto de derechos que la Ley confiere a los padres sobre las personas y bienes de sus hijos no emancipados, para asegurar el cumplimiento de las cargas que les incumben, está orientada en favor y servicio de los hijos y de acuerdo con su personalidad, por lo que ha de estar perfectamente en consonancia con el estado emocional del niño y las circunstancias concretas en que se hallen, tanto los hijos como los padres, en punto a la causa que creó la situación excepcional y anómala en que uno y otro se encuentran como la posibilidad de su ejercicio integral». De acuerdo con esta doctrina ha actuado el juzgador de instancia. Ha tenido en cuenta, ante todo, el interés del hijo menor, su personalidad, su estado emocional y demás circunstancias concurrentes en el caso, en verdad singulares, para llegar a la conclusión de la procedencia de la privación de la patria potestad tras la ponderada valoración de los elementos probatorios y la correcta interpretación de las normas jurídicas aplicables al caso debatido, por lo que, en consecuencia, el motivo también debe desestimarse.

FILIACION NO MATRIMONIAL. INVESTIGACION DE PATERNIDAD. PRUEBA BIOLOGICA. (SENTENCIAS DE 3, 10, 12 Y 19 DE SEPTIEMBRE; 9, 17, 24 Y 28 DE OCTUBRE DE 1996.)

Todas estas sentencias establecen que la negativa injustificada a someterse a la prueba de grupos sanguíneos, que llega a una total fiabilidad en sentido negativo y hasta un 99,89 por 100 de posibilidades positivas, aunque no pueda ser determinante de una *ficta confessio*, ha de ser relacionada con las demás pruebas para obtener la indispensable convicción en orden a la cual la negati-

tiva injustificada constituye indicio probatorio muy cualificado, pues tal negativa puede entrañar un afán obstruccionista, que incluso puede llegar hasta un fraude de ley o un ejercicio antisocial del derecho. Sin que tal negativa pueda justificarse aduciendo que la madre haya tenido relaciones sexuales con otras personas, esto es, por el riesgo del *plurimum concubentoum*.

PROMESA DE MATRIMONIO. UNION DE HECHO. DAÑO MORAL. RESARCIMIENTO. (SENTENCIA DE 16 DE DICIEMBRE DE 1997.)

El incumplimiento de la promesa de matrimonio no origina daño moral resarcible.

La actora, apelada y recurrida, convivió con el demandado, apelante y recurrente, por espacio de unos tres años integrándose en tal convivencia los tres hijos que aquélla tenía de su precedente matrimonio disuelto, hasta el punto de llevar a su ánimo la certidumbre de que se celebraría el matrimonio civil, en razón a la cual realizó determinados gastos relativos entre otros a los hijos y resolvió el contrato de arrendamiento de su vivienda. La frustración del proyecto matrimonial la originó una depresión y daños materiales y morales. El Juzgado de Primera Instancia número 17 de Sevilla condenó al demandado a abonar a la actora cinco millones de pesetas, que la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Sevilla redujo a tres millones de pesetas en concepto de indemnización de daños y perjuicios. El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido Ponente el Magistrado don José Almagro Nosete, declara no haber lugar al recurso de casación, si bien determina que «el daño moral, causado por la frustración del proyecto matrimonial, no es indemnizable bajo ninguna cobertura legal, y lo mismo cabe decir del estado de depresión reflejado en el informe forense que consta en las actuaciones», y que «los demás daños son reparables conforme al artículo 1.902 del Código Civil».

UNION DE HECHO. EJERCICIO DE LA PATRIA POTESTAD. (SENTENCIA DE 6 DE JULIO DE 1996.)

Cuestionado el ejercicio de la patria potestad tras la ruptura de la unión de hecho, el Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido ponente el Magistrado don Francisco Morales Morales, declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto por la madre actora y apelante contra la sentencia de la sección 6.ª de la Audiencia Provincial de Sevilla, que había confirmado la del Juzgado número 2 del Puerto de Santa María, conforme a las siguientes puntualizaciones:

1. La titularidad de la patria potestad corresponde a ambos padres.
2. El ejercicio cotidiano y ordinario de dicha función tuitiva corresponde en exclusiva a la madre, con quien el hijo convive.
3. El padre debe ser oído y consultado por la madre, antes de que ésta adopte decisión alguna, en aquellas cuestiones que afectan al menor y tengan carácter extraordinario o revistan especial importancia; sólo en casos extremos de excepcional relevancia o singular trascendencia, el padre, si discrepare razonable y abiertamente del criterio de la madre, podrá recabar la situación (sic) decisoria de la autoridad judicial.

4. La obligación de alimentos es igualmente compartida, fijándose en ejecución de sentencia el alcance de la misma.

5. El padre podrá tener consigo al hijo desde las doce a las veinte horas de los sábados y domingos del primer fin de semana de cada mes.

DIVORCIO. PENSION. (SENTENCIA DE 23 DE SEPTIEMBRE DE 1996)

El divorcio no genera derecho a alimentos entre parientes sino la fijación de una pensión a establecer en la resolución judicial que acordó el divorcio, sin que sean aplicables los artículos 143, 150 y 152 del Código Civil, sino el artículo 97 del mismo Cuerpo legal.

UNION DE HECHO. COMUNIDAD DE BIENES INAPLICACION SUPLETORIA DEL REGIMEN DE GANANCIALES. (SENTENCIA DE 31 DE OCTUBRE DE 1996.)

Se rechaza la aplicación por analogía a la unión de hecho del artículo 1.351 del Código Civil y, en general, del régimen económico matrimonial de gananciales, sino que existe una comunidad de bienes regida por los artículos 392 y siguientes del Código Civil.

F. C. L.

E) SUCESIONES

Por FRANCISCO CASTRO LUCINI

REVISION. (SENTENCIA DE 12 DE ABRIL DE 1996)

El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido Ponente el Magistrado don Alfonso Barcala y Trillo-Figueroa, declara haber lugar al recurso de revisión interpuesto contra la sentencia firme del entonces Juzgado de Distrito de Torrijos en juicio de cognición, basando la decisión en que los recurrentes habían sido demandados y emplazados con distintos apellidos a los que ostentaban y correspondía, aunque estos apellidos verdaderos constasen en la sentencia

SUSTITUCION EJEMPLAR. ENAJENACION DE BIENES DEL INCAPAZ. (SENTENCIA DE 26 DE MAYO DE 1997.)

El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido Ponente el Magistrado don Román García Varela, declara haber lugar al recurso de casación interpuesto por la parte demandante y apelada contra la sentencia de la sección 3.ª de la Audiencia Provincial de Granada que había revocado la del Juzgado de Primera Instancia de Vélez-Málaga, confirmando la de éste.

Los hechos son los siguientes:

1.º El demandante don F. R. S. es hijo de don R. R. V. y de doña A. S. V y sobrino carnal, por línea materna, de doña S. S. V., esposa de don J. V. P., a su vez padre de don R. V. G., quien fue declarado incapaz y falleció en el Sanatorio Psiquiátrico «San José», de Málaga, en fecha de 10 de julio de 1981, a los noventa y dos años de edad.

2.º Don J. V. P. otorgó testamento abierto el 12 de diciembre de 1924, y lo ratificó en otro de 10 de noviembre de 1931, excepto en lo relativo a la tutela de su único hijo

En la cláusula quinta del primer testamento legó el tercio de libre disposición en pleno dominio a su segunda esposa y sobrina carnal doña S. S. V., y en la sexta instituyó y nombró heredero, en el remanente de todos sus bienes, derechos y acciones, a su único hijo don R. V. G., nacido de su primer matrimonio con doña A. G. L.

En la cláusula séptima del segundo testamento dispuso que, si «por continuar en el estado de incapacidad su hijo don Ricardo no pudiese éste testar, nombra por heredera universal del mismo a la esposa del otorgante doña S. S. V., y, si hubiera fallecido, a sus herederos legítimos».

Doña S. S. V. falleció el 12 de octubre de 1950, sin descendientes ni ascendientes, sobreviviéndole, entre otros, su hermana doña A. S. V., madre del actor.

3.º Don J. V. P. constituyó la tutela de su hijo don Ricardo en los mencionados testamentos; el Consejo de Familia fue reconstituido en diversas ocasiones, la última en 13 de marzo de 1971; asimismo, los cargos de tutor y protutor cambiaron en el tiempo y, en la fecha del fallecimiento del incapaz, don R. S. B. y don J. L. M., respectivamente, tutor y protutor.

4.º Por escritura pública otorgada el 24 de marzo de 1981 fueron transmitidas a don A. F. S. S. y don A. R. S., hijo y sobrino del tutor, determinadas fincas

En dicho documento, que se inscribió en el Registro de la Propiedad cuatro años después de su otorgamiento, se detalla que los adquirentes se obligan a pagar al Sanatorio Psiquiátrico «San José», de Málaga, la cantidad de QUINIENTAS CINCUENTA Y UNA MIL SETECIENTAS QUINCE PESETAS (551.715 pesetas), adeudadas al centro por la residencia y asistencia de don R. V. G., e, igualmente, a abonar todos los gastos, tanto ordinarios como extraordinarios, entendidos como alimentos y con la amplitud señalada en los artículos 142 y concordantes del Código Civil, que ocasione el internamiento del incapaz hasta su muerte, así como el impedimento de enajenar las fincas referidas en vida de éste

5.º La cesión se produjo sin la pública subasta entonces establecida legalmente para la enajenación de inmuebles de menores e incapacitados.

6.º Don F. R. S., en nombre propio y de la comunidad hereditaria de don J. V. P., interesó la declaración de nulidad radical de la enajenación realizada en escritura pública de fecha 24 de marzo de 1981, y la de nulidad de las inscripciones y la orden de su cancelación para que recobren plena validez las inscripciones anteriores a favor de don R. V. G.

La Audiencia, para decidir que el demandante carece de acción discurre conforme a esta alternativa:

a) Si la sustitución ejemplar afecta sólo a los bienes del testador sustituyente, el demandante carece de derechos hereditarios sobre ese patrimonio, e

incluso de cualquier expectativa sobre las fincas rústicas, objeto de la cesión en el contrato de vitalicio; b) si aquélla comprende toda la herencia del sustituido, no se reconoce ningún derecho al demandante, que no ostenta la calidad de heredero legítimo de doña S. S. V. por no ser heredero testamentario ni forzoso de la misma, sin que a esta afirmación pueda obstar el hecho de que su madre, doña A., fuera instituida como sucesora condicional y de residuo en el usufructo de cierta parte de la herencia, pues por un lado, ni siquiera consta que dicha institución se consumara antes de su fallecimiento, y, por otro, aunque así hubiese ocurrido, el óbito de la usufructuaria habría extinguido su derecho.

A su vez, la parte recurrente incorpora una tercera posibilidad, no contemplada por la Audiencia, conformada así: la sustitución ejemplar es siempre un nombramiento del derecho del incapaz por el sustituyente y, en este caso, al efectuar ese llamamiento, en favor de quienes fueran herederos legítimos de doña S. en el momento de la muerte de don R., comprendía a todos los que fueran herederos abintestato de esta señora.

La tesis aducida, dice el Tribunal Supremo, es válida y la doctrina jurisprudencial la ha recogido reiteradamente; en efecto, esta Sala tiene declarado desde la Sentencia de 6 de febrero de 1907, que la sustitución ejemplar consiste en un nombramiento del heredero del incapaz por el sustituyente y su finalidad es la evitación de la sucesión intestada de aquél; quién opera la sustitución y, por consiguiente, nombra heredero del incapaz, es el sustituyente y, en la coyuntura del debate, éste, don J. V. P., verifica la nominación en favor de su segunda esposa doña S. y, si hubiese fallecido, en el de los herederos legítimos de ésta; asimismo, no hay duda que el testador, al llamar a los herederos legítimos de su segunda esposa en la hipótesis reseñada, sabía sin duda quiénes eran, pues estaba casado en segundas nupcias con la hija de su hermana doña M. V. P., de manera que al llamar a la estirpe abintestato de su consorte, estaba designando a la suya propia, pues sólo tenía como descendiente al hijo incapaz, por confundirse la de su hermana con los herederos abintestato de su referida consorte; en definitiva, don José efectuó la sustitución sin dejación de las precisiones sucesorias a eventualidad alguna, cuando la posibilidad de que hubiera comisionado a doña S. para que ésta, nombrada heredera por él, a su vez designara a los del incapaz, constituiría, de un lado, delegación de la facultad de testar, y de otro, la consumación de un testamento por comisario, si se hubiera efectuado, que son actos prohibidos por el Código Civil.

El recurrente ha utilizado la acción de nulidad absoluta por falta o ilicitud de causa con fundamento en el artículo 1.261 del Código Civil en relación con los artículos 1.274, 1.275 y 1.276 de este ordenamiento y esta Sala tiene declarado, entre otras, en Sentencias de 12 de diciembre de 1960 y 8 de febrero de 1972, que para el ejercicio de la misma está legitimada cualquier persona con interés en ello, entre los que se encuentran los terceros perjudicados, situación en la que se halla el actor y recurrente como secuela de sus expectativas de derecho a la herencia yacente de don R. V. G.

Los motivos tercero y cuarto del recurso, los dos amparados en el artículo 1.692.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil —uno, por transgresión del artículo 272 del Código Civil en su anterior redacción en relación con el artículo 6.3 de este ordenamiento, al no haberse utilizado el medio de la subasta pública para la transmisión de las fincas; otro, por vulneración del artículo 1.275 del Código Civil y de la jurisprudencia que lo interpreta, ya que

la sentencia recurrida no tiene en cuenta que el contrato celebrado posee una causa ilícita—, se estima porque, aunque la sentencia recurrida considera que la subasta debió haberse celebrado, sin embargo razona que, como don F. R. S. carece de interés legítimo para reclamar la nulidad del contrato, no puede ser denunciada la falta de dicho formalismo, situación que, como se ha expuesto, no se acepta en esta sede por mor de lo consignado en el fundamento de derecho precedente sobre la aptitud del hoy recurrente para deducir la demanda al disponer de la oportuna acción, cuya argumentación, en evitación de repeticiones, se da aquí por reproducida.

Sin perjuicio de lo hasta ahora razonado en este fundamento de derecho, conviene explicar que el párrafo primero del artículo 272 del Código Civil utilizaba en su derogada redacción el término «enajenación» en el sentido específico de «venta», concepto mantenido en el segundo párrafo al referirse a los valores bursátiles propios del menor o incapacitado, y este significado provocó que la Resolución de la Dirección General de los Registros de 19 de noviembre de 1917 indicara que el requisito de la subasta pública repugna al contrato de permuta, ante lo cual relevantes juristas de aquella época señalaron que, por ser este pacto una forma de transmisión, al exigir el artículo 272 que la enajenación de bienes inmuebles se haga en pública subasta o lo prohíbe, pues en tal acto es imposible la subasta, lo cual es un absurdo, o no lo ha tenido presente, y, al entender que los inmuebles de los menores o incapacitados sujetos a tutela pueden permutarse, buscaron medios sustitutivos de la pública subasta y estimaron como tales la previa tasación judicial de las fincas que por una y otra parte han de ser cambiadas y la justificación de la utilidad a reportar por el acto, cuya solución esta Sala estima adecuada y vale para el atípico pacto de vitalicio, cuyas peculiaridades asimismo rehúsan la subasta, pero sin que en el caso del debate se haya reemplazado por los mecanismos referidos ni tampoco por otros, lo que conduce a la nulidad de la enajenación.

La evitación de la subasta o de un instrumento alternativo supone que el acto realizado contradecía el mandato del artículo 272 en su precedente redacción, y este hecho ha generado la nulidad de pleno derecho del negocio en atención a su naturaleza —tema que se tratará en el fundamento de derecho siguiente—, móviles —la adquisición de las fincas por un hijo y un sobrino del tutor—, circunstancias —aparte de las comentadas, el hecho de no haber inscrito la escritura en el Registro de la Propiedad hasta cuatro años después de su otorgamiento—, y efectos previsibles —los exiguos desembolsos realizados por los adquirentes hasta el fallecimiento del incapaz—.

Además, la presencia de las puntuales particularidades reseñadas acto seguido, incluye lo acaecido dentro de aquellos pactos configurados como ilícitos por el matiz inmoral de la operación en su conjunto y que, de acuerdo con el artículo 1.275 del Código Civil, determinan que el contrato, por poseer una causa torpe, no produzca efecto alguno, en este sentido, se tiene en cuenta la formalización del negocio jurídico cuando don R. V. G. contaba noventa y un años de edad y, por tanto, eran escasas sus posibilidades de prolongación de vida; se valora la ausencia de significado económico auténtico en el convenio, debido a que no era necesario para atender la deuda por asistencia en el sanatorio y los exiguos gastos mensuales de mantenimiento del incapaz, que se podían satisfacer con los recursos de su pensión anual y las utilidades del dinero obtenido por la venta anterior de una casa en Málaga; y se considera la expresada relación de parentesco entre el tutor y los cesionarios.

El motivo quinto del recurso —al amparo del art. 1.692.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil por infracción de los arts. 1.276 y 619 del Código Civil, y también del art. 275 del mismo Cuerpo legal en su redacción anterior, y de la jurisprudencia relativa a los negocios simulados con simulación relativa, pues la sentencia recurrida no considera que el negocio objeto del pleito carece de causa onerosa, y admite aquí la aleatoriedad propia del contrato de vitalicio—, se estima porque estamos ante una relación jurídica desprovista de causa onerosa, que no es posible por la clara desproporción entre la importante aportación patrimonial puesta a cargo de los adquirentes y lo recibido a cambio por el incapaz, tan sólo QUINIENTAS CINCUENTA Y UNA MIL SETECIENTAS QUINCE PESETAS (551.715 pesetas) y unas mensualidades por alimentos de VEINTISEIS MIL PESETAS (26.000 pesetas) —de las que sólo se devengaron las ocasionadas desde la fecha del contrato hasta el fallecimiento de don R. V. G., cerca de tres meses y medio después—, sin que se diera la aleatoriedad por la avanzada edad de éste, enfermo senil y que, además, padecía una afección crónica mental y, según antes se argumentó, con escasas probabilidades de prolongación de vida.

Se ha formado un negocio aparente para ocultar otro que era el realmente deseado por las partes, lo que la doctrina jurisprudencial califica como supuesto de simulación relativa; en verdad, estamos ante un contrato de donación con carga o gravamen encubierto bajo la forma de otro de vitalicio, que ha de reputarse ilícito, debido a que el artículo 275 del Código Civil en su anterior redacción, vigente al momento del contrato, prohibía al tutor donar o renunciar cosas o derechos del incapacitado, de modo que la convención referida constituye fraude de ley.

COMENTARIO.—Acerca de la naturaleza jurídica de la sustitución ejemplar (y lo mismo análogamente de la pupilar) se ha mantenido que:

1.º Se trata de un testamento del incapaz otorgado por el padre o ascendiente, quien puede designarle sustituto tanto en sus propios bienes como en los privativos del incapacitado. El sustituto sucede al sustituido, pues la ley faculta al ascendiente para disponer de la herencia del incapacitado o testar en su nombre, a fin de evitar que muera intestado, siendo ésta realmente una excepción al carácter personalísimo del testamento consagrado por el artículo 670 del Código Civil (TRAVIESAS, ROYO, ALBALADEJO, ROCA SASTRE, PUIG PEÑA, Sentencias de 6 de febrero de 1907, 2 de diciembre de 1915, 10 de diciembre de 1929 y la que comentamos).

Como principales argumentos a favor de esta opinión puede aducirse que la misma se apoya en la concepción romana y los precedentes patrios, que debieron ser recogidos por el Código Civil conforme a las bases 1.ª y 16.ª; y que de no ser así, vendría a ser superflua esta institución, pues sus mismos fines podrían conseguirse mediante la sustitución vulgar o la fideicomisaria condicional; finalmente, que así parece presuponerlo el propio Código, cuyo artículo 777 parece, en efecto, dar por supuesto que el sustituto sucede al sustituido, pues no puede pensarse que los herederos forzosos de éste pudieran accionar como legitimarios contra el sustituto nombrado por el ascendiente si lo fuese sólo para sus propios bienes y no los del sustituido, pues se trataría de una herencia ajena.

2.º Una variante de la opinión anterior es la de considerar que se trata de una disposición de una herencia ajena en la que el causante no es el testador,

de tal modo que es un testamento del propio padre o ascendiente en el que excepcionalmente y actuando en propio nombre (por lo que no supone una excepción al carácter personalísimo del testamento) puede disponer de una sucesión ajena —la del incapacitado sustituido— incluso respecto a los bienes propios de éste no recibidos a través del sustituyente.

3.º Opinión contraria a las anteriores es la de quienes entienden (OLIVA, SÁNCHEZ ROMÁN, DE BUEN, CASTÁN, BONET RAMÓN) que el sustituyente ascendiente puede testar por el sustituido o disponer de su herencia sólo respecto a los bienes que éste haya recibido de aquél por causa de muerte, pues no aparece expresamente desvirtuado para este caso el carácter personalísimo del testamento en el Código Civil.

4.º Por su parte, JERÓNIMO LÓPEZ en su estudio «Notas acerca de la naturaleza jurídica de las sustituciones pupilar y ejemplar en el Código Civil español», ADC, XI-3, julio-septiembre de 1958, págs. 3-19, sostiene que se trata de llamamientos de herederos en orden sucesivo a la herencia del sustituyente, quien nombra para sí mismo —no para el sustituido— un segundo heredero, en previsión de que el incapacitado puede morir intestado y pasar los bienes en que le suceda a personas que no son de su agrado. El fin de esta sustitución, dice, no es tanto proteger al sustituido como a los sustituibles, removiendo el obstáculo que se opone a que sean favorecidos por el testamento.

Como fundamento de su parecer aduce que el Derecho romano careció, en realidad, de un criterio unitario; que la misma Ley de Bases permite que se adopten soluciones nuevas, que no hay tal carácter superfluo, pues se evita la forma expresa y el expreso llamamiento de las sustituciones fideicomisarias; y, finalmente, que no hay tal oposición entre esta concepción y el artículo 777, antes por el contrario, este precepto queda sin explicación si se mantiene la primera opinión, cuyos partidarios lo consideran excepción extraña e injustificada al primitivo artículo 814, mientras que la opinión por él sustentada lo explica, lógicamente, como muestra de la primacía de la sucesión necesaria del sustituido sobre la dispuesta para sí mismo por el testador de quien proceden los bienes.

La Sentencia de 20 de marzo de 1967 (ponente don Manuel Taboada Roca) mantiene el criterio expuesto en tercer lugar limitando la sustitución a los bienes que el ascendiente haya dejado a su descendiente incapaz. Por el contrario, la sentencia que comentamos da por supuesto que comprende todos los bienes, incluidos los propios del incapacitado, criterio que puede considerarse mayoritario hoy día.

TESTAMENTO. NULIDAD. FALTA DE FIRMA DEL TESTADOR (artículos 675, 687 y 695 del Código Civil). (SENTENCIA DE 16 DE JUNIO DE 1997.)

Al no ser cierta la manifestación del testador de no saber firmar, se omitió una de las formalidades esenciales en orden a la validez del testamento.

El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido ponente el magistrado don Alfonso Barcala y Trillo-Figueroa, declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto por la parte demandada y apelada contra la sentencia de la sección 1.ª de la Audiencia Provincial de La Coruña, que había revocado la del Juzgado de Primera Instancia de Negreira.

Los hechos son muy sencillos. Don F. T. B. otorgó sendos testamentos notariales abiertos en fechas 14 de agosto de 1968 y 2 de marzo de 1983 ante

distintos notarios, en los cuales se hace constar expresamente que el testador no firma por no saber hacerlo, haciéndolo a su ruego el testigo que se designa. Los demandantes y apellados impugnan la validez del testamento aduciendo que tal manifestación no es cierta, como se deduce del cuaderno particional de la herencia de sus padres, relativo al cupo del hermano del testador, pericialmente averdado, así como del acta notarial de manifestaciones de fecha 29 de julio de 1977, autorizada por notario distinto a los de los testamentos, en la que igualmente plasmó su firma.

El Juzgado de Primera Instancia de Negreira desestimó la demanda, quizá basado en que efectivamente, en la fecha del último testamento el testador no sabía firmar, pues murió aquejado de la enfermedad de Parkinson y sabido es que una de las secuelas o efectos de esta enfermedad es la de olvidar cosas que antes se conocían o era posible hacer. En cambio, la Audiencia declaró la nulidad de los dos testamentos, abriendo la sucesión intestada, basándose en que no era cierta la manifestación del testador de que no firma por no saber hacerlo.

El Tribunal Supremo recoge este último argumento al manifestar que «puesto que la sentencia recurrida declara hechos probados, entre otros, que en los testamentos se hacía constar que el testador no firma por no saber hacerlo y que tal manifestación no era cierta, hay que estar a tales hechos al no poder ser atacables en casación. Añade, además, que el carácter formalista del testamento obliga al cumplimiento escrupuloso de los requisitos extrínsecos y a su interpretación restrictiva, de manera que para su validez es absolutamente necesario que se cumplan de modo riguroso todas las solemnidades esenciales y requisitos exigidos por el Código Civil, hasta el punto de que este aspecto formal —imperativamente impuesto— predomina sobre la búsqueda interpretativa de la voluntad del testador. Y concluye que cuando está acreditado no ser cierta la manifestación del testador de no saber firmar, nos encontramos, sin lugar a duda alguna, que se omitió una de las formalidades esenciales que previene el artículo 695 del Código Civil en orden a la eficacia y validez del testamento.

COMENTARIO.—Como puede observarse, el Tribunal Supremo confirma en esta sentencia el criterio rígidamente formalista de otras anteriores, como las de 4 de enero de 1952 y 10 de noviembre de 1973, siendo de observar que las sentencias proceden de Galicia y de testamentos otorgados por gallegos. Existe, sobre todo entre los paisanos gallegos (gentes que, aunque no muy ilustradas, tienen un intuitivo instinto jurídico, no siempre acertado, para salir del paso mediante subterfugios) para salir al paso de presiones de última hora por ciertos familiares, la costumbre de adoptar la solución, cuando no quieren hacer el testamento con el contenido que les «aconsejan» y al propio tiempo temen o no se atreven a testar de otro modo (sobre todo existiendo los testigos quienes pueden informar a los parientes), de afirmar que no saben firmar o que no pueden hacerlo, cuando les consta a ellos mismos lo contrario. Y por muchas admoniciones que el Notario haga a los testigos acerca de la obligación de guardar secreto, es lo cierto que el testador sigue desconfiando de éstos, por lo que apela a ese medio de declarar falsa y conscientemente para burlar las apetencias de quienes le presionaron para disponer de los bienes en determinada forma.

Por tanto, más que anular el testamento por carecer de un requisito formal o extrínseco, parece que procede su nulidad por falta de un requisito de fondo

o interno, cual es la falta de voluntad libre y deliberada de testar, es decir, tener por suyo el contenido del testamento, siempre que existan pruebas de esa posible coacción sobre el testador. De no ser así, parece preferible opinar que la declaración de no saber firmar equivale a la firma del testador cuando por él y a su ruego firma uno de los testigos. Da base a esta solución el propio Código, que no expresa «si el testador no sabe o no puede firmar», sino «si el testador *declara* que no sabe o no puede firmar. Esa declaración, hecha ante el Notario y los testigos, estimo que debe amparar la validez del testamento. En todo caso, puede corroborarse con lo que aparezca en el documento de identidad. Si apareciese firmado, el Notario debe insistir para que el testador firme, aunque lo haga mal.

SUCESION. LEY NACIONAL APLICABLE. REENVIO. DESHEREDACION SIN EXPRESION DE CAUSA. ACTOS PROPIOS. ARTICULOS 8, 9.1, 12 Y 851 DEL CODIGO CIVIL. (SENTENCIA DE 15 DE NOVIEMBRE DE 1996.)

La sucesión se rige *prima facie* por la Ley nacional de causante. Nuestro Derecho admite el reenvío de primer grado. El derecho extranjero tiene el tratamiento de hecho.

El Juzgado de Primera Instancia número 4 de Málaga, absolvió a los demandados, hermano del testador y otra persona, frente a la pretensión de los hijos del mismo consistente en pedir la nulidad del testamento en el que tras exponer el testador que tiene dos hijos —los actores— no los excluye expresamente de la herencia e instituye heredero a su hermano y caso de premoriencia a los hijos de éste.

La sentencia de la sección 4.ª de la Audiencia Provincial de Granada revocó la sentencia del Juzgado, declarando la nulidad del testamento en cuanto afecte a los bienes inmuebles sitos en España y perjudique los derechos de los dos hijos del testador.

El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido Ponente el Magistrado don Jesús Marina Martínez-Pardo, declara haber lugar al recurso de casación interpuesto por los demandados y apelados respecto a la sentencia de la Audiencia, que casa y anula, confirmando la del Juzgado, conforme a los siguientes fundamentos de los que resultan los hechos.

La Audiencia, en el primero de los fundamentos, recoge esquemáticamente los hechos acreditados por la prueba y que conviene reproducir para el adecuado estudio del recurso:

A) Vicisitudes familiares del señor L.: 1.º Don J. A. L. era en vida ciudadano del Estado de Maryland, de los Estados Unidos de América, y residía en Málaga en una finca de su propiedad llamada «El Coronel»; estuvo casado con doña D. N., de la cual se divorció en 5 de julio de 1959; 2.º Parece ser que convivió con una española, doña P. S. de los H., de la que tuvo dos hijos: J. A. Jr., nacido en 4 de julio de 1956, y L., nacida en 10 de julio de 1959; 3.º En 21 de agosto de este último año, una vez obtenido el divorcio, el señor L. contrajo nuevo matrimonio civil en Gibraltar con doña P. S., madre de sus hijos; 4.º Tiempo después, el señor L. interpone demanda de nulidad de su matrimonio con doña P., pleito que es definitivamente resuelto por el Tribunal Supremo en Sentencia de 5 de julio de 1975, que confirma la declaración de nulidad del matrimonio, si bien conservando la esposa y los hijos todos sus

derechos, 5.º El señor L. contrae nuevo matrimonio con una súbdita sueca llamada A. M. W. L., que tiene ya un hijo de otro matrimonio anterior; fallece ésta sin darle nueva descendencia, y el día 19 de junio de 1977 fallece en Londres el señor L.

B) Testamentos otorgados por el señor L.: 1.º En 5 de agosto de 1970, el señor L. otorga un testamento abierto ante el Notario de Málaga, señor Avila Pla, en el que instituye heredera universal a su esposa doña A. M. W. L. y revoca expresamente cualquier testamento anterior; 2.º En 20 de octubre de 1975, ante el mismo Notario, otorga otro testamento, del que no consta copia en las actuaciones, sino sólo la referencia del Registro Central de Últimas Voluntades; más, según la parte demandada, en dicho testamento, el señor L. instituye heredero de los bienes sitos en España al hijo de su difunta esposa, y en todo lo demás, a su hermano A. G. L.; 3.º En 4 de diciembre de 1975 otorga otro testamento en Baltimore (Maryland), en el que excluye expresamente de la herencia a sus hijos J. A. y L., mantiene como heredero de los bienes en España al hijo de su última esposa e instituye en todo lo demás a su referido hermano; 4.º En 3 de marzo de 1976, el señor L. otorga un último testamento ante el Notario de Málaga, señor Palacios Ruiz de Almodóvar, en el que expone que tiene dos hijos, pero no los excluye expresamente de la herencia, instituye heredero en todos sus bienes a su hermano Albert, y en caso de premoriencia a los hijos de éste, y revoca expresamente cualquier testamento anterior.

C) Actuaciones procesales posteriores a la muerte del señor L.: 1.º Muerto el señor L., su antigua esposa doña P. S. de los H. acude a un Tribunal de Baltimore en solicitud de que se le reconozcan sus derechos a la herencia como cónyuge superstite, y el Tribunal de Apelaciones del Estado de Maryland resuelve en definitiva negando a la señora S. los derechos invocados, por estimar que el matrimonio había sido declarado nulo y la esposa había comparecido voluntariamente en el pleito de nulidad; 2.º Doña P. y sus dos hijos promueven otro litigio en Baltimore para que se declare la nulidad del testamento otorgado en España en el año 1976 que revoca al anterior, pero el Tribunal testamentario americano entiende que son válidos y complementarios ambos testamentos; 3.º Fallecido el heredero instituido, don A. L., sus hijos, los hoy demandados, manifiestan la herencia ante el Notario de Madrid, don Aristónico García, y tras inscribir a su nombre en el Registro de la Propiedad la finca «El Coronel», promueven un procedimiento del artículo 41 de la Ley Hipotecaria contra sus primos J. A. y L., que ocupan la finca; éstos interponen entonces una querrela criminal contra aquéllos y contra otras personas, acusándolas de un supuesto delito de estafa procesal, lo que da origen a unas diligencias ante el Juzgado de Instrucción número 9 de los de Málaga, que son sobreesas por auto de la Audiencia Provincial de 23 de octubre de 1985; 4.º Y en 27 de octubre de 1986, J. A. y L. interponen la demanda que da origen a estos autos, en la que solicitan que se declare la nulidad del testamento otorgado por su padre en Málaga en el año 1976, por el que instituyó heredero a su hermano Albert y a sus descendientes, basándose en que, según la Ley del Estado de Maryland, la desheredación de los descendientes ha de ser expresa y nominal.

La Audiencia para declarar la nulidad de la institución de heredero contenida en el testamento otorgado por don J. A. L. el día 3 de marzo de 1976, «en cuanto dicha institución afecte a bienes inmuebles del testador que se hallen situados en España y perjudique a los derechos de los demandantes don J. A.

L. Jr. y doña L. L. S.», razona en síntesis; el causante era ciudadano de Maryland, con último domicilio en Inglaterra, donde falleció, y parte de los bienes relictos se hallan en España donde residen sus descendientes. La sucesión *prima facie* se regirá por la Ley nacional (art. 9.2 del Código Civil) del causante (estatuto personal), pero según la Ley de Maryland, respecto a bienes inmuebles la sucesión se rige por la *lex rei sitae*. La remisión al derecho extranjero, según el artículo 12 del Código Civil, «se entenderá hecha a su ley material, sin tener en cuenta el reenvío que sus normas de conflicto puedan hacer a otra ley que no sea la española». De este precepto deduce la Audiencia que el Código, a partir de la reforma del título preliminar de 1974, admite el reenvío de primer grado y por ello ha de regirse la sucesión de los bienes sitos en España, según el Derecho español. Para conocer el derecho material de Maryland y sus normas de conflicto acudió la Audiencia, en uso del artículo 12, último párrafo, a la información de la Embajada de los Estados Unidos.

Sentado lo anterior, y producido el óbito del causante en 1977, su sucesión la decide con el texto del Código Civil que en sucesión es el fijado por Ley de 24 de abril de 1958.

Continúa la Audiencia, el análisis, interpretación y valoración de los testamentos, la mención de los hijos sin dejarles nada, tras invocar su libertad de testar como le corresponde por ser ciudadano americano, para llegar a la conclusión de que los hijos fueron desheredados sin expresión de causa y que ello produce, según el artículo 851 del Código Civil, la nulidad de la institución de heredero en cuanto perjudique a los demandantes, no la del testamento, y así lo declara tras razonar que no es incongruente lo concedido, pues es menos de lo pedido.

Los demandantes, hoy recurridos, están legitimados para demandar lo que les corresponda, según la Ley de la sucesión, puesto que tienen la condición de hijos matrimoniales del causante al no afectarles la nulidad del matrimonio de los padres, declarada por sentencia de esta Sala en la que explícitamente les reconoce derechos civiles inherentes a la filiación por aplicación del artículo 69 del texto vigente a la sazón del Código Civil.

Los Tribunales españoles tienen jurisdicción, pues así lo establece el artículo 21 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, al decir: «1. Los Juzgados y Tribunales españoles conocerán de los juicios que se susciten en territorio español entre españoles, entre extranjeros y entre españoles y extranjeros con arreglo a lo establecido en la presente Ley y en los tratados y convenios internacionales en los que España sea parte. 2. Se exceptúan los supuestos de inmunidad de jurisdicción y de ejecución establecidos por las normas de Derecho Internacional Público» y el 22 al establecer que en el orden civil, los Juzgados y Tribunales españoles serán competentes... «en materia de sucesiones, cuando el causante haya tenido su último domicilio en territorio español, o (como sucede en este caso) posea bienes inmuebles en España».

El motivo primero, al amparo del número tercero del artículo 1.692, dice que la sentencia recurrida quebranta las normas que rigen los actos y garantías procesales y concretamente el artículo 340, al haberse ordenado la práctica de diligencia para mejor proveer suplantando la falta de diligencia de la parte recurrida, y habiéndose producido con ello indefensión a la parte recurrente.

Pone de manifiesto que la transgresión denunciada, cometida en la segunda instancia, no pudo ponerse de manifiesto, por lo que fue imposible la subsanación. A continuación razona que pedida la nulidad del testamento,

con apoyo en la Ley del Estado de Maryland y en el artículo 9.8 del Código Civil, conforme a los cuales entendían que la desheredación de los hijos tenía que expresarse en el testamento, los demandados limitaron su defensa a demostrar la libertad de testar existente en las leyes de Maryland. Sin embargo, la Audiencia solicita informe sobre el derecho sucesorio de aquel país, y con base en el mismo resuelve el litigio alterando la causa de pedir.

El motivo no puede ser estimado, mezcla dos cuestiones, la incongruencia de la sentencia y la infracción del artículo 340. La primera cuestión nada tiene que ver con la infracción del artículo 340 y ha sido objeto especialmente en otro motivo en el que se tratará.

La infracción del artículo 340 no se ha producido porque, como dice reiteradísima jurisprudencia, la facultad concedida por el precepto al Tribunal de acordar para mejor proveer diligencias de prueba, como actos de instrucción realizados por el propio órgano jurisdiccional para lograr su convicción sobre la materia del proceso, es ajena al impulso procesal de parte y al principio dispositivo (ver STS de 20 de julio de 1993, 19 de octubre de 1992). Deben, efectivamente, como pone de manifiesto el recurrente, utilizarse con moderación y nunca para suplir deficiencias de las partes, pero en el caso de autos es donde se litiga sobre la sucesión de un ciudadano de los Estados Unidos de Norteamérica, en el que ambas partes alegan la existencia de unas normas legales contradictorias con documentos que no lograron llevar al Tribunal a la convicción de su contenido y vigencia, que son como todo el derecho extranjero, cuestiones de hecho (vid Sentencia de 23 de octubre de 1992) sobre las cuales ha de formar criterio para cumplir con la indeclinable obligación de fallar (art. 1.7 del Código Civil), no es contrario a los principios que rigen el artículo 340, hacer uso de las facultades que confiere, máxime cuando el propio artículo 12.6 del Código Civil dice que «el Juzgador podrá valerse además de cuantos instrumentos de averiguación considere necesarios, dictando al efecto las providencias oportunas».

Oportuna fue la providencia en la que con apoyo en el citado precepto, solicita de la Embajada de los Estados Unidos y de la Secretaría General Técnica del Ministerio de Justicia español, informe sobre las normas de Derecho internacional privado o de conflicto aplicables en el Estado de Maryland en materia de sucesiones.

El motivo segundo por el cauce del número tercero del artículo 1.692, denuncia quebrantamiento de las formas esenciales del juicio reguladoras de la sentencia, contenidas en el artículo 359 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por haber incurrido en incongruencia.

La incongruencia la razona diciendo que la demanda insta la nulidad del testamento porque ha desheredado a los hijos sin manifestar en el testamento su voluntad de desheredar, y tal manifestación no la realizó, antes al contrario, lejos de proceder a la desheredación en el propio testamento los vuelve a reconocer.

Frente a estos hechos, causa de pedir, la defensa de los demandados se contrae a demostrar que dicha norma alegada no existe, pero la Audiencia decide con apoyo en que la Ley rectora de la sucesión testamentaria era la Ley española, en lugar de la Ley de Maryland por aplicación de la regla *lex loci rei sitae*.

El motivo no se estima porque el litigio, aunque efectivamente versa sobre la nulidad del testamento por no contener las causas de desheredación exigidas por el derecho vigente en Maryland, y que corresponde al caso como Ley

nacional del causante (art. 9 del Código Civil), realmente lo que plantea es quién debe heredar los bienes inmuebles sitos en España. Para ello ha de conocerse el derecho extranjero y su contenido, y aunque el derecho extranjero deben alegarlo y probarlo las partes que sostienen su existencia y vigencia, es lo cierto que en el caso de autos, tras tantas vicisitudes procesales ocurridas en los dos países, puede llegarse a la conclusión de que la carga de la prueba pesaba sobre ambos, dadas sus posturas antagónicas y alegaciones de normas y contranormas impeditivas del reconocimiento de los respectivos derechos patrimoniales. Y en todo caso, el uso del *iura novit curia*, una vez logrado el convencimiento de la existencia de la norma, no ha causado indefensión, ni tampoco se puede entender que sea incongruente limitar lo concedido a la nulidad de la institución de heredero (en lugar de la nulidad de testamento), puesto que conceder menos de lo pedido no está vedado por el principio de congruencia.

Por estos mismos razonamientos, se rechaza también el motivo tercero en el que plantea la misma cuestión (incongruencia, indefensión, quebrantamiento del art. 340 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), pero ahora con apoyo en la Constitución, cuyo artículo 24 invoca al amparo del artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Efectivamente, este último precepto autoriza a fundar los recursos en precepto constitucional infringido, pero no lo infringe el Tribunal que decide con respecto a las normas procesales, constitucionalmente correctas, y que como se ha dicho no han causado indefensión al ser aplicadas, que de haberse producido habrían dado lugar a la estimación de los anteriores motivos, sin necesidad de tomar en vano el nombre de la Constitución.

El motivo cuarto, por el número cuarto del artículo 1.692, denuncia infracción de las normas del ordenamiento jurídico y de la jurisprudencia aplicables para resolver el pleito, concretamente el artículo 12, apartado 6, último inciso, del Código Civil y jurisprudencia de la Sala contenida en las Sentencias de 30 de junio de 1962, 28 de octubre de 1968, 4 de octubre de 1982 y 7 de septiembre de 1990.

Con arreglo a estas sentencias, razona, el derecho extranjero debe probarse «no sólo en su exacta entidad, sino también en el sentido y alcance de la interpretación asignados por los Tribunales de su país» (Sentencia de 30 de junio de 1962). La Sentencia de 28 de octubre de 1968, entiende que hubo prueba en el pleito que resolvió con certificación legalizada del Consulado de Cuba y aclaraciones de juristas cubanos. La Sentencia de 7 de septiembre de 1990, también recuerda que el derecho extranjero es cuestión de hecho que ha de alegarse y probarse, de suerte que su aplicación no suscite dudas. Criterio que reitera la Sentencia de 15 de marzo de 1984.

A continuación expone que no se trata de una cuestión de hecho, sino de la interpretación de una norma jurídica, cual es el artículo 12 del Código Civil, que fija los requisitos para invocar el derecho extranjero y que en el caso de autos ninguno de los documentos que ha utilizado la Audiencia para decidir, constituyen prueba de la existencia y vigencia del derecho norteamericano aplicado.

El motivo decae porque, efectivamente, el derecho extranjero tiene el tratamiento de hecho, y la afirmación por el Tribunal de su contenido y vigencia es una convicción lograda según reglas de la sana crítica, en uso de su función de apreciar las pruebas y su criterio debe prevalecer, salvo que sea ilógico o absurdo, y no tiene tales taras la afirmación hecha por la Sala de Instancia,

según la cual en Maryland existe una norma de conflictos según la cual la sucesión de sus ciudadanos se rige en materia de inmuebles por la *lex rei sitae*. Todo sin perjuicio de que dicha norma haya sido o no correctamente aplicada al presente caso; lo que no es cuestión a decidir en el presente motivo.

Las sentencias citadas, todas con doctrina absolutamente respetada, deciden, en sus respectivos casos, sobre la existencia y vigencia del derecho aplicable, pero ello no es óbice para que en el presente se haya determinado el derecho extranjero con las simples pruebas documentales de autos, tenidas como suficientes por la Audiencia.

El motivo quinto al amparo del número cuarto del artículo 1.692, sostiene que la Audiencia infringió la doctrina de los actos propios contenida, entre otras, en las Sentencias de 1967, 28 de febrero de 1974, 27 de diciembre de 1976, 5 de octubre de 1984 y 16 de octubre de 1987.

El cuerpo del motivo razona: si los actores, siempre reconocieron la validez del testamento, que han defendido incluso ante los Tribunales de Maryland, calificándolo de perfecto, válido y eficaz, sostener ahora lo contrario no lo permiten las sentencias indicadas.

La doctrina de los actos propios contenida en las sentencias citadas y en las más recientes de 18 de enero de 1990, 27 de julio de 1990, 14 de mayo de 1991, 12 de abril de 1993, 26 de mayo de 1993, 9 de octubre de 1994, 10 de junio de 1994, etc., proclaman que los actos propios son aquéllos en los que sus autores al realizarlos, tienden a crear, modificar o extinguir algún derecho y que el propio acto es revelador de la voluntad expresa del autor o de la voluntad tácita deducible de los actos inequívocos realizados. Que los recurrentes cuya única voluntad inequívoca es la de obtener los que entienden ser sus derechos sucesorios, no se contradicen cuando una vez más los impetran aunque sea ahora por el cauce de la aplicación al testamento del derecho sucesorio español, que es lo mismo que trataron de buscar en Maryland, aunque allí por la vía de entender revocado el testamento anterior; el que aquí impugnaban por ser en él desheredados sin expresión de causas.

Por estas razones el motivo perece.

El texto del artículo 12.2 del Código Civil dice literalmente: la remisión al derecho extranjero se entenderá hecha a su ley material, sin tener en cuenta el reenvío que sus normas de conflicto puedan hacer a otra ley que no sea la española.

Este precepto deja perfectamente claro que cuando el artículo 9.8 del Código Civil declara: «la sucesión por causa de muerte se regirá por la Ley nacional del causante en el momento de su fallecimiento, cualesquiera que sean la naturaleza de los bienes y el país donde se encuentren», el derecho aplicable a la sucesión de autos es el del Estado de Maryland. Ahora bien, cuando la norma de conflicto de este Estado reenvía a otro Estado que no sea España, dicha remisión no ha de tenerse en cuenta (y se aplica la Ley de Maryland), pero sí la remisión, como en este caso, es a la legislación española, puesto que las leyes sucesorias de Maryland establecen que respecto a inmuebles la sucesión se rige por la Ley del lugar donde están sitos, esta remisión sí que «debe tenerse en cuenta», pues así lo exige el texto del artículo 12.2.

La frase «tener en cuenta» no equivale a que deban aplicarse nuestras normas sucesorias de modo inexorable, puesto que en español (Diccionario de la Real Academia) «tener en cuenta» quiere decir «tener presente, considerar», y ello es lo que debe hacer esta Sala: considerar si el reenvío (que ya ha sido alguna vez admitido por nuestros Tribunales de instancia) ha de aceptarse en

el presente caso, en virtud de lo dispuesto en la norma de conflictos del Estado de Maryland, que utiliza como punto de conexión el lugar de situación de los inmuebles para determinar la norma de derecho material por la que ha de regirse la sucesión de sus ciudadanos.

La negación del reenvío puede apoyarse en que la colisión entre el estatuto sucesorio establecido en el artículo 9.8 del Código Civil, y la que habla y permite el reenvío de retorno, como es el artículo 12.2, no existe, es más aparente que real. El artículo 12.2 contiene una norma de carácter general, de las denominadas por la doctrina «norma de aplicación o funcionamiento» que no puede interpretarse aisladamente, sino en relación con la norma específica y concreta que regula la materia de sucesiones, que en el Derecho español es el 9.8, y en él se inclina por el punto de conexión de la nacionalidad para elegir la norma rectora de la sucesión, cualesquiera que sea la naturaleza de los bienes y el lugar donde se encuentren.

El Derecho español entiende preponderante la Ley nacional del *de cuius*; al propio tiempo, el sistema hereditario español es de carácter universalista, esto es, sostiene el criterio de unidad del régimen sucesorio.

A ello se puede añadir que la defensa de derechos legitimarios, hecha por los actores con apoyo en el Derecho español, no necesariamente ha de tener contenido real y, en consecuencia, no abona la tesis del reenvío en la sucesión de inmuebles radicados en España.

El reenvío, por último, debe entenderse como un instrumento de armonización de sistemas jurídicos de los Estados, como un instrumento respetuoso con los principios que los inspiran y si el derecho americano se apoya en una gran libertad de testar, y no reconoce las legítimas de los hijos, en nada armonizaría la coexistencia de los derechos respectivos, la aplicación por esta Sala del Derecho español a la sucesión del causante de este litigio, que no ha conservado con España ni la residencia ni el domicilio. Consecuencia de lo anterior es que debe prosperar el último de los motivos en el que por el cauce del número cuarto del artículo 1.692, se denuncia la infracción de los artículos 9.1 y 8 y el 12, apartado segundo, del Código Civil, con apoyo en los cuales se ha entendido nula la institución de heredero «en cuanto perjudique los derechos legitimarios de los hijos» del causante, a los que la Audiencia les ampara con el artículo 851 del Código Civil. La legítima, por último, no pertenece a materia protegida por el orden público interno.

FIDEICOMISO DE RESIDUO. (SENTENCIA DE 22 DE NOVIEMBRE DE 1996.)

Los fideicomisarios traen causa del fideicomitente y son terceros respecto al documento privado otorgado por el fiduciario.

Dispuesto por el testador un fideicomiso de residuo —en los que ambas partes están conformes— se cuestiona la validez frente a los fideicomisarios de la compraventa de la participación indivisa de una finca comprendida en el fideicomiso efectuada en documento privado por el apoderado de la fiduciaria en vida de ésta y que, una vez fallecida, fue vendida por sus herederos en escritura pública.

El Juzgado de Primera Instancia número 3 de Gijón declaró la validez del contrato privado de compraventa y extinguido el fideicomiso de residuo en cuanto a la finca en cuestión. Apelada la sentencia por la parte actora, la sección 5.ª de la Audiencia Provincial de Asturias revocó la sentencia del

Juzgado. El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido ponente el Magistrado don Eduardo Fernández-Cid de Temas, declara no haber lugar al recurso de casación por los siguientes fundamentos.

La cuestión litigiosa se centra, en el presente recurso de casación, en la existencia de un fideicomiso de residuo y en la validez o ineficacia del contrato de compraventa otorgado en documento privado por el apoderado de la fiduciaria. En efecto, tal como señala la Audiencia, nadie discute que en testamento otorgado por don O. D. G., en 22 de junio de 1954, se ordena, en su cláusula tercera, un fideicomiso de residuo en favor de los siete hermanos V. D., demandantes, comprensivo de la mitad de los bienes que el testador había comprado, en unión de su hermano Alejandro, a su también hermana doña María (madre de los citados actores), es decir, un 25 por 100 de la totalidad de dichos bienes, para el caso de que la heredera fiduciaria designada en el testamento, su esposa doña G. S. C. no hubiera dispuesto por actos *inter vivos* de los referidos bienes. Al no discutirse la pertenencia a los fideicomisarios de la denominada finca b) del hecho segundo de la demanda, la discusión se centra en la finca a), la número 10.083 del Registro de la Propiedad número 5 de Gijón, que los fideicomisarios entienden comprendida en el fideicomiso de *eo quod supererit*, al no haberse enajenado en vida de doña G. S., y los demandados haber sido vendida válidamente en documento privado el 9 de junio de 1987 por su apoderado don P. P. A. (doña G. falleció el 21 de octubre de 1987 y el poder lo había otorgado en 17 de marzo de 1987), ocurriendo que las herederas de doña G., las codemandadas doña A. S. C. y doña L. P. S. aparecen vendiendo la misma finca por escritura pública de 17 de marzo de 1988.

Ha de destacarse desde ahora que, en el actual momento normativo, resulta también indiscutible que los herederos fideicomisarios heredan del fideicomitente, no del fiduciario, lo que quiere decir, para el caso que nos ocupa, que dichos herederos fideicomisarios tienen la cualidad de terceros respecto del contrato otorgado en documento privado por el apoderado de doña G. en 9 de junio de 1987, de donde resulta serles de aplicación el principio de prueba legal o tasada contenido en el artículo 1.227 del Código Civil en cuanto establece que «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 manera que, con independencia de su contenido, su fecha no tendrá efecto hasta la muerte de doña G., lo que priva de eficacia al documento privado de 9 de junio de 1987 frente a ellos, y tampoco la tendrá la escritura pública de 17 de marzo de 1988, otorgada por sus herederos, máxime cuando la Audiencia deja sentado que la certeza de la fecha tampoco queda acreditada por actos inequívocos «que permitan inferir sin género alguno de duda la fecha real del documento», al no tener tal carácter ni un expediente de liberación de cargas, ni el depósito en oficina bancaria de un pagaré a nombre de doña G., ni la retirada de su importe después de su fallecimiento por su apoderado y uno de los vendedores, lo que incluso significaba el incumplimiento de la cláusula 5ª del documento privado, a lo que añade que tampoco existió la *traditio* (título y modo: arts. 609 y 1.095 del Código Civil), pues «la Sala no estima acreditado ese cambio de posesión, al menos antes del fallecimiento de doña G.», negando también el carácter de actos inequívocos de posesión dominical a las gestiones realizadas ante el Ayuntamiento para obtener el estudio de detalle de la parcela y a la elaboración de un proyecto constructivo,

a todo lo cual añade: el aplazamiento de efectos del contrato (cláusula 6.ª); que los documentos privados no se elevaron a escritura pública; que las codemandadas doña A. S. C y doña L. P. S., herederas de la presunta vendedora doña G., «reconocen tácitamente la inexistencia o ineficacia de los aludidos documentos privados (uno firmado sólo por los vendedores, otro sólo por los compradores; unos con un precio, otros con otro). ., al efectuar la declaración de bienes heredados a efectos de la liquidación del impuesto accesorio», incluyendo las particiones de las fincas litigiosas; que igual inclusión realizan en la escritura de aceptación y adjudicación de la herencia de 17 de marzo de 1988, que por ello aparecen actuando en nombre propio en la escritura pública de venta, también de 17 de marzo de 1988, «que no es la elevación a público del documento privado de 9 de junio de 1987»; y, en fin, que la inoperancia de dicho documento privado se reconoce en la confesión de los vendedores-demandados don P. D. C., don J. y doña R. F. D., admitiendo los codemandados don A. A. P. y don E. G. G «que nunca llegaron a adquirir la propiedad de participación alguna de la finca litigiosa, cuya mitad indivisa perteneció a doña G. S. C hasta la fecha de su fallecimiento acaecido el 21 de octubre de 1987». Por todo ello concluye la Audiencia que los documentos privados de venta en nombre de doña G. no llegaron a tener efectividad y que las participaciones aludidas forman parte del fideicomiso de residuo en favor de los demandantes.

Comentario.—La sentencia, en bien técnica, evita cuidadosamente decir que los fideicomisarios *suceden* al fideicomitente o son herederos de éste, empleando el término «traen causa», porque, en efecto, según la opinión actualmente predominante, el fideicomisario no es un heredero en el sentido que lo es el fiduciario, sino que es sólo un adquirente del remanente hereditario resultante de la liquidación de la herencia y, en su caso, de los actos dispositivos realizados por el fiduciario en el fideicomiso de residuo. Y ello porque el fenómeno sucesorio se realiza una sola vez respecto a cada causante. Pero si no es sucesor, si trae causa directa del fideicomitente Su posición puede así equipararse a la del legatario de una universalidad o a la del legatario de parte alícuota.

F. C. L.

F) RESPONSABILIDAD CIVIL

POR JOSÉ M.ª CORRAL GUÓN, BEGOÑA FLORES GONZÁLEZ,
MARISELA GONZÁLEZ LÓPEZ, PATRICIA LÓPEZ PELÁEZ,
JUANA RUIZ JIMÉNEZ, TERESA SAN SEGUNDO MANUEL
y LOURDES TEJEDOR MUÑOZ

(Departamento de Derecho Civil UNED. Dirección: Prof. Lasarte)

CULPA EXTRA CONTRACTUAL «IN VIGILANDO», CONCURRIENDO NEGLIGENCIA DEL DAÑADO (SENTENCIA DE 30 DE JUNIO DE 1997.)

Ponente: Excmo. Sr. Don Alfonso Villagómez Rodil.

Se ejercita la acción de resarcimiento de daños basada en el artículo 1.902 Código Civil por parte de un operario contra la empresa «Electrificaciones ALPA, S. A.», por las lesiones sufridas en el trabajo de realizar un empalme que se le ordenó, sufriendo una descarga eléctrica con caída al suelo desde la escalera en que trabajaba, lo que le ocasionó incapacidad total para su trabajo habitual. Se culpaba a la empresa de no haber tomado las precauciones necesarias, como la elemental de haber cortado previamente la corriente, si bien es cierto que por parte del trabajador se omitió la precaución de sujetarse al cinturón de seguridad y emplear el casco de goma.

Quizá basándose en la concurrencia de esta negligencia de la víctima, el Juzgado de 1.ª Instancia desestimó la demanda de veinte millones de pesetas que se pedían. Pero la Audiencia Provincial de Zaragoza, teniendo en cuenta la culpa *in vigilando* de la empresa, revoca la sentencia y estima parcialmente la demanda, rebajando los veinte millones pedidos a una indemnización de 7.808.000 pesetas.

Recurrida la sentencia de la Audiencia Provincial, el Tribunal Supremo confirma el fallo en unos fundamentos jurídicos que recogen como inicial la culpa *in vigilando* patente de la empresa, pero se tiene en cuenta la concurrencia de la omisión negligente de la víctima, que tampoco adoptó las medidas normales de precaución, por lo que se lleva a cabo una distribución proporcional del *quantum* de la indemnización, efectuándose una valoración correcta del instituto compensatorio.

INDEMNIZACION POR INVALIDEZ A LA EMPRESA EMPLEADORA Y A LA SOCIEDAD ASEGURADORA. (SENTENCIA DE 14 DE JUNIO DE 1997.)

Ponente: Excmo. Sr. Don Francisco Morales Morales.

Los fallos de Instancia son estimatorios de la demanda, por no existir duda sobre los hechos. Con ocasión de prestar sus servicios la demandante en dependencias de una sociedad deportiva en Tolosa, un accidente le ocasionó heridas en una pierna, que dieron lugar a invalidez.

Presentada demanda ante el Juzgado de 1.ª Instancia de dicha localidad, en petición de una indemnización de 8.534.000 pesetas, se estima el *petitum*, del que deben responder conjunta y solidariamente la empresa empleadora y una sociedad de seguros con la que existía una póliza que cubría accidentes. La sentencia se confirma íntegramente por la Audiencia Provincial de San Sebastián.

La sociedad aseguradora interpone recurso de casación, alegando infracción de los artículos 1.089, 1.091 y 1.281 del Código Civil y disposiciones de la Ley del Contrato de Seguro. Se discute en el recurso tan sólo la cuantía de la indemnización en virtud de las cláusulas del contrato de seguro, pues el fondo y la procedencia son claros.

Así, se estima el recurso parcialmente, rebajando tan sólo en 154.000 pesetas la indemnización, que de 8.534.000 pesetas fijadas inicialmente, quedan en 8.380.000 pesetas (poco resultado para tanto empeño). Lo importante es que se reconoce la culpa extracontractual, incluso con responsabilidad objetiva, de la empresa, aunque se traspase a la sociedad de seguros, ya con vínculo contractual.

NO PROCEDE INDEMNIZACION CUANDO LOS MEDICOS HAN ACTUADO CON ARREGLO A LAS NORMAS DE LA «LEX ARTIS», AUNQUE NO SE OBTENGA EL RESULTADO PRETENDIDO (SENTENCIA DE 27 DE JUNIO DE 1997)

Ponente: Excmo. Sr. Don Eduardo Fernández-Cid de Temes.

Doña Yolanda A. F. demanda ante el Juzgado de 1.ª Instancia número 7 de Oviedo al INSALUD y a varios médicos de su plantilla porque, después de haberse sometido a una operación de ligadura de trompas tubárica, resultó embarazada de su sexto hijo, por lo que reclama una indemnización, entendiendo que la intervención médica fue defectuosa.

El Juzgado de 1.ª Instancia desestimó la demanda, lo que quedó confirmado en la apelación ante la Audiencia Provincial de Oviedo.

Interpuesto el recurso de casación, el Tribunal Supremo lo desestima porque de los hechos probados resulta claramente que la intervención médica fue correcta, siguiéndose escrupulosamente la *lex artis*; después, la propia naturaleza tiende a restablecer la normalidad funcional de los órganos ligados. Por ello debe descartarse toda responsabilidad objetiva, quedando a cargo de la paciente la prueba de la culpa y el nexo causal.

La Sala insiste en su doctrina de que la responsabilidad médica es de medios, y no de resultados, al incidir en éstos la propia naturaleza humana. Se desestima la casación, con condena en costas.

PETICION ADELANTADA DE INDEMNIZACION A SOCIEDADES DE SEGUROS. NO SE ADMITE PORQUE AUN NO HA RECAIDO SENTENCIA DE LA SOCIEDAD DEMANDANTE. (SENTENCIA DE 18 DE JUNIO DE 1997.)

Ponente: Excmo. Sr. Don Pedro González Poveda

La sociedad IMASA, que había aceptado un subcontrato de ejecución de desmontaje, demanda ante el Juzgado de 1.ª Instancia número 3 de Avilés a varias compañías con las que tenía contratada una póliza de seguro de accidentes, pidiendo que se declare la obligación de pagar por dichas aseguradoras la indemnización a que en su día fuese condenada la demandante, si ésta se acordase en procedimientos en actuación ante Juzgados de Alcalá de Guadaira.

Dicho Juzgado de 1.ª Instancia desestima la demanda por falta de legitimación *ad causam*, por no existir tales fallos condenatorios que se alegan, y se confirma la desestimación en la Audiencia Provincial de Oviedo.

El Tribunal Supremo confirma las sentencias de Instancia porque al presentarse la demanda no existe aún controversia alguna frente a las aseguradoras. Lo que se pretende no es la adopción de medidas cautelares, sino la condena a dichas aseguradoras al pago de las cantidades a que pudiera resultar condenada en su día la actora, lo cual carece de toda finalidad conservativa del derecho a que se refiere el alegado artículo 1.121 Código Civil.

Por ello se desestima el recurso de casación y se condena en costas.

INDEMNIZACION POR ACCIDENTE. RESPONSABILIDAD DE LA EMPRESA. VALOR DE LA INDEMNIZACION. (SENTENCIA DE 15 DE JULIO DE 1997.)

Ponente: Excmo. Sr. Don Antonio Gullón Ballesteros.

Ante el Juzgado de 1.ª Instancia de Cervera del Pisuerga, don Federico C. M. y su esposa demandan a una sociedad y al ingeniero que dirigía la explotación minera para que solidariamente o «cualquiera de ellos», abonen diecisiete millones de pesetas, «o la cantidad que el juzgador estime conveniente», por el accidente sufrido por un hijo de los demandantes, basándose en los artículos 1.902, 1.903, 1.101, 1.102 y 1.103 Código Civil.

El Juzgado, sin entrar en el fondo del asunto, desestimó la demanda «por defecto en la legitimación activa», pero la Audiencia Provincial de Palencia, en apelación, dictó sentencia en la que absolvía al Ingeniero, pero condenaba a la Sociedad minera demandada a que abonase a los demandantes diez millones de pesetas en concepto de indemnización de daños y perjuicios.

Los demandantes recurren en casación por dos motivos: el primero, por no haber condenado al Ingeniero, pero se rechaza porque en el *petitum* de la demanda se pedía la condena solidaria *o de cualquiera de los demandados*, por lo que sería ir contra los actos propios. El segundo, que insiste en la indemnización por diecisiete millones de pesetas, tampoco se estima, ya que en la demanda se suplicaba la cantidad «que el juzgador estime conveniente». Por ello, se desestima la casación, con condena en costas.

J. M. C. G.

ACCIDENTE FERROVIARIO. CULPA EXTRA CONTRACTUAL. NO HAY RESPONSABILIDAD DE LA RENFE POR CULPA EXCLUSIVA DE LA VÍCTIMA.
(SENTENCIA DE 20 DE SEPTIEMBRE DE 1997.)

Ponente: Excmo. Sr. Don Luis Martínez-Calcerrada Gómez.

El Juzgado de Primera Instancia de Burgo de Osma en Sentencia de 5 de mayo de 1993 desestima la demanda. La Audiencia Provincial de Soria en Sentencia de 28 de julio de 1993 revoca la anterior y estima parcialmente el recurso de apelación. Triunfa el recurso de casación.

Hechos.—La presente sentencia enjuicia un accidente ferroviario en el que el maquinista de la RENFE observa a 700 metros de distancia la presencia de un tractor que cruza la vía sin detenerse, viendo que detrás del mismo circula una cosechadora, por lo que procede a realizar las preceptivas señales acústicas, haciendo sonar el silbato advirtiendo su paso, y disminuyendo la velocidad de 50 km/h a 40 km/h, no habiendo establecido la consigna de RENFE la obligación de parada en ese punto. En ese momento la cosechadora se detiene antes de atravesar la señal de stop, pero posteriormente cuando el convoy se halla a 50 metros de la cosechadora inicia inopinadamente la marcha, cruzando el paso a nivel, produciéndose entonces la colisión que tiene como resultado el fallecimiento del conductor de la misma.

Doctrina de la sentencia.—Se estima el recurso de casación interpuesto por la RENFE por considerar que la culpa de la víctima es la única causa del accidente. La sentencia comentada afirma que los hechos postulados en la primera resolución, no contradichos por la segunda, ponen de manifiesto que la conducta del maquinista fue diligente habida cuenta de que «cuando vio la cosechadora a 700 metros de distancia y asimismo apreció como se paraba en la señal de stop, no cabe exigirle grado más exquisito de prudencia, al haber

adoptado aquellas medidas de prudencia en estos pasos a nivel determinados como los que se adoptó y se han relatado, por lo cual declarada la inexistencia de imprudencia, o falta de diligencia por parte del conductor, y sí, naturalmente la atribución de dicha falta de diligencia o imprudencia a la propia víctima (que es —se repite— la que tras su parada al apercebirse de la llegada del tren, inicia de pronto la marcha, produciéndose ya la inevitable colisión), a este debe atribuirse la exclusiva causa del siniestro».

Nota.—En este caso falta uno de los presupuestos para que nazca la obligación de reparar el daño causado, cual es la relación de causalidad entre la conducta del agente y el resultado. Así lo apreció la Sentencia dictada en Primera Instancia en la que se declara que el maquinista no pudo prever y evitar el accidente pues el perjudicado con su conducta de pararse previamente ante el stop indujo a error a aquél, haciéndole creer que no iniciaría la marcha en tanto el tren no hubiese cruzado el paso a nivel. La Audiencia Provincial modifica parcialmente la calificación jurídica de los hechos apreciando concurrencia de culpas y de acuerdo con la cual modera el *quantum* de la indemnización solicitada por la actora. Para la misma el criterio decisivo es que el agente debió prever la situación de peligro y adoptar las medidas que el caso requería.

Desde hace tiempo la jurisprudencia para determinar el nivel de diligencia exigible aplica a la responsabilidad extracontractual la teoría de la culpa contractual recogida en el artículo 1.104 del Código Civil. A tenor de dicho precepto la diligencia requerida se determina en función de la naturaleza de la actividad desarrollada por el agente y de las circunstancias de las personas, de tiempo y de lugar. La cuestión es determinar el criterio a seguir para juzgar si hay o no previsibilidad como elemento caracterizador de la culpa, pues la extensión de la misma es amplísima. El Juzgado de Primera Instancia toma como patrón «la actividad normal del hombre medio en relación con las circunstancias del caso» y cita las Sentencias del Tribunal Supremo de 11 de mayo de 1983 y de 16 de febrero de 1988. Del mismo modo el Tribunal Supremo opina que «la diligencia y precauciones adoptadas fueron las normales en circunstancias análogas». Sin embargo, la Audiencia Provincial sostiene que, aunque el conductor del tren cumplió las precauciones exigidas por las disposiciones reglamentarias, debió prever que la cosechadora podría cruzar el paso a nivel de la misma forma que lo hizo el tractor, y en consecuencia debió proceder a la detención del tren para asegurarse totalmente de que el resultado lesivo no se produciría. Parece, por tanto, que aquella realiza una aplicación más estricta del artículo 1.104 del Código Civil al extremar el rigor de la diligencia requerida y apreciar que el resultado dañoso se produjo por que el agente no llegó al agotamiento máximo de la diligencia, de modo que faltó algo por prever. El Tribunal Supremo corrige esta interpretación declarando irrefutable la conducta del maquinista.

ACCIDENTE FERROVIARIO CULPA EXTRA CONTRACTUAL. PRESCRIPCION DE LA ACCION. COMPUTO DESDE LA NOTIFICACION DE LA SENTENCIA PENAL FIRME. (SENTENCIA DE 19 DE MAYO DE 1997.)

Ponente: Excmo. Sr. Don Alfonso Villagómez Rodil.

El Juzgado de Primera Instancia número 62 de Madrid, en Sentencia con fecha de 16 de julio de 1992 desestima la demanda estimando la excepción de prescripción alegada por el demandado. La Audiencia Provincial en Sentencias de 1 de febrero de 1994 confirma la primera resolución. No prospera el recurso de casación.

Hechos.—La sentencia contempla un caso de accidente ferroviario en que resulta muerto el hijo de los demandantes al ser arrollado por un tren de RENFE. Por los hechos se siguieron actuaciones penales de un juicio de faltas que terminó en sentencia firme absolutoria, dictada en apelación con fecha de 21 de mayo de 1990 y notificada el día 25 del citado mes. La demanda que inició el pleito fue presentada el 25 de marzo de 1992.

Doctrina de la Sentencia.—El único motivo del recurso de casación, formulada al amparo del artículo 1.692. 4.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil por aplicación indebida del artículo 1.698. 2.º del Código Civil y del artículo 24.1 de la Constitución, se desestima porque no es de recibo el argumento de la recurrente de que no ha transcurrido el plazo de prescripción de un año en base a que la providencia que decretó el archivo del proceso, dictada el 4 de julio de 1990, nunca fue notificada a la misma, no produciendo, por tanto, la terminación definitiva de las actuaciones penales. La acción civil del artículo 1.902 del Código Civil pudo ser ejercitada desde el día siguiente a aquél en que se notificó la sentencia penal firme, el 25 de mayo de 1990, y al haberse presentado la demanda el 25 de marzo de 1992, se ha rebasado con creces el plazo de un año que concede el citado precepto. Precisa la sentencia que «El criterio subjetivista de la notificación resulta dotado de más intensidad legal y acomodo al artículo 1.968. 2.º, y es el seguido por la jurisprudencia más reciente de esta Sala de Casación Civil (Sentencia de 24 de abril de 1992 y 28 de octubre de 1994)».

Nota.—Es reiterada doctrina del Tribunal Supremo que en caso de existencia de previa causa criminal, impeditiva de la acción civil (art. 3 y 114 LECr), el criterio específico del artículo 1.968. 2.º del Código Civil, conforme al cual la pretensión de indemnización de daños derivada del acto ilícito está sometida a un plazo especial de prescripción de un año desde que el agraviado tuvo conocimiento del daño, debe ser completada con la norma general del artículo 1.969, que determina que el plazo de un año se computará desde el día en que la acción pudiera ejercitarse. La presente resolución acoge el criterio sentado por la jurisprudencia más reciente según el cual la acción penal está pendiente en tanto no se publica, notifica y gana firmeza la sentencia penal. La aplicación de dicho criterio al supuesto de la sentencia plantea las siguientes consideraciones:

1.ª El momento de la firmeza de la sentencia será distinto según que contra la misma proceda o no recurso. En este caso la sentencia dictada por la Audiencia Provincial nació firme, pues al tratarse de una resolución dictada en apelación de un juicio de faltas no es susceptible de casación.

2.ª Por tanto, el *dies a quo* del plazo para ejercitar la acción del artículo 1.902 del Código Civil será el de la notificación de la sentencia penal firme. Para el Tribunal Supremo ésta es la solución más conforme con el artículo 1.968. 2.º del Código Civil dado que es a partir de dicha notificación cuando se alcanza pleno conocimiento de la transcendencia y efectos jurídicos del daño.

3.^a En definitiva carece de sentido supeditar el ejercicio de la acción civil a la notificación de la providencia, subsiguiente a la sentencia penal firme, que decreta el archivo de las actuaciones; la misma pudo ser ejercitada eficazmente desde que se tuvo conocimiento de la sentencia absolutoria.

ACCIDENTE FERROVIARIO. CONCURRENCIA DE CULPAS CULPA OMISIVA DE LA RENFE. (SENTENCIA DE 7 DE JULIO DE 1997.)

Ponente: Excmo. Sr. Don José Almagro Nosete.

El Juzgado de Primera Instancia número 10 de Madrid en Sentencia, con fecha de 11 de junio de 1991 desestima la demanda apreciando culpa exclusiva de la víctima. La Audiencia Provincial de Madrid (Sección 11) la revoca y en Sentencia con fecha de 8 de junio de 1993 estima parcialmente la demanda aplicando la doctrina de la concurrencia de culpas, en el sentido exclusivo de condenar a RENFE a pagar a la actora diecisiete millones de pesetas de los veinte que había solicitado. No prospera el recurso de casación interpuesto por la RENFE.

Hechos.—Se contempla un caso de atropello que se produce en la estación de Chamartín después de que la víctima se apea en el andén adyacente a la vía número 11 y, en vez de dirigirse atravesando las otras vías hasta el edificio de la estación por el paso elevado existente para viandantes, cruza la vía número 11 por un paso a nivel para dirigirse a salida no cercada situada al otro lado de la estación, que es frecuentemente utilizada por los viajeros como atajo para acceder a la población. Es entonces cuando la víctima es arrollada por un tren produciéndose su fallecimiento. El conductor del tren conducía a velocidad permitida e hizo sonar el silbato y paró inmediatamente. En la época del accidente no existía paso elevado o subterráneo al que se pudiera acceder directamente por escaleras desde el andén en que se apeó la fallecida.

Doctrina de la Sentencia.—La Sentencia mantiene la responsabilidad de la RENFE y proclama el acierto de la Audiencia declarando que «La culpa extracontractual no consiste en la omisión de normas inexcusables, sino en el actuar no ajustado a la diligencia exigible, según las circunstancias del caso concreto, de las personas tiempo y lugar, para evitar perjuicios a bienes ajenos, lo que sitúa la diligencia exigible en la que correspondería al buen padre de familia puntualizado en el inciso final del artículo 1.104 del Código (Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de junio de 1996). Es necesario por ello que no se agraven los riesgos que acompañan las maniobras de entrada y salida de los trenes en las estaciones facilitando al usuario por medio de las obras precisas y convenientes su circulación peatonal con pasos elevados o subterráneos próximos que no supongan incomodidades ajenas para su libre entrada y salida tomando en consideración la densidad del tráfico y las aglomeraciones previsibles, actuación que se completa impidiendo, mediante los cerramientos adecuados o colocando los obstáculos disuasorios convenientes, atajos habituales en condiciones de inseguridad que determinan un estado de negligencia omisiva altamente peligrosa por lo que no es de extrañar que se produzcan accidentes como el ocurrido que, en otras condiciones podría haberse evitado».

Nota.—En la presente resolución no se pone en duda la conducta descuidada y negligente de la víctima, que llega ya valorada al Tribunal Supremo, pues la misma fue tenida en cuenta por la Audiencia para aminorar la cuantía de la indemnización solicitada hasta donde consideró que llegó la culpa del perjudicado. De los veinte millones solicitados en la demanda se conceden diecisiete. Dicho dato pone de manifiesto que la Audiencia Provincial considera como causa preponderante del óbito la culpa omisiva de la RENFE (lo que contrasta con la Sentencia de Primera Instancia que atribuya la culpa exclusiva a la víctima). La misma valoración realiza el Tribunal Supremo cuando afirma que «La causa de tal siniestro en el orden de la relevancia del origen de lo acontecido, ha de encontrarse —necesariamente— en la posibilidad ofrecida por la RENFE de acceder a la zona habitada por tal lugar. El siniestro vino determinado por la omisión de las precauciones exigidas por las circunstancias de tiempo y lugar del acaecimiento, al existir pasos de peatones sobre varias vías férreas en vez del actual acceso por escaleras a un paso elevado por cada uno de los andenes». Por tanto, fue la RENFE la que con su conducta omisiva puso las condiciones necesarias para que la víctima se comportara imprudentemente.

La sentencia aplica la «doctrina del riesgo», ya consolidada en la jurisprudencia (se citan las Sentencias 22 de abril, 17 de julio y 7 de diciembre de 1987, 25 de febrero de 1992 y 27 de septiembre de 1993) y que ha sido ampliamente comentada por la doctrina. Una de sus características es la elevación del grado de la diligencia exigible, especialmente en aquellas actividades generadoras de riesgos. Ello se consigue mediante la aplicación rigurosa del artículo 1 104 del Código Civil, que regula la culpa contractual, al ámbito de la responsabilidad extracontractual. Conforme a dicho precepto la diligencia precisa vendrá por la naturaleza de la actividad desarrollada y las circunstancias del caso. Por tanto, la imputación del resultado a la RENFE tiene su fundamento en la agravación del riesgo que de por sí conlleva el tráfico ferroviario. Pesa sobre la RENFE el deber jurídico de adoptar las precauciones necesarias para evitar el incremento de tal peligro.

**ACCIDENTE FERROVIARIO. RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL.
CULPA OMISIVA DE LA RENFE. (SENTENCIA DE 24 DE JULIO DE 1997.)**

Ponente. Excmo. Sr. Don Xavier O'Callaghan Muñoz.

El Juzgado de Primera Instancia número 3 de Málaga en Sentencia, con fecha de 1 de octubre de 1992 estima parcialmente la demanda, aplicando la doctrina de la concurrencia de culpas, y condena a RENFE a que pague a los demandantes una indemnización total de seis millones de pesetas de los dieciséis solicitados por aquéllos. La Audiencia Provincial en Sentencia con fecha de 9 de julio de 1993 desestima el recurso de apelación. No triunfa el recurso de casación interpuesto por la RENFE.

Hechos.—En el presente supuesto se trata de un atropello que se produce cuando el fallecido caminaba por una zona de las vías férreas, no accesible ni tránsitable por personal no autorizado, a la que había accedido por una parte derribada del muro a fin de acortar el camino para llegar a su vivienda (cosa que también se venía realizando por otras personas). En ese momento un tren perteneciente a la RENFE arrolló a la víctima y la causó la muerte. No consta

que se colocase algún tipo de señalización o de vallas, cintas o similares a fin de impedir siquiera provisionalmente el paso.

Doctrina de la Sentencia.—La culpa extracontractual no consiste en la omisión de normas inexcusables o aconsejadas por la más vulgar o elemental experiencia, sino en el actuar no ajustado a la diligencia exigible según las circunstancias del caso concreto, de las personas, de tiempo y lugar. Es necesario por ello que no se agraven los riesgos que acompañan a las maniobras y el tráfico ordinario de los ferrocarriles, de por sí peligrosos y con resultados dañosos previsibles y evitables. El tipo concreto que se da en éste, y en tantos otros casos, es la culpa omisiva, consistente en la falta de adopción de las medidas necesarias para adoptar los perjuicios previsibles con facilidad.

Nota.—La presente resolución sigue la nueva tendencia jurisprudencial en materia de responsabilidad extracontractual que se caracteriza por una cierta objetivación de la culpa y la elevación del grado de diligencia exigible en virtud de la aplicación del artículo 1.104 del Código Civil que regula la culpa contractual. La Sentencia se remite expesamente a la de 7 de julio de 1997 (que anteriormente hemos comentado), aplicando la misma doctrina, dada la similitud de los supuestos que contemplan.

**ACCIDENTE FERROVIARIO RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL.
CONCURRENCIA DE CULPAS. FIJACION DE LA INDEMNIZACION POR
DAÑOS Y PERJUICIOS. (SENTENCIA DE 6 DE MAYO DE 1997.)**

Ponente: Excmo. Sr. Don Jesús Marina Martínez-Prado.

Los padres y hermanos del fallecido interponen demanda de juicio declarativo de menor cuantía sobre reclamación de cantidad contra la RENFE y el conductor del tren, solicitando que se condene solidariamente a los demandados a abonar la cantidad de veinte millones de pesetas a los padres y cinco millones de pesetas al hermano de la víctima. El Juzgado de Primera Instancia número 5 de Burgos en Sentencia con fecha de 3 de diciembre de 1992 estima parcialmente la demanda, al apreciar concurrencia de culpas que da lugar a la moderación de la indemnización total solicitada a la cuantía de nueve millones de pesetas, condenando a la RENFE y al maquinista a abonar solidariamente dicha suma. La Audiencia Provincial de Burgos en Sentencia con fecha de 1 de septiembre de 1993 confirma la anterior resolución salvo en el particular referente al *quantum* indemnizatorio a percibir por los demandados, que se revoca, para fijarlo en siete millones de pesetas. No prospera el recurso de casación interpuesto por la actora.

Hechos.—Fallecimiento del hijo y hermano de los demandantes al ser atropellado por un tren de la RENFE.

Doctrina de la Sentencia.—Se alegan por la recurrente dos motivos de casación subdividiendo cada uno en tres apartados. Aquí nos atañe analizar los apartados primero y tercero del segundo motivo que tiene como rúbrica «conceptos indemnizatorios de daños y perjuicios». En el apartado primero se

denuncia, por el cauce del artículo 1.692. 4.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, la incongruencia de la sentencia con infracción del artículo 359 del mismo cuerpo legal. En el mismo se argumenta que siendo varios los agravios, a quienes se ocasiona un perjuicio patrimonial de graduación distinta, se piden en la demanda perfectamente desglosadas, la cantidad de diez millones para cada progenitor y cinco para el hermano del fallecido. Sin embargo, la Sentencia recurrida fija una cantidad global sin realizar desglose alguno causando indefensión. La resolución rechaza el motivo por que ni se incurre en incongruencia ni se produce indefensión por la fijación de una cantidad global pues fácilmente puede deducirse, por comparación con el total solicitado, la proporción que a cada perjudicado corresponde mediante una sencilla operación matemática.

El submotivo tercero, formulado al amparo del artículo 1.692. 4.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, alega la infracción de los artículos 1.116 y 1.902 del Código Civil y de la doctrina legal conforme a la cual cabe impugnar en casación los parámetros tenidos en cuenta para fijar las indemnizaciones. Tampoco prospera este motivo toda vez que, dichos conceptos, al no estar reglamentados, corresponde fijarlos al Tribunal de Instancia de acuerdo con su ponderado arbitrio. Además no se puede olvidar que la moderación de la indemnización es consecuencia necesaria de la calificación de concurrencia de culpas.

B. F. G.

RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL. CULPA OMISIVA. NEXO CAUSAL CALIFICACION DE LOS HECHOS. (SENTENCIA DE 31 DE JULIO DE 1997.)

Ponente: Excmo. Sr. Don Xavier O'Callaghan Muñoz.

El Juzgado de Primera Instancia de Santoña, dictó Sentencia con fecha 30 de abril de 1992, desestimando la excepción de falta de legitimación pasiva opuesta por la representación de la parte demandada Construcciones Francisco Albo, S. L. y estimando parcialmente la demanda interpuesta en nombre y representación de don Manuel Cieza Quintana y condenó a la Entidad Construcciones Francisco Albo, S. L. a abonar la cantidad de veinticinco millones de pesetas (25.000.000) e intereses legales correspondientes, y absolvió a la codemandada Cristalerías Conde de las pretensiones contra ellas formuladas. La Audiencia Provincial de Santander (Sección 2.ª) dictó Sentencia el 24 de mayo de 1993 desestimando íntegramente el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada y a la vez recurrente Construcciones Francisco Albo, S. L., confirmando en todas sus partes la sentencia recurrida, haciendo expresa imposición de las costas procesales devengadas en la alzada a la entidad demandada y a la vez recurrente.

Se declara no haber lugar al recurso de casación

Hechos.—El demandante don Manuel Cieza Quintana, con la representación con la que intervino, interpuso demanda de juicio declarativo ordinario de menor cuantía, sobre reclamación de cantidad, contra «Construcciones Francisco Albo, S. L.» y contra «Cristalería Conde» solicitando condenara a los demandados al pago de una indemnización de 25.000.000 pesetas. por los perjuicios causados y al pago de las costas del pleito dada su temeridad y mala fe.

La acción ejercitada y los hechos de los que parten las sentencias, que se mantienen en casación, son El propietario de un inmueble, que no ha sido parte en el proceso, Sr. Cubillas, celebró contrato de obra, consistente en una edificación, con «Construcciones Beranga, S. A.», que tampoco ha sido parte. En un determinado momento de la obra ésta subcontrató la ejecución de la misma con la demandada «Construcciones Francisco Albo, S. L.» (recurrente en casación), ésta a su vez subcontrató a «Cristales Conde» cuyo titular don José Manuel Conde Portilla (que ha sido demandado y absuelto de la demanda) la adquisición y colocación de doce cristales IPL cuya factura total de ello la pagó efectivamente «Construcciones Francisco Albo, S. L.». «Cristales Conde» subcontrató la colocación de los cristales al empresario autónomo, don Manuel Cieza Quintana, demandante y recurrido en casación. Cuando este último colocó efectivamente los cristales, la obra estaba parada y cuando se cerró anteriormente se eliminaron las medidas de seguridad exteriores. El control total y directo de la obra era de «Construcciones Francisco Albo, S. L.». En la misma quedó un agujero rectangular de 150 centímetros de largo por 60 centímetros de ancho, aproximadamente, que era un respiradero de chimenea, que carecía de protección ni señalización alguna. Don Manuel Cieza Quintana, al cumplir su cometido de colocar los cristales, cayó por este agujero y sufrió un síndrome de lesión medular constitutivo de paraplejía, así como otras graves secuelas, tales como vejiga e intestino neurológico, alteraciones en su función sexual, infecciones urinarias y otras, que han dado lugar a la declaración de gran invalidez.

La condena por las sentencias de instancia a «Construcciones Francisco Albo, S. L.» incardinada en la responsabilidad extracontractual del artículo 1.902 del Código Civil, se produjo por estimarse que se omitieron las más elementales medidas de seguridad establecidas en el artículo 21 de la Ordenanza General de Seguridad e Higiene en el trabajo de 9 de marzo de 1971 que señalan la obligación de que las aperturas de los pisos estén protegidas con barandillas y rodapiés, que las aperturas para escotillas, pozos y trampas tengan protección fija por dos de los lados, y móviles por los dos restantes, y que las aperturas de pisos de poco uso podrán estar protegidas por una cubierta móvil que gire sobre bisagras al ras del suelo, en cuyo caso, siempre que la cubierta no esté colocada, la apertura estará protegida por barandilla portátil, asimismo se da por acreditado que la causa eficiente del suceso fue la omisión por la misma entidad —a través de sus empleados— de tales medidas precautorias y de seguridad.

Doctrina de la sentencia —Se desestima el único motivo de casación alegado, siendo la idea básica la calificación jurídica de los hechos que las sentencias de instancia han realizado invocando la infracción de la norma contenida en el artículo 1.902 del Código Civil, negando la parte recurrente dicha calificación e insistiendo en su falta de legitimación pasiva, como *legitimatio ad causam* atinente al fondo

Se fundamenta la resolución y se desestima el motivo al estimar que concurren todos los elementos de la responsabilidad extracontractual siendo correcta la aplicación de las sentencias de instancia del artículo 1.902 del Código Civil, en relación con el artículo 1.089, último inciso. Los elementos de dicha responsabilidad son como se señala, y como ha dicho reiterada jurisprudencia, la culpa extracontractual, que requiere, en punto a su apreciación, acreditar la existencia de un resultado dañoso, la relación de causa a efecto

entre la actividad dañosa y el daño causado, y la realidad de éste. En cuanto a la culpabilidad, por más que la Sala, se dice, tiende progresivamente a su objetivación, desplazando la culpa individual a la responsabilidad por riesgo, como dicen las Sentencias de 18 de marzo de 1993, 10 de marzo de 1994, 15 de febrero de 1995, entre otras, queda acreditada en el caso la falta de diligencia y de las más elementales previsiones al dejar abierto el agujero sin medidas precautorias, es decir, una clara culpa omisiva

COMENTARIO.—Se observa que a pesar de la objetivación de la culpabilidad que jurisprudencialmente se ha reconocido en la presente sentencia y en las de fecha de 18 de marzo de 1993, 10 de marzo de 1994 y 15 de febrero de 1995, cuando se produce una falta de diligencia con una clara culpa omisiva, se dan plenamente en esta conducta los requisitos que conforman la responsabilidad civil extracontractual, que no es más que la obligación de resarcir un daño no determinado ni por la ley, ni por contrato, ni por la comisión de un delito, en la que se dan los siguientes elementos: Obligación no tipificada en la Ley, obligación no pactada mediante contrato, obligación no nacida de acto o negocio jurídico de voluntad, aunque ésta sea unilateral, obligación derivada de acto «lícito» que causa daño a tercero y obligación de finalidad indemnizatoria, no punitiva.

CULPA EXTRA CONTRACTUAL. REBELDIA DEMANDADOS. MOMENTO IMPROCEDENTE PARA ALEGAR INADECUACION DE PROCEDIMIENTO. PRETENDIDA INCONGRUENCIA. ARTICULO 1 902. «QUANTUM INDEMNIZATORIO». NO CONCURRENCIA CULPAS. (SENTENCIA DE 24 DE MAYO DE 1997.)

Ponente: Excmo. Sr Don Eduardo Fernández-Cid de Tames.

El Juzgado de Primera Instancia número 4 de los de Sabadell, dictó Sentencia el 7 de enero de 1992 estimando íntegramente la demanda interpuesta en nombre y representación de Elena Ametler Pascual y condenó al demandado J. J. C. E. y D. O. N. y la Cía de seguros Aegón, declarados en rebeldía, al haber transcurrido el termino del emplazamiento sin haber comparecido, al pago solidario a la demandante de la cantidad de 12.600.000 pesetas más los intereses legales producido desde la fecha de interposición de la demanda, condenando a la parte demandada al pago de las costas causadas en el procedimiento.

La Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 14) dictó Sentencia el 29 de mayo de 1993 desestimando el recurso de apelación, revocando parcialmente la resolución del Juzgado de la Instancia y estimando íntegramente la demanda promovida por Elena Ametler Pascual condenó a los demandados a que abonen la totalidad de la cantidad reclamada ascendente a la cantidad de 24.500.000 pesetas, más los intereses legales de dicha sumas desde la interposición judicial, y con expresa imposición de las costas de primera instancia y de la alzada dimanante del recurso.

Se declara no haber lugar al recurso de casación.

Hechos.—La demandante D.^a Elena Ametler Pascual formuló demanda en juicio declarativo de menor cuantía reclamando la cantidad de 24.500.000 pesetas contra J. C. E. y D. O. N. y la Cía de seguros Aegón más los inte-

reses legales desde la interposición de la demanda y las costas del juicio. La acción ejercitada se deriva de accidente de circulación ocurrido en la Autopista A-7 a las 8,30 horas del día 11 de octubre de 1977, produciéndose una colisión en cadena, motivada por un banco de niebla, estando implicados en la colisión múltiple, entre otros, el camión cisterna conducido por el esposo de la demandante, fallecido en el accidente, y el semi-remolque conducido por J. J. C. E., propiedad de D. O. N. y asegurado en la Cía. Galicia, hoy Aegón, desprendiéndose del atestado que la colisión se produjo por alcance, golpeando el camión conducido por el demandado en la parte trasera del conducido por el esposo de la demandante, debido a no haber tenido tiempo de frenar su vehículo, por la presencia inesperada de otros. La condena del conductor demandado se produjo por no guardar la distancia prudencial respecto del que le precedía, que le permitiese detenerse sin colisionar, con lo que vulneró el deber objetivo de diligencia y el principio de «conducción dirigida», la del propietario del camión por su responsabilidad directa como empresario y la de Aegón como compañía aseguradora. Los demandados fueron declarados en rebeldía, al haber transcurrido el término del emplazamiento sin haber comparecido.

Doctrina de la sentencia.—Se fundamenta la resolución en que la acción ejercitada es la del artículo 1.902 del Código Civil, derivada de accidente de circulación, y que no cabe el motivo de inadecuación del procedimiento alegado de modo tardío por los recurrentes, basado en que los procesos civiles, cualquiera que sea su cuantía, relativos a la indemnización de los daños y perjuicios ocasionados con motivo de la circulación de vehículo de motor, se decidirán en juicio verbal, puesto que entraría un abuso de derecho iniciar un nuevo camino procesal anulando todo lo actuado e introducir el peregrinar de las actuaciones procesales, como se dijo ya en Sentencia de 5 de diciembre de 1989.

Se declara la inaplicación del párrafo segundo del artículo 1.968 del Código Civil, relativo al plazo de un año para a la prescripción de la acción ejercitada por no haberse alegado ante el Juzgado y se argumenta que es constante doctrina de esta Sala que el instituto de la prescripción, por no estar inspirado en principios de justicia intrínseca, sino en la idea de sanción a las conductas de abandono, negligencia o indiferencia en el ejercicio de sus propios derechos, debe ser objeto de una interpretación restrictiva S. S. 16 de marzo de 1981, 8 de octubre de 1982, 31 de enero y 9 de marzo de 1983, u otras sentencias del Supremo

El último de los motivos del recurso denuncia «infracción del principio jurisprudencial que admite la compensación de culpas en cuanto a su repercusión sobre el quantum indemnizatorio cuando concurren en la producción del daño las conductas culposas de causante y perjudicado». El motivo decae puesto que no se cita ni una sola sentencia para apoyar lo que se dice ser doctrina jurisprudencial, ninguna razón existe para estimar la concurrencia del concomitante del agravado en la relación causal, y finalmente la función de calcular los daños indemnizables, tanto materiales como morales, escapa al control de la casación y no esta sujeta a baremo alguno (Sentencia 26 de marzo de 1997), ponderándose correctamente por la Audiencia ambos daños, el carácter reparatorio del artículo 1.902, la dedicación de la esposa al hogar, la existencia de dos hijos de 5 y 3 años a la fecha del accidente la desvalorización del dinero, etc., etc

COMENTARIOS.—En relación con el tema de la compensación de culpas y su repercusión sobre el *quantum* indemnizatorio, tanto la doctrina como la jurisprudencia (25 de marzo de 1980) permiten en materia de responsabilidad civil una disminución de la misma en aplicación de la llamada concurrencia de culpas, siempre y cuando se demuestre que la víctima ha colaborado o propiciado la producción del resultado dañoso.

Sobre los baremos para la determinación del *quantum* indemnizatorio, creemos oportuno aprovechar la ocasión para hacer una breve referencia al cambio que ha supuesto en la materia la introducción de la Disposición Adicional 8.ª de la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados que modifica la Ley de Uso y Circulación de Vehículos a Motor, Texto Refundido aprobado por Decreto 632/1968 de 21 de marzo, que cambia desde este momento de denominación, pasando a ser ésta la de «Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor».

Las prescripciones contenidas en esta Disposición Adicional 8.ª (que se aplican a los siniestros acaecidos a partir de su entrada en vigor, y en consecuencia no aplicables al supuesto de hecho de la sentencia estudiada), han sido ampliamente discutidas y criticadas en el ámbito doctrinal, con bastante fundamento en nuestra opinión, alegando incluso una más que posible inconstitucionalidad y reflejando que uno de los mayores argumentos a favor de la introducción de un sistema obligatorio de baremo ha sido la presión de las compañías aseguradoras para limitar sus obligaciones en los supuestos de siniestros acaecidos por el hecho de la circulación de vehículos a motor. Nos centraremos exclusivamente en el comentario de algunas cuestiones que influyen en la determinación del *quantum indemnizatorio* y que esquemáticamente son.

1 En los daños en los bienes, el conductor responderá frente a terceros cuando resulte civilmente responsable según lo establecido en los artículos 1.902 y siguientes del Código Civil, artículo 19 del Código Penal y lo dispuesto en esta Ley, artículo 1 de la misma (siempre que a partir de ahora hablemos de «esta Ley», nos estaremos refiriendo a la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor).

2. Los daños y perjuicios causados a las personas, en cuanto a la pérdida sufrida, lucro cesante y daños morales, se cuantificarán *en todo caso* con arreglo a los criterios y dentro de los límites indemnizatorios fijados en el anexo de la presente Ley, salvo que sean consecuencia de delito doloso, artículo 2 de la misma.

3. En los supuestos en que concorra negligencia por parte del conductor y del perjudicado, se moderará la responsabilidad y se repartirá la cuantía de la indemnización según las culpas concurrentes, artículo 2 de la Ley.

4. Jurisprudencialmente, se entra en conflicto con el sistema obligatorio de baremo que en numerosas sentencias como la especialmente relevante de 25 de marzo de 1991, atribuye a los órganos judiciales, quienes lo llevarán caso por caso, valorando las pruebas unidas a las actuaciones, sin que puedan hallarse sujetos a previsión normativa alguna, que por carácter general no permite la individualización del caso concreto.

Hay una trascendental Sentencia del Tribunal Supremo, la número 280/1997, de 19 de marzo de 1997, que ataca frontalmente el baremo, contenido en la Disposición Adicional 8 que comentamos, en unos términos bastante contundentes y que hemos creído conveniente reproducir aquí:

A) La aplicación forzosa del baremo supone una limitación de las funciones de los Tribunales que en supuestos en que, por defecto o por exceso, los daños probados no coincidieran con los señalados en el baremo, se verían forzados a prescindir de su importantísima función jurisdiccional de valoración de la prueba.

B) Cuando se pacte un seguro voluntario que se superpone sobre el obligatorio y que es desdeñado por el baremo que no contempla la normal falta de limitación de la responsabilidad de los aseguradores del seguro voluntario, atentando así contra la libertad de pactos contenida en el Código Civil y lucrando a unas compañías que van a responder por una cantidad inferior a la que correspondería por la prima que reciben.

C) Se vulnera el fundamental mandato del artículo 1.902 del Código Civil, que ordena expresamente «reparar el daño causado» por culpa y negligencia y que no siempre coincide con lo que nos marca un baremo general e inflexible.

D) Se provoca una discriminación manifiesta entre los damnificados en un accidente de circulación, que se les indemnizará según baremo, y las víctimas de daños producidos por otras causas, a las que se les resarcirá de todos los daños que se les ha causado. Se está vulnerando el principio de igualdad ante la Ley contenido en el artículo 14 de nuestra Constitución

E) También se vulnera el artículo 15 de nuestra Carta Magna, que reconoce el derecho a la vida y a la integridad física y que con la aplicación del baremo se impide a los órganos judiciales reparar el daño causado sobre estos bienes de la persona al obligárseles a indemnizar con unas cuantías que no tienen porque ser adecuadas a los daños sufridos.

Para terminar, sólo nos queda lamentar que haya sido retirada la cuestión de inconstitucionalidad promovida de oficio por el Magistrado Juez don Juan Miguel Carreras Marañás, titular del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción de Burgos, que hubiera dado lugar a que nuestro Tribunal Constitucional hubiera dictaminado sobre la constitucionalidad del baremo al que hemos hecho mención. En nuestra opinión, es una pena que el Auto del Juzgado de la Instancia e Instrucción número cinco de Burgos de 12 de marzo de 1996 que planteaba la Cuestión de Inconstitucionalidad sobre la Disposición Adicional 8.ª de la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, por posible vulneración de los artículos 14, 15, 24.1 y 117 de la Constitución Española, retirara de oficio la Cuestión de Inconstitucionalidad que presentó, evitando que se hubiera clarificado definitivamente la obligación o no de aplicar el discutidísimo baremo

RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL: CONCURRENCIA DE CULPAS.
(SENTENCIA DE 11 DE JUNIO DE 1997.)

Hechos.—Lesiones sufridas por un trabajador al operar en una cinta transportadora desprovista de protección, y sin pararla previamente.

Doctrina de la Sentencia.—Las cuestiones jurídicas se reducen en esencia a determinar a quién debe ser imputado el resultado dañoso, sin mezclar cuestiones de valoración probatoria de unos hechos que no se atacan por el cauce adecuado.

En este sentido, queda claro que el resultado dañoso se produjo por la manipulación del actor en la cinta transportadora, y por la falta de protección

de ésta. Existió culpa en ambas partes, en la empresa por la omisión de seguridad impuesta por la normativa de seguridad y protección en el trabajo, y en el trabajador porque era evidente el riesgo que entrañaba manipular la cinta sin pararla previamente, y con su acción aumentó el riesgo. De estos hechos se desprende la imputación de responsabilidad realizada.

Por otra parte, la *ratio decidendi* se encuentra en la apreciación de las conductas de ambas partes, en la no adopción por parte de la empresa de las medidas de seguridad ordenadas legalmente, y en la manipulación imprudente de la cinta transportadora por el trabajador; y no en la teoría del riesgo, para el caso de contribución de la víctima en el resultado dañoso, con la consiguiente inversión de la carga de la prueba de las culpas correspondientes.

Finalmente, recuerda la Sentencia que el artículo 1.103 del Código Civil faculta al Tribunal para moderar la responsabilidad, pero no le impone el fijar cuotas de responsabilidad previamente.

Comentario —El artículo 1.103 del Código Civil, de acuerdo con el cual *la responsabilidad que proceda de negligencia es igualmente exigible en el cumplimiento de toda clase de obligaciones, pero podrá moderarse por los tribunales, según los casos*, es utilizado en casi todas las Sentencias sobre responsabilidad extracontractual, aunque no sea citado en muchas de ellas. Esta utilización se debe a que no existe ningún criterio legal que ayude al Juez en su valoración del *quantum* de la indemnización, valoración que se regirá por los principios de la lógica, y de la equidad, que es posible utilizar de acuerdo con el precepto citado.

Dicha facultad de moderación de los Tribunales encuentra su cauce más claro de aplicación en los supuestos de concurrencia de culpas tanto del perjudicado como del actor.

Se denomina concurrencia de culpas a la situación de causación del daño tanto por el actor como por el perjudicado, existiendo nexo causal de ambas conductas con el resultado dañoso producido. En estos supuestos ambos deben soportar los perjuicios ocasionados en la proporción en que intervinieron en su producción, lo que se traduce en la reducción de la cuantía de la indemnización en la parte que se impute a la víctima.

Es la institución tradicionalmente conocida como compensación de culpas, aunque en realidad se compensa lo único que se puede compensar, que es la reparación.

Para que pueda ser utilizada es necesario que en la conducta de la víctima se den también los requisitos de la responsabilidad extracontractual (acción u omisión, culpa y nexo causal), siendo la falta de nexo causal con el resultado dañoso la causa más frecuente de denegación de la compensación. También se requiere que ambas culpas, del actor y del perjudicado, influyan necesariamente en el suceso dañoso, aunque sea en distinta proporción, pues en otro caso puede suceder que la culpa del agente absorba la de la víctima, no existiendo compensación posible, o que la de la víctima excluya la del agente, excluyendo la responsabilidad extracontractual.

En definitiva, esta Sentencia es aplicación de una línea que ya ha aparecido en múltiples ocasiones, como en las Sentencias de 20 de mayo de 1986, 2 de marzo de 1988, y 22 de junio de 1989.

RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL: JURISDICCION COMPETENTE.
(SENTENCIA DE 26 DE MAYO DE 1997.)

Hechos.—Demanda al Servicio Andaluz de Salud, por diagnóstico equivocado de simple contusión en relación a una caída, sin detección de múltiples fracturas pelvianas, ni aplicación del tratamiento médico corrector adecuado.

Doctrina de la Sentencia—Estamos ante un supuesto de responsabilidad por daños, derivada de culpa extracontractual, y producida en el ámbito del derecho privado, ya que cualquier actuación desviada de la correcta aplicación del arte y la ciencia médica entra en la órbita civil. No se trata de una relación de derecho público, sino de derecho privado, derivada de los daños y perjuicios causados.

Por razón del tiempo en que ocurrieron los hechos (agosto de 1990), resulta aplicable la Ley 8/1986, de Régimen Jurídico del INSALUD, cuyos artículos 40 y 41 autorizan y justifican la competencia de la jurisdicción civil en estos supuestos, al tratarse de una relación de derecho privado. Por otra parte, la jurisdicción civil resulta igualmente garantizadora de los derechos de los perjudicados que la jurisdicción contencioso-administrativa.

COMENTARIO.—Tradicionalmente la determinación de la jurisdicción competente ha planteado bastantes problemas, pues según interpretemos las expresiones «prestación o funcionamiento de un servicio público», o «relaciones de derecho privado», se atribuirá la competencia a una jurisdicción o a otra. De hecho, si observamos la jurisprudencia existente, la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo se ha considerado competente en casi todos los litigios sobre responsabilidad de la Administración, y lo mismo ha ocurrido con las Salas de lo Contencioso-Administrativo. En definitiva, el amparo judicial de los afectados es prácticamente absoluto.

En términos generales, se defiende la competencia de la jurisdicción civil cuando, aunque el demandado sea una entidad pública, su actuación en el caso debatido no haya tenido lugar como consecuencia de sus facultades soberanas, sino como entidad privada que había de proporcionar la curación de un enfermo, que fue llevado a tal entidad con dicho fin. En estos supuestos, como el Estado actúa en relaciones de derecho privado, responderá ante los tribunales ordinarios directamente por los daños y perjuicios causados por sus funcionarios o agentes.

Este criterio ya ha aparecido en reiteradas ocasiones, como en las Sentencias de 5 de mayo de 1988, 21 de septiembre del mismo año, 7 de abril de 1989 y 30 de enero de 1990.

En cualquier caso, hemos de estar a la regulación administrativa específica. Si los daños hubiesen tenido lugar con posterioridad a la entrada en vigor de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo común, habría de estarse a lo dispuesto en sus artículos 139 a 144, sobre responsabilidad patrimonial de la Administración.

RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL: POR NEGLIGENCIA PROFESIONAL DE CORREDOR DE COMERCIO. MOMENTO DE ALEGACION DE LA PRESCRIPCION (SENTENCIA DE 11 DE OCTUBRE DE 1997.)

Hechos.—Subasta y adjudicación de un piso, en ejecución de sentencia de remate de un juicio ejecutivo, por falta de pago de un préstamo bancario. En la póliza de préstamo la firma de la prestataria había sido falsificada por su marido.

Doctrina de la Sentencia.—Si bien es cierto que el Reglamento de Colegios Oficiales de Corredores de Comercio no exige expresamente la presencia de los Corredores en el acto de la firma de las pólizas que «intervienen», también lo es que el Código de Comercio les impone con carácter imperativo la obligación de asegurarse de la «identidad y capacidad legal para contratar de las personas en cuyos negocios intervienen, y en su caso de la legitimidad de las firmas de los contratantes». Este aseguramiento podrán adquirirlo por otros medios (a través de algún dependiente suyo legalmente habilitado, por la confianza que les inspire la entidad bancaria gestora de las pólizas, etc.), pero no les dispensa ni les libera, en modo alguno, del cumplimiento de dicha obligación, legal e imperativa, sobre todo cuando la consecuencia esencial de la legitimidad de las firmas que la «intervención» acredita es la concesión de efectos ejecutivos a la póliza intervenida.

Por tanto, si alguna de las firmas de la póliza intervenida resulta ser falsa, ello revela que el Agente que realizó la intervención actuó con negligencia profesional, por lo que debe responder civilmente de los daños causados con la misma, sin perjuicio de las acciones que contra sus dependientes, Banco gestor, etc. puedan corresponderle, personas que sólo ante él, y no frente a terceros, estarían obligadas, por la confianza en ellas depositadas, a cerciorarse de la legitimidad de las firmas.

En concreto al Banco, simplemente una de las partes contratantes en la póliza, como concedente del préstamo, no le corresponde la obligación legal de asegurarse de la legitimidad de las firmas de las personas que en dicha póliza aparecen como prestatarias, aunque tenga verdadero interés en que así sea.

Por otra parte, la excepción de prescripción de la acción, no apreciable de oficio, no fue planteada ni debatida en el escrito de contestación a la demanda, por lo que no puede ser tomada en consideración en vía casacional; si así se hiciera se dejaría en situación de evidente indefensión a la otra parte, que no ha podido defenderse contra dicha excepción en el momento procesal oportuno.

COMENTARIO—Si el Agente o Corredor hubiese intervenido la póliza conociendo la falsedad de una de las firmas que en ella constan, o con imprudencia grave en su comprobación, habría incurrido en responsabilidad penal, por falsificación de documento público mercantil, en los términos de los artículos 390 y 391 del Código Penal (prisión de hasta seis años, multa de hasta veinticuatro meses, e inhabilitación especial de hasta seis años).

En todo caso, si el empleado o dependiente habilitado hubiese incurrido en culpa o dolo, el Corredor podrá repetir contra él, en los términos del artículo 1.904 del Código Civil.

En cuanto al momento procesal oportuno para alegar la prescripción, véanse en el mismo sentido las Sentencias de 14 de marzo de 1985 y 27 de mayo de 1991.

RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL: DEL INSALUD, Y NO DE LOS PROFESIONALES SANITARIOS, POR NO MANTENER LAS ADECUADAS CONDICIONES DE HIGIENE EN EL INSTRUMENTAL E INSTALACIONES HOSPITALARIAS. (SENTENCIA DE 26 DE MAYO DE 1997.)

Hechos—Infección bacteriana después de una intervención quirúrgica, motivada por una lesión en un partido de fútbol, y durante la hospitalización, que determina cojera en la pierna izquierda, con incapacidad para determinadas actividades de carácter físico.

Doctrina de la Sentencia.—Si bien es cierto que es doctrina consolidada de esta Sala que en la conducta de los profesionales sanitarios queda descartada toda clase de responsabilidad más o menos objetiva, fundándose su responsabilidad en principios netamente culpabilísticos, y a pesar de que en el caso concreto no se ha podido determinar con exactitud el origen de la infección, y de ser muy frecuente la existencia del germen en concreto en la tierra, sí queda establecida la relación de causalidad necesaria, ya que la Sala «a quo» califica la infección como hospitalaria, y declara probado que la fractura sufrida por el paciente era una fractura cerrada, lo que excluye que la infección tuviera un origen extrahospitalario.

Por otra parte, la existencia de unas negligencias no médicas ni instrumentalmente particularizables, ni por tanto susceptibles de individualización, sino generalizadas, y por tanto imputables al INSALUD, como titular del Hospital, determina la responsabilidad de aquél, por ser el ente responsable de los defectos del sistema, de su instrumentación y funcionamiento, cuando de ello puedan resultar daños o perjuicios para los asistidos en sus centros.

Declarado el origen hospitalario de la infección, cualquiera que sea la causa concreta, ello conlleva la responsabilidad del INSALUD, al haber incumplido su obligación de mantener las adecuadas condiciones de higiene y asepsia en el instrumental e instalaciones, mediante la adopción de medidas adecuadas. Esta responsabilidad es exigible al amparo del artículo 1.902 del Código Civil, y no guarda relación alguna con la responsabilidad exigible a los profesionales sanitarios que intervinieron quirúrgicamente al paciente.

COMENTARIO.—Con respecto a la responsabilidad del profesional sanitario, se adhiere esta sentencia a la línea que detallan, entre otras, las de 26 de mayo de 1986, 12 de julio y 12 de febrero de 1988, 17 de julio de 1989, 7 y 12 de febrero, y 6 de noviembre de 1990, y 11 de marzo de 1991. De acuerdo con ellas, la regla general en responsabilidad médica es la de exigir en el profesional una culpa incontestable, patente, que revele un desconocimiento cierto de sus deberes, por la consideración de que la actividad médica es una obligación de medios, que no consiste en obtener en todo caso la recuperación del enfermo, como obligación de resultado, sino en proporcionarle todos los cuidados que requiera según el estado de la ciencia. Otra cosa supondría la inhibición de actuar de estos profesionales, con evidente perjuicio para el paciente y la sociedad en general, ante el temor, en casos delicados, de que a pesar de actuar correctamente el resultado favorable no se obtenga.

A la relación causal material o física ha de unirse el reproche culpabilístico, pudiendo encontrarse este nexo causal en la negligencia al omitir la aplicación de un medio, o más generalmente en una acción culposa. Cuando no sea posible establecer la relación de causalidad, o el resultado dañoso no dependa de una conducta culposa, no habrá responsabilidad sanitaria.

En consecuencia, no opera la inversión de la carga de la prueba, estando a cargo del paciente la prueba de la culpa y la prueba del nexo causal.

En esta línea, no se ha establecido la responsabilidad de los profesionales sanitarios que intervinieron quirúrgicamente al paciente, por no haber negligencias particularizables, pero sí la del INSALUD, como titular de la obligación de mantener las adecuadas condiciones de higiene y asepsia en instrumental e instalaciones del Hospital, pues el incumplimiento de esta obligación es el que ha causado un daño al asistido en su centro, daño cuya reparación es exigible al amparo del artículo 1.902 del Código Civil. Concurren la omisión, el daño, el nexo causal entre ambos, y la culpa o negligencia en el comportamiento omisivo.

P. L. P.

RECLAMACION DE DAÑOS Y PERJUICIOS POR ACTUACION SANITARIA NEGLIGENTE. (SENTENCIA DE 14 DE JULIO DE 1997.)

El Juzgado de Primera Instancia número 13 de Sevilla, en Sentencia 5 de febrero de 1990, estimó la demanda. La Audiencia Provincial de Sevilla (Sección 5.^a), en Sentencia 8 de mayo de 1993, estima parcialmente el recurso de apelación

No prospera el recurso de casación.

Hechos.—La reclamación tiene por objeto el resarcimiento de daños y perjuicios por la actuación negligente de un ayudante técnico sanitario, quien, en la Unidad de Cuidados Intensivos de un hospital, administró a la actora una inyección de *Valimar* por vía arterial en lugar de por vía intravenosa, ocasionando a la paciente diversas secuelas graves.

Doctrina.—El recurso de casación es interpuesto por la demandada en instancia, en base a tres motivos diferentes.

En relación con el primero, la recurrente considera que el conocimiento del asunto corresponde a la jurisdicción contenciosa. Es desestimado, porque cuando los daños generadores de la acción resarcitoria se imputan a un ente público y a sujetos particulares, dando lugar a un litisconsorcio pasivo, la competencia es de la jurisdicción con el orden civil, cuya doctrina es de aplicación al supuesto del recurso.

El segundo motivo, basado en el ciclo prescriptivo de la acción, entiende la Sala, que para la fijación del *dies a quo* del plazo de un año a los efectos del artículo 1.968.2, se atenderá al momento en que se conozcan definitivamente los efectos del quebranto padecido según el alta médica, pues solo entonces el interesado estará en condiciones de ejercitar la acción, con la valoración del alcance efectivo del daño y del importe de la indemnización adecuada.

En el tercero, la recurrente soslaya los hechos probados para, a partir de una construcción propia y unilateral, extraer consecuencias jurídicas en oposición a lo resuelto de conformidad con aquéllos, lo que, según reiterada doctrina jurisprudencial, de ociosa cita, significa hacer supuesto de la cuestión.

COMENTARIO.—Como podemos observar, hay tres motivos diferentes en el recurso. En cuanto al primero, es clara la doctrina de Tribunal Supremo, puesto que la actora interpuso demanda, no sólo al ATS, que le había inyec-

tado de forma incorrecta el medicamento, sino también al hospital en el que trabajaba y al organismo autónomo del que éste dependía. Por tanto, sería injustificado el iniciar dos demandas en dos vías diferentes, una civil contra el ATS y otra contenciosa contra los entes públicos, y ello, porque se podría llegar a resultados diferentes en una y otra vía.

En lo relacionado con el segundo motivo, es clara la ley, cuando dice desde que lo supo el agraviado (art. 1968.2 C. C. *in fine*). En este caso las secuelas que la mala administración del medicamento le dejaron a la actora, no se manifestaron en la paciente en un solo momento, si no que fue en varios, por lo tanto el tiempo del año, se deberá contar desde que la actora tuvo conocimiento de todos los daños que se le habían causado por la negligencia del primer demandado.

En el motivo tercero, la recurrente intenta, como dice la Sentencia, hacer una construcción unilateral de los hechos, pasando por alto, que la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia ha sido dictada en base a unos hechos ya probados. Y es clara y reiterativa la jurisprudencia del Tribunal Supremo (Sentencias, entre otras, 26 de junio de 1974, 14 de noviembre de 1980, 15 de septiembre y 16 de diciembre de 1985; 20 y 24 de julio de 1986; 13 de febrero y 5 de junio de 1987; 24 de septiembre y 24 de octubre de 1994) en cuanto a la aplicación del artículo 1.214, que *no contiene norma valorativa de prueba y sólo puede alegarse en casación, cuando se acuse alteración indebida del onus probandi*.

CULPA EXTRA CONTRACTUAL: LA DECLARACION DE INCAPACIDAD NO INTERRUPE LA PRESCRIPCION EJERCITADA DESPUES DEL AÑO SIGUIENTE A QUE PUDO EJERCITARSE. (SENTENCIA DE 26 DE SEPTIEMBRE DE 1997.)

El Juzgado de Primera Instancia número 1 de Baracaldo, en Sentencia 13 de abril de 1992, desestimó la demanda. La Audiencia Provincial de Bilbao (Sección 3.ª), en Sentencia 26 de abril de 1993 desestimó el recurso de apelación.

No prospera el recurso de casación.

Hechos.—La reclamación tiene por objeto la indemnización de daños y perjuicios, por las secuelas incapacitantes que dejó en el representado del actor, un accidente de circulación, al ser atropellado por un vehículo conducido por el demandado, cuando aquél cruzaba la calzada por un lugar no señalizado. Se siguió procedimiento penal, que absolvió al demandado, imponiendo una indemnización a la sociedad aseguradora. Posteriormente se inició la acción correspondiente por parte del padre del atropellado para declarar la incapacidad de éste y al obtener la oportuna declaración de incapacidad, se interpuso la demanda indemnizatoria de la que trae consecuencia este recurso.

Doctrina.—Nada hay que oponer, pues, a que se instare la declaración de incapacidad y la rehabilitación —como hizo el juez— de la patria potestad, pero nada impedía tampoco que se solicitase de él al tiempo de la demanda que dictara las disposiciones oportunas para evitar perjuicios al presunto incapaz o que las medidas del artículo 1.973 las adoptase el recurrente, aunque sólo fuese como tutor o guardador de hecho. Presentada en 6 de marzo de 1989 la acción reparadora o indemnizatoria, es llano que había prescrito y ello se debe al aban-

dono o si se quiere negligencia del recurrente, que pudo interrumpirla y no la interrumpió, dado que a estos efectos ninguna relación tiene la acción de incapacidad y no pueden atribuírsele secuencias interruptivas, ya que los casos de interrupción no pueden interpretarse en sentido extensivo, por la incertidumbre que llevaría consigo la exigencia y virtualidad del derecho mismo.

COMENTARIO.—Es claro el artículo 1.973 cuando dice «*La prescripción de las acciones se interrumpe por su ejercicio ante los Tribunales, por reclamación extrajudicial...*». Hay numerosa jurisprudencia que avala que esta reclamación extrajudicial, puede hacerse por apoderado o mandatario, aunque sea verbal, entre otras las Sentencias 3 de mayo de 1957, 27 de junio de 1969 y 10 de octubre de 1972, e incluso hay alguna que considera que es posible hacer la reclamación a través de un mandatario tácito como es la de 12 de noviembre de 1986.

Por tanto, en el caso que nos ocupa, desde el mismo momento en que se conoció el resultado del informe médico, se tuvo conocimiento de las deficiencias; y es en ese momento cuando se inicia el *dies a quo* para el ejercicio de la acción, o en su caso, actos interruptivos para no llegar a la prescripción de la misma, sin tener que esperar a que se dicte por el Juzgado la declaración de incapacidad.

J. R. J.

RESPONSABILIDAD MEDICA. CIRUGIA ESTETICA: ARRENDAMIENTO DE OBRA O DE SERVICIOS. CONSTITUYE UN DEBER PROFESIONAL DEL CIRUJANO PONER LOS MEDIOS NECESARIOS PARA TRATAR DE SOLVENTAR LAS POSIBLES COMPLICACIONES DEL POSTOPERATORIO.
(SENTENCIA DE 28 DE JUNIO DE 1997.)

Ponente: Excmo. Sr. Don Francisco Morales Morales.

En el caso de autos se contrata con un cirujano una operación de cirugía estética consistente en el estiramiento de la piel del rostro y eliminación de la papada —*lifting*—. La operación quirúrgica se desarrolló con normalidad así como el despertar, pero a partir de este momento surgen una serie de complicaciones postoperatorias que derivaron en el fallecimiento del paciente. Los hijos del fallecido demandan solidariamente en Primera Instancia al cirujano plástico, al anestesista, al intensivista, al Jefe del Servicio de Reanimación y a la Congregación propietaria de la clínica el pago de cuarenta millones de pesetas. La sentencia desestimó la demanda.

Se interpone recurso de apelación y la Audiencia Provincial estimó parcialmente la demanda con respecto al cirujano condenándole a indemnizar a los demandantes con quince millones de pesetas. Se desestimó la demanda con respecto a los demás demandados. Contra esta sentencia de la Audiencia, consentida por los demandantes, interpone el cirujano recurso de casación. El Tribunal Supremo declara en el fallo no haber lugar al recurso.

Antes de comentar la actuación del cirujano conviene puntualizar que el paciente contrató los servicios de éste personalmente pero no los del resto de los demandados y, como observa el alto Tribunal, las partes encauzaron este proceso como un supuesto de culpa extracontractual si bien en casación el recurrente basa su tesis en la culpa contractual. Parece claro que, por lo que al cirujano respecta, está dentro del ámbito de la culpa contractual.

El Tribunal Supremo ha declarado reiteradamente que existiendo obligación derivada de contrato no hay que acudir a los artículos 1.902 y 1.903 del Código Civil aplicables a las obligaciones que nacen de culpa o negligencia cuando no ha mediado un pacto previo. Si bien el propio Tribunal ha estimado oportuna la demanda en casos como este en el que al cirujano se le puede pedir responsabilidad por incumplimiento de contrato mientras que de los mismos hechos puede derivarse una responsabilidad extracontractual exigible a los demás sanitarios que, sin tener contrato alguno que les ligue al enfermo puedan haber cooperado en los daños producidos. De unos mismos hechos pueden derivarse ambos tipos de responsabilidad, yuxtaponiéndose ambas.

Cuestión interesante es si la relación paciente-cirujano en las operaciones de cirugía estética constituye un arrendamiento de servicios o de obra. Es reiterada la jurisprudencia del Tribunal Supremo que considera como contrato de servicios el concluido entre médico y paciente; sin embargo ya ha proclamado en varias ocasiones que las operaciones de cirugía estética quedan encuadradas en el arrendamiento de obra porque en ellas es prioritaria la obtención de un resultado cual es la mejora estética.

El recurrente dice que el contrato es de ejecución de obra «solamente a efectos de sustentar este motivo» a lo que el Supremo responde que «No sólo a los efectos de este motivo... sino a todos los efectos, ha de reconocerse que el contrato que tiene por único objeto la realización de una operación de cirugía estética participa en gran medida de la naturaleza del arrendamiento de obra, como ya apuntó esta Sala en su vieja Sentencia de 21 de marzo de 1950 y ha vuelto a proclamarlo en la reciente de 25 de abril de 1994, habiendo declarado expresamente esta última que en aquellos casos en los que la medicina tiene un carácter meramente voluntario, es decir, en los que el interesado acude al médico, no para la curación de una dolencia patológica, sino para el mejoramiento de un aspecto físico o estético..., el contrato, sin perder su carácter de arrendamiento de servicios, que impone al médico una obligación de medios, se aproxima ya de manera notoria al arrendamiento de obra.

Se condena al cirujano por no haber observado las pautas profesionales debidas para el caso concreto —*lex artis ad hoc*—, a saber, el no haber informado al intensivista de la clase de operación realizada, de los antecedentes del enfermo (en operaciones anteriores había tenido problemas alérgicos y edematosos) que eran conocidos por el cirujano y, a la vista de los mismos, de las posibles complicaciones que pudieran surgir y que eran muy previsibles.

La diligencia exigible al cirujano al finalizar la operación incluye, desde luego, el informar al intensivista de la situación y circunstancias del paciente que dejaba a su cargo pues, como dice la sentencia objeto de este comentario, «los deberes profesionales y asistenciales de todo cirujano no quedan agotados o cumplidos plenamente (como equivocadamente suele entenderse) con la terminación de los actos integrantes de la intervención quirúrgica propiamente dicha, por muy correctamente que esta haya sido realizada, sino que se extienden necesariamente también a tratar de solventar las posibles complicaciones que pueda presentar el intervenido en la fase del postoperatorio».

Un supuesto análogo es el contemplado en la Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de junio de 1988 en la que existe responsabilidad médica por descuido postoperatorio. El caso es básicamente el mismo: el médico no comunica al anestesta las especiales características del paciente que suponen

un riesgo añadido al de la operación y que hacían aconsejable un mayor cuidado del recién operado, especialmente mientras duraran los efectos de la anestesia. El enfermo muere y se le exige responsabilidad al médico porque al no informar al anestesista está descuidando el postoperatorio por su falta de previsión.

No se sabe qué hubiera ocurrido si el intensivista hubiera conocido la situación del paciente en el momento de surgir súbitamente la complicación postoperatoria, si hubiera podido solventar una situación crítica. De cualquier modo, no procede atribuir el fatal desenlace a la falta de información, lo que sí resulta exigible, según doctrina del Tribunal Supremo, es que al enfermo se le procuren todos los cuidados posibles que el estado de la ciencia pueda aconsejar para ese caso.

RESPONSABILIDAD MEDICA POR NO PONER LOS MEDIOS SUFICIENTES PARA EVITAR EL NACIMIENTO DE UN SER SUBNORMAL (SENTENCIA DE 6 DE JUNIO DE 1997.)

Ponente: Excmo. Sr. Don Ignacio Sierra Gil de la Cuesta.

La base fáctica de la sentencia es la siguiente: la de una gestante a la que se le diagnostica un alto nivel de riesgo tanto para ella como para el feto. A la vista de esta circunstancia el médico J. S. L. le prescribe la realización de determinadas pruebas, entre otras una amniocentesis. Todas las consultas y pruebas se realizan en el Hospital Clínico Universitario de Valencia dependiente del Servicio Valenciano de Salud. La amniocentesis fracasó, conociéndose ese dato el 7 de julio de 1989, el día 14 de julio la interesada se interesó por el resultado, preguntando a la doctora R. P. T., dado que ésta era la sustituta de J. S. L. No obtuvo ninguna información. A la paciente le notificaron el resultado en el mes de septiembre cuando ya había transcurrido el plazo legal para interrumpir voluntariamente su embarazo. Como consecuencia de dicho embarazo nació un niño con síndrome de Down.

Esta mujer demanda en Primera Instancia a los médicos, al Hospital y al Servicio Valenciano de Salud solicitando una indemnización de 50.000.000 de pesetas siendo desestimada la demanda. Apela ante la Audiencia Provincial de Valencia y también es desestimada. Por último recurre en casación y el Tribunal Supremo condena a R. P. T. y al Servicio Valenciano de Salud a que le abonen la indemnización solicitada más los intereses legales de dicha suma desde el momento de la interposición judicial hasta su pago.

Estamos ante un caso claro de una actuación médica negligente, un perjuicio gravísimo y una relación causal clara entre ambos acontecimientos. Lo que no resulta sencillo es valorar el daño causado.

En la sentencia se menciona la amniocentesis pero, como es lógico, nada se explica sobre la misma. Parece conveniente detenerse brevemente a examinarla para comprender mejor el alcance de la negligencia médica cometida. Consiste esta prueba en la extracción de una pequeña cantidad de líquido amniótico con una aguja hueca a través del abdomen de la embarazada. El fluido que contiene numerosas células del feto es centrifugado para separarlas y analizarlas. Se utiliza para detectar defectos fetales, entre otros el síndrome de Down. El momento para llevarla a cabo es sumamente concreto ya que ha de practicarse entre las semanas 14 y 16 de la gestación. No conviene realizarlo al final de este plazo porque si fracasa la prueba ya no se puede repetir.

Lo normal es hacerlo al principio, examinar al cabo de siete días la evolución de las células obtenidas con el fin de ver si la prueba se está desarrollando con normalidad y, si no fuera así repetir la prueba. Es práctica usual decirle a la paciente que, transcurridos siete días se ponga en contacto con los médicos que están realizando el análisis por si hubiera de repetirse aun cuando los resultados no se obtienen hasta una fecha posterior. Una vez conocidos los resultados han de comunicarse de inmediato a la paciente.

En el caso de autos se le comunica con dos meses de retraso lo cual le impide repetir la mencionada prueba y proceder a la interrupción del embarazo dentro del plazo legal.

La responsabilidad médica de R. T. P. incluye una diligencia mínima de comunicar con toda rapidez el resultado e informarle de que debía someterse de nuevo a otra prueba. La paciente le preguntó por su prueba siete días después de que se hubiera constatado el fracaso por lo que no puede achacársele una actitud negligente a ella.

Todo lo sucedido era perfectamente previsible, hasta tal punto que se observa como rutina en el protocolo médico para este tipo de pruebas, falta una previsión y una diligencia mínima y como profesional de la medicina le son exigibles unos deberes, encuadrados en la *lex artis ad hoc* y que comprenden, desde luego, el deber de informar de un resultado máxime cuando de él dependen efectos de tal magnitud.

CULPA MEDICA. NO PRACTICA DE PRUEBAS ANALITICAS NECESARIAS. FALLECIMIENTO INMEDIATO DEL PACIENTE. RESPONSABILIDAD DEL INSALUD. (SENTENCIA DE 9 DE JUNIO DE 1997.)

Ponente: Excmo. Sr. Don Alfonso Villagómez Rodil.

Según doctrina totalmente consolidada y seguida por esta sentencia «la responsabilidad en el ámbito sanitario no lo es en función del resultado, sino de adecuación de los medios a emplear y exige la necesaria e incluso concentrada y máxima atención al enfermo».

En el caso de autos si bien «no se precisó la causa concreta que desencadenó el óbito, tampoco se probó que se hubieran empleado los conocimientos y técnicas sanitarias más adecuadas», por lo que «no procede... descartar la ausencia total de relación causal».

La doctrina de la sentencia es la seguida habitualmente por el Tribunal Supremo en supuestos similares, a saber, la responsabilidad del Instituto Nacional de la Salud «surge cuando el daño ocasionado se debe a la actuación de los servicios sanitarios y también a la de los facultativos que trabajan en el centro hospitalario que gestione»

ACCIDENTE DURANTE UNA INTERVENCION QUIRURGICA. RESPONSABILIDAD MEDICA. PRUEBA DEL CASO FORTUITO. (SENTENCIA DE 28 DE JULIO DE 1997.)

Ponente: Excmo. Sr. Don José Almagro Nosete.

En el transcurso de una operación quirúrgica se le secciona a la paciente de forma accidental e involuntaria un uréter. No cabe duda de que esto le produjo un daño considerable.

El problema que nos plantea esta sentencia es si el percance ocurrió por causas previsibles y evitables, o por contra, sucedió de manera fortuita e inevitable. Estadísticamente existe un porcentaje mínimo en el cual ocurre. Esto significa, para el Tribunal Supremo, que se trataba de «un riesgo previsible y, en principio, evitable extremando la precaución. Precaución extrema de todo punto exigible a profesionales suficientemente capacitados y preparados para efectuar este tipo de intervenciones sin tener que ocasionar un daño añadido».

Por lo que a la prueba se refiere es doctrina del Tribunal Supremo que su carga recae sobre el actor, si bien esto no puede excusar al médico de contribuir activamente a probar que no hubo negligencia, ni imprevisión de su parte.

RESPONSABILIDAD MEDICA. POSTOPERATORIO DE INTERVENCION QUIRURGICA COMPLICADO POR INFECCION. RESPONSABILIDAD OBJETIVA DEL CENTRO SANITARIO. NORMAS CONCURRENTES POR CULPA. CARGA DE LA PRUEBA EXCEPCION DE CASO FORTUITO. (SENTENCIA DE 1 DE JULIO DE 1997.)

Ponente: Excmo. Sr. Don José Almagro Nosete.

Se condena solidariamente al Instituto Nacional de la Salud y al médico Tras una intervención quirúrgica en una rodilla el enfermo coge una infección causada por la pseudónoma aeruginosa que determina su evolución desfavorable y, en definitiva, la amputación de su pierna izquierda

La pseudónoma aeruginosa es un patógeno oportunista que existe tanto en el medio hospitalario como en el extrahospitalario.

En cuanto al médico se dice que su actuación profesional fue correcta y de acuerdo con la buena práctica médica tanto por la técnica quirúrgica empleada como por lo que se refiere a las medidas de asepsia, suministrándose además al paciente tratamiento antibiótico. Se insiste en que, una vez detectada, se instauraron los tratamientos específicos para combatirla sin retraso, omisión o descuido por parte del personal sanitario. Incluso consta en el informe pericial que la amputación se decidió como consecuencia del deterioro de la rodilla del paciente y no como consecuencia de la infección.

Visto lo anterior, ¿qué se le imputa al médico para condenarlo si se dice que su quehacer se ajustó a la *lex arti*? El hecho de haberse omitido un examen pormenorizado de la instauración de la infección así como haberse cerciorado de la asepsia del quirófano independientemente de que fuera el paciente portador de la pseudónoma aeruginosa o de que hubiera entrado en contacto con ella en el hospital. La verdad es que resulta chocante que, en definitiva se le exija al médico responsabilidad por una infección cuyo origen puede ser tanto hospitalario como extrahospitalario. Su otra falta es no haber advertido al paciente de los graves riesgos añadidos a los que se sometía porque ante la disyuntiva de la posible mejoría o la, también posible, pérdida de la pierna tal vez hubiera optado por continuar con la deficiencia funcional que le aquejaba.

Contrasta el fallo con el de la Sentencia de 30 de mayo de 1997 en la que en un supuesto que guarda cierta semejanza condena al INSALUD y absuelve a los médicos

El centro hospitalario responde civilmente en base a los artículos 1.902 y 1.903 del Código Civil El recurrente se ampara también en la Ley general

para la defensa de los consumidores y usuarios que hace referencia expresa a los «servicios sanitarios».

RESPONSABILIDAD DEL INSALUD POR DEFECTUOSA CONSERVACION DEL MATERIAL DE QUIROFANO. (SENTENCIA DE 26 DE SEPTIEMBRE DE 1997.)

Ponente: Excmo. Sr. Don Luis Martínez-Calcerrada y Gómez.

En el transcurso de una intervención quirúrgica se desprendió un tornillo de un retractor (valva quirúrgica que sirve para separar las paredes abdominales y abrir un campo quirúrgico suficiente para intervenir) quedando en la zona operada. Un año después, con motivo de una caída se le hacen unas radiografías y se descubre. Se le realiza una nueva intervención a la paciente para extraerle el tornillo. Como consecuencia de los anteriores hechos demanda a los médicos que la han intervenido y al INSALUD y les reclama 10.000.000 de pesetas.

Los facultativos son absueltos por haber sido su actuación técnico-sanitaria «irreprochable». Dice la sentencia que ningún tipo de responsabilidad debe alcanzar al médico cirujano por el desprendimiento casual y totalmente imprevisible de una pieza minúscula, no pudiendo apreciarse su falta al hacer el recuento del material utilizado al finalizar la intervención. Hay que tener en cuenta que el operador no tiene ningún control sobre el instrumental que utiliza ya que es aportado por el establecimiento médico oficial.

No ha habido diligencia en la supervisión del material quirúrgico, por esta «desidia en la conservación del material necesario para la intervención» se condena al INSALUD.

La doctrina de la responsabilidad directa del INSALUD por los actos de sus empleados se recoge también en la Sentencia de 5 de mayo de 1988 que dice que «hubo una actuación culposa de la entidad recurrente al consentir la utilización de aparatos sanitarios deteriorados por el uso y sin las suficientes garantías de buen funcionamiento en materia tan delicada para la salud de las personas». Esta responsabilidad directa le atribuye esta última sentencia al INSALUD «por las deficientes condiciones del material clínico sanitario» en base al artículo 1.902 del Código Civil y de forma indirecta o por defecto de vigilancia de sus empleados en base al 1903, 4.º.

RESPONSABILIDAD CIVIL POR DAÑOS HOSPITALARIOS. (SENTENCIA DE 30 DE MAYO DE 1997.)

Ponente: Excmo. Sr. Don José Luis Albacar López.

Se condena al Instituto Nacional de la Salud por los daños derivados de una infección hospitalaria contraída en una intervención quirúrgica por entender que existió «una defectuosa asistencia médica del INSALUD». Se absuelve a los médicos.

RESPONSABILIDAD DIRECTA DEL CENTRO HOSPITALARIO. CULPA MEDICA POR ALTA INJUSTIFICADA. (SENTENCIA DE 20 DE SEPTIEMBRE DE 1997.)

Ponente: Excmo. Sr. Don Pedro González Breda.

Se demanda al pediatra y al Servicio Andaluz de la Salud. Queda absuelto el primero y condenado el segundo.

Está perfectamente acreditada la negligencia del personal médico. Como consecuencia de la culpa del personal tiene responsabilidad directa el Centro Hospitalario en virtud de la reiteradísima jurisprudencia de la *culpa in vigilando o in eligiendo*. Hay un nexo de causalidad claro entre la conducta culpable del personal sanitario y el daño producido.

Hubo negligencia del personal médico, pero no está individualizada, es decir, no se puede determinar con exactitud la identidad de los causantes del daño. Como dice R. de Angel Yagüez se trata de un daño «de autor anónimo» que resulta perfectamente posible si se tiene en cuenta la organización de los grandes centros hospitalarios en los que se trabaja en equipo y por turnos que van rotando con lo cual en un solo día el enfermo ha estado bajo la supervisión de un número relativamente elevado de personas.

Seguramente la negligencia se debe a un «conjunto de deficiencias asistenciales» (Sentencia de 12 de julio de 1988). Para evaluar la responsabilidad propugna esta sentencia acudir a una interpretación sociológica y atender «al conjunto de circunstancias, no sólo personales, sino también del lugar en que desenvuelven sus actividades y del sector del tráfico social en que la conducta imputada se produce». No cabe duda de que los servicios prestados han sido defectuosos y, no pudiendo saber a ciencia cierta quienes han sido los causantes del mismo tendrá una responsabilidad directa el centro donde se producen.

Sobre el alta la sentencia que estamos comentando recoge un párrafo de otra, a saber la de 20 de marzo de 1997 que dice: «la jurisprudencia civil tiene declarado que la actividad de sanar y la propia diligencia médica, ha de prestarse con la aportación profesional más completa sin regatear medios ni esfuerzos (Sentencias de 16 de febrero y 22 de mayo de 1995), y por ello deben evitarse las decisiones precipitadas y apresuradas como son las altas injustificadas, al representar una irreflexión o incluso rutina, que en nada favorecen al enfermo, pues, al contrario, repercuten negativamente en su salud»

Por último, trataremos de las normas que hacen referencia a la carga de la prueba en supuestos, como el que nos ocupa, en el que se ha destruido la historia clínica «siguiendo unas normas de funcionamiento interno del Hospital... privándonos así de un importante medio para poder enjuiciar los hechos» y, como comenta el Tribunal Supremo «es muy cuestionable la corrección de esa medida por muy pragmáticas que sean las razones que la aconsejan»

La destrucción de la historia clínica debe hacer recaer sobre el Servicio Andaluz de la Salud los inconvenientes que de este hecho se deriven pues «ha impedido comprobar si los medios utilizados y las pruebas practicadas a la enferma fueron bastantes» para justificar el alta de la paciente. Esta misma doctrina jurisprudencial sobre la destrucción del historial clínico se encuentra en la Sentencia de 17 de junio de 1989.

«LEX ARTIS AD HOC». RESPONSABILIDAD MEDICA. (SENTENCIA DE 20 DE JUNIO DE 1997.)

Ponente: Excmo. Sr. Don Ignacio Sierra Gil de la Cuesta.

Recoge esta sentencia la doctrina sobre la carga de la prueba de la ausencia de culpa que corresponde al prestador de los servicios sanitarios,

«máxime cuando hay una propuesta de Directiva de la Comunidad Europea que tiene las mayores probabilidades de constituir derecho positivo vigente en España».

Esta doctrina no es más que una aplicación del artículo 1.903, párrafo último del Código Civil que establece que «la responsabilidad de que trata este artículo cesará cuando las personas en él mencionadas prueben que emplearon toda la diligencia de un buen padre de familia para prevenir el daño».

No bastaría observar la diligencia de un buen padre de familia en los supuestos de responsabilidad sanitaria puesto que estamos ante una diligencia cualificada siendo exigible la *lex artis ad hoc*. A ella se refiere el Tribunal Supremo en la Sentencia de 7 de febrero de 1990 cuando dice que «la actuación de los médicos debe regirse por la denominada *lex artis ad hoc*», es decir, en consideración al caso concreto en que se produce la actuación e intervención médica y las circunstancias en que las mismas se desarrollen y tengan lugar, así como las incidencias inesperables en el normal actuar profesional».

La Jurisprudencia del Tribunal Supremo muestra una clara tendencia a suavizar el principio de que el paciente sea el que deba probar la culpa del personal sanitario.

RESPONSABILIDAD MEDICA. RESPONSABILIDAD DEL INSALUD. RESPONSABILIDAD DIRECTA Y MARCADAMENTE OBJETIVA. ARTICULO 1.903, 4.º, CODIGO CIVIL Y ARTICULOS 25 y SS. DE LA LEY DE CONSUMIDORES Y USUARIOS. (SENTENCIA DE 21 DE JULIO DE 1997.)

Ponente: Excmo. Sr. Don Xavier O'Callaghan Muñoz.

La base jurídica del presente caso se repite con frecuencia en los supuestos de responsabilidad sanitaria en que interviene el Instituto Nacional de la Salud. Se considera que tiene éste una responsabilidad con un «matiz marcadamente objetivo, fundándose en la responsabilidad por riesgo y en la culpa *in vigilando o in eligiendo*».

En este caso la reclamación va dirigida exclusivamente contra el INSALUD, al igual que en la Sentencia de 27 de enero de 1989, que entiende que no puede considerarse la responsabilidad exigible a esta institución como subsidiaria sino «directa de la empresa, por lo que no es necesaria la presencia en el proceso del agente material del daño».

En base al artículo 1.903 del Código Civil y a la Ley General para la defensa de los consumidores y usuarios el centro hospitalario debe responder de los servicios prestados, asumiendo las deficiencias de funcionamiento, negligencias del personal, y todas aquellas conductas que, aun siendo válidas individualmente consideradas, «supongan una falta de coordinación entre los especialistas que tratan a un paciente».

Con el actual sistema de los centros hospitalarios se trabaja en equipo e intervienen bastantes personas en el cuidado de un paciente por lo que puede resultar difícil a veces individualizar la culpa aun cuando esté perfectamente clara la negligencia del centro que presta los servicios.

Se recoge en esta sentencia un párrafo de la de 22 de abril de 1997 que analiza la obligación que origina la responsabilidad médica como obligación de «prestar el servicio más adecuado en orden a la consecución de un resultado», no la de obtener un resultado. Consecuencia de esto es que «en la

obligación de actividad, la realización de la conducta diligente basta para que se considere cumplida, aunque no llegue a darse el resultado» siendo «precisa la prueba de la falta de diligencia para apreciar incumplimiento» según reiterada jurisprudencia.

RECLAMACION DE CANTIDAD POR LESIONES A CONSECUENCIA DE TRATAMIENTO MEDICO INADECUADO Y FALTA DE ESCASEZ DE MEDIOS EN EL HOSPITAL, QUE NO PROSPERA POR ENTENDERSE QUE LOS MEDICOS Y EN EL CENTRO HOSPITALARIO NO CONCURRIO EL REPROCHE CULPABILISIMO EXIGIDO EN LOS ARTICULOS 1.101, 1.103, 1.104, 1.902 Y 1.903 DEL CODIGO CIVIL. (SENTENCIA DE 9 DE JUNIO DE 1997.)

Ponente: Excmo. Sr. Don Alfonso Barcala y Trillo-Figueroa.

Quedan absueltos el personal médico y el centro hospitalario ya que para que el principio de la responsabilidad por culpa se aplique es «necesidad ineludible» que quede probada la culpa del eventual responsable del resultado dañoso, y, si bien la línea jurisprudencial adoptada por el Tribunal Supremo en los últimos años ha ido aceptando soluciones cuasiobjetivas basándose en el principio del riesgo, no quiere esto decir que prescinda por completo de la existencia de culpa.

RESPONSABILIDAD DECENAL. RESPONSABILIDAD DE LOS ARQUITECTOS POR DEFECTO EN LA ESTRUCTURA. (SENTENCIA DE 26 DE SEPTIEMBRE DE 1997.)

Ponente: Excmo. Sr. Don José Luis Albacar López.

El Juzgado de Primera Instancia condena a los distintos intervinientes en la construcción, a excepción de los arquitectos, a realizar una serie de reparaciones como son: parte del pavimento y del embaldosado y «aquellos elementos estructurales del edificio en que exista una calidad inferior a la normal del hormigón utilizado, la cual pueda afectar a la estabilidad» del mismo. La lectura del fallo del Juzgado le deja a una perpleja, no se entiende cómo pueden quedar absueltos los arquitectos cuando ha quedado acreditado que el hormigón de los pilares es de una «calidad inferior a lo normal» lo que implica que su resistencia es menor y afecta nada menos que a la estructura del edificio ofreciendo éste menos garantías de estabilidad y, por consiguiente, de seguridad. Se trata de un vicio grave.

La Audiencia, además de exigir responsabilidades a los constructores, condena a los arquitectos por los «defectos de seguridad y estabilidad de los pilares» así como por las «humedades que no sean simplemente de condensación». Es doctrina del Supremo que estas humedades se deben a vicios de proyecto.

Los arquitectos recurren en casación y el Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso. Dice la Sentencia que: «debe destacarse la responsabilidad de los Arquitectos en los defectos de falta de resistencia en elementos estructurales, pues es conocido que el cometido de estos profesionales son los de proyección y alta dirección, referidos estos últimos a vigilancia e inspección de la ejecución de la cimentación y estructura del edificio».

Hemos de comentar que cuando se hormigonan los pilares de un edificio es obligatorio tomar unas probetas de muestra y enviarlas a un laboratorio

para que analicen el hormigón y comprueben su resistencia. A la vista de los resultados, si el hormigón da una resistencia baja corresponde al director de la obra adoptar las medidas pertinentes para reforzar la estructura, realizando incluso pruebas de carga para comprobar la resistencia efectiva.

Conviene recordar que es doctrina reiterada del Tribunal Supremo que los vicios que afectan a la estructura son responsabilidad de los técnicos bien por deficiencias del proyecto, bien por no actuar con la diligencia debida, según la *lex artis*, en la dirección de la ejecución de la obra y, en concreto, en la cimentación.

En este supuesto se acota la responsabilidad de cada uno de los intervinientes en el proceso constructivo en función del tipo de vicio siguiendo la doctrina del Tribunal Supremo de que siempre que resulte posible se deslinden las distintas responsabilidades y queden perfectamente individualizadas.

QUE SE HAGAN DIVERSAS DECLARACIONES RESPECTO A LA RESPONSABILIDAD DECENAL DEL ARTICULO 1.591 DEL CODIGO CIVIL. SE EQUIPARA LA FIGURA DEL PROMOTOR A LA DEL CONSTRUCTOR, Y SE IMPONE LA RESPONSABILIDAD SOLIDARIA DE ELLOS Y DE LOS ARQUITECTOS Y APAREJADORES AL NO PODER DESLINDARSE SUS RESPONSABILIDADES EN RAZON A LA INDOLE DE LOS VICIOS DE PROYECTO, DIRECCION Y EJECUCION. (SENTENCIA DE 26 DE JUNIO DE 1997.)

Ponente: Excmo. Sr. Don Alfonso Barcala y Trillo-Figueroa.

Una comunidad de propietarios reclama en Primera Instancia a los Arquitectos, Aparejadores, Promotores inmobiliarios y empresa constructora que participaron en la construcción del inmueble objeto de este litigio una indemnización suficiente para realizar las obras necesarias para que la construcción resultase conforme a su uso y destino.

El Juzgado condenó solidariamente a los tres Arquitectos y absolvió a los demás demandados. La Audiencia condenó solidariamente a todos los demandados tal y como solicitaba, por una parte, la Comunidad de Propietarios en el recurso de apelación y, por otra, los tres Arquitectos condenados.

Interponen recurso de casación los dos Promotores inmobiliarios condenados y el Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso. Los recurrentes argumentan que no han actuado como promotores sino como meros gestores y administradores de la Comunidad que «conocedores de la existencia de un proyecto, buscaron a aquellas personas que pudieran estar interesadas en la adquisición de una vivienda, integrándolas en una Comunidad de Propietarios a los fines de participar en los costes de construcción. No realizaron negocio de promoción», si bien cobraron uno por «honorarios de gestión y administración por la llevanza de las cuestiones administrativas, legales y fiscales» y, el otro, por «honorario de intermediación por las gestiones de búsqueda de las personas idóneas para su integración en la Comunidad de Propietarios».

Después de este breve resumen de la sentencia resulta obligado que el comentario de la misma se centre en la figura del promotor ya que el Tribunal Supremo rechaza la tesis de considerarlos meros gestores siguiendo una línea jurisprudencial totalmente consolidada que lo incluye entre los responsables del artículo 1.591, asimilándolo al contratista en cuanto a obligaciones y responsabilidades.

La cualidad de propietario no libera al promotor de su responsabilidad como tal (Sentencia de 1 de marzo de 1984). En el caso de autos existen diversos documentos en los que figuran, en unión de otras personas, como propietarios los supuestos promotores.

El hecho de contratar a una empresa constructora para la realización de la obra no les quita tampoco su cualidad de promotores (Sentencias de 11 de febrero de 1985 y 27 de octubre de 1987), haciéndoles responsables frente a los posteriores compradores de todo o parte de la obra construida (Sentencias de 11 y 17 de octubre de 1974).

Sobre la responsabilidad solidaria sólo resta decir que son innumerables las sentencias del Tribunal Supremo que la imponen para los distintos intervinientes en la edificación siempre que no sea posible discernir con precisión la parte que cada uno tuviera en el resultado. Hay que tener en cuenta que se superponen distintas actividades contribuyendo en una u otra medida a la producción de unos vicios constructivos

RESPONSABILIDAD DECENAL. COMPAÑÍAS ASEGURADORAS. (SENTENCIA DE 19 DE JUNIO DE 1997.)

Ponente: Excmo. Sr. Don José Luis Albacar López.

El Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso de casación porque no se puede exigir responsabilidad civil a una compañía aseguradora cuando la suscripción de las pólizas tiene una fecha posterior a la del siniestro por lo que han de quedar libres de cualquier reclamación judicial.

Resulta curioso que el Fundamento Primero de esta sentencia diga «que la responsabilidad de las personas que intervienen en la ejecución de una obra y por ellas de las aseguradoras a los efectos de computar el plazo establecido en el artículo 1.591 del Código Civil hay que computarlo desde la entrega de la obra al propietario de la misma, pues, por un lado, es cuando se desprenden aquellos de su ejecución, entendida no fase a fase sino como un todo, y por otro y lo que es más relevante, por cuanto que los vicios desde el punto de vista jurídico se encuentran potencialmente existentes».

El 1.591, sin embargo, dice que el plazo se cuenta «desde que concluyó la construcción» y, obviamente, no es lo mismo conclusión que entrega. Puede que entre una y otra no medie un lapso de tiempo grande, pero no siempre es así. Puede haber entrega sin haberse concluido la obra, por eso sorprende que diga el Tribunal Supremo en esta sentencia que el plazo se cuenta desde la entrega sin precisar más sobre el supuesto en concreto cuando el 1.591 sólo menciona la conclusión de la obra a efectos del cómputo del plazo. Lo que ocurre es que resulta difícil, a veces, precisar el momento de la finalización. Esta, por sí misma, no puede producir efectos respecto al comitente si no se le ha comunicado; por eso es frecuente empezar a computar el plazo de este precepto desde la fecha de la notificación de la conclusión hecha por el constructor al comitente.

Entiende la doctrina que habiendo recepción, esta opera como inicio del plazo de la responsabilidad decenal. A falta de recepción, se contará desde la conclusión si se sabe con certeza y siempre que este hecho se hubiese puesto en conocimiento del comitente. La entrega hace suponer que la obra se ha terminado, por eso el 1599 fija este momento para el pago, a falta de pacto o costumbre. En este sentido puede servir como punto de partida del plazo decenal o quinquenal.

**RESPONSABILIDAD DECENAL DEL ARTICULO 1.591 DEL CODIGO CIVIL
DERIVADA DEL INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL DEL ARTICULO
1.101 DEL CODIGO CIVIL. (SENTENCIA DE 26 DE JUNIO DE 1997.)**

Ponente: Excmo. Sr. Don Xavier O'Callaghan Muñoz.

Hechos.—El actor contrató con un arquitecto y unos aparejadores el proyecto de construcción de una vivienda unifamiliar. En el proyecto inicial no se incluía la construcción de un sótano, que, sin embargo se realizó por acuerdo exclusivo entre el actor y el constructor y contra la voluntad expresa de la dirección técnica, hasta tal punto que tanto el arquitecto como los aparejadores renunciaron a la misma.

El sótano carecía de saneamiento siendo fácilmente inundable, con lo cual, en caso de lluvia, podía quedar la vivienda inútil para el fin que le es propio al no tener posibilidad de desagüe.

El actor fue demandado por un tercero adquirente de la vivienda para que le indemnizase por la defectuosa construcción del sótano mencionado. El actor, a su vez, interpuso demanda contra el arquitecto, los aparejadores y los contratistas reclamando las cantidades a las que él había sido condenado.

El Juzgado de Primera Instancia condena únicamente al contratista, la Audiencia le absuelve y el Tribunal Supremo confirma la sentencia de la Audiencia.

Doctrina.—Centrado el tema en la responsabilidad del contratista, el artículo 1.591 le impone una responsabilidad decenal derivada del contrato de obra, en base a un incumplimiento o cumplimiento defectuoso. Es una responsabilidad contractual cuya base última se encuentra en el artículo 1.101 del Código Civil.

En el caso de autos, dice el Tribunal Supremo, que no se puede hablar de incumplimiento, ni de vicios ruínógenos, ni de ejecución incorrecta aun cuando el sótano fuese totalmente defectuoso al carecer de los oportunos desagües, hasta tal punto que esto motivó la renuncia a la dirección de la obra del arquitecto y los aparejadores.

La clave es la siguiente: «se trata de una construcción inadecuada en la que tuvo decisiva intervención el demandante y recurrente en casación, no estaba proyectada y fue encomendada por éste al contratista, conociendo su irregularidad». El problema radica en haber ordenado una obra inadecuada que jamás debía haberse ejecutado. «En consecuencia, no puede mantenerse que la responsabilidad recaiga en el contratista, sino en el dueño de la obra que le ordenó la construcción a sabiendas de la oposición de la dirección técnica»

Es una sentencia sumamente curiosa porque hace recaer el peso de la responsabilidad en el comitente por haber ordenado una obra inadecuada.

RESPONSABILIDAD DECENAL EN LA CONSTRUCCION. «LITIS CONSORCIO» PASIVO NECESARIO. NO SE ESTIMA. (SENTENCIA DE 3 DE SEPTIEMBRE DE 1997.)

Ponente: Excmo. Sr. Don Ignacio Sierra Gil de la Cuesta.

Esta sentencia recoge aspectos de la responsabilidad decenal sobre los que existe una amplísima, pacífica y consolidada jurisprudencia, por este motivo sólo se recogen los siguientes aspectos:

La responsabilidad es solidaria cuando no resulta posible determinar la proporción de cada uno de los partícipes en el daño ocasionado sido numerosas las sentencias de la Sala de lo Civil en este sentido.

En cuanto al litisconsorcio pasivo necesario de quienes pueden ser llamados al pleito existe reiterada jurisprudencia que reconoce que no es necesario en los casos de responsabilidad decenal ya que el perjudicado tiene la facultad «de dirigirse contra todos o algunos de los presuntos responsables, sin perjuicio de la relación interna peculiar de la responsabilidad solidaria regulada en los artículos 1.144 y 1.145 del Código Civil».

Define la figura del promotor y la incluye entre las personas sujetas a la responsabilidad del 1591, siguiendo la doctrina iniciada por la Sentencia de 11 de octubre de 1974 y seguida por otras muchas.

RESPONSABILIDAD POR CULPA EXTRA CONTRACTUAL: LESIONES CAUSADAS EN BOLERA. PRESCRIPCIÓN DE ACCIONES: COMPUTO DEL PLAZO, PROCESO PENAL ANTERIOR. RESPONSABILIDAD SOLIDARIA: RELACIÓN INTERNA ENTRE LOS DEUDORES SOLIDARIOS. (SENTENCIA DE 27 DE MAYO DE 1997.)

Ponente: Excmo. Sr. Don Francisco Morales Morales.

El Juzgado de Primera Instancia número 3 de Aranjuez en Sentencia de 22 de abril de 1993, estima parcialmente la demanda, condenando a los demandados a abonar con carácter solidario la suma de 17.209.676 pesetas, de la que corresponde abonar don J. G. R. 12 907.257 pesetas y a cada uno de los otros tres codemandados 1.434 140 pesetas, dichas cantidades devengarán desde la fecha de esta sentencia el interés al que se refiere el artículo 921 de LEC. La Audiencia Provincial de Madrid, (Sección Duodécima) en Sentencia de 5 de junio de 1995, estima en parte el recurso de apelación, confirmando la sentencia dictada de primera instancia, salvo las cantidades que entre los condenados deben responder, que será de 8 604.838 pesetas, abonar don J. G. R. y de 2.868.279 pesetas cada uno de los otros tres codemandados.

Contra la referida sentencia de la Audiencia, han interpuesto sendos recursos de casación el demandado don J. G. R. (dueño de la bolera) y los codeemandados don Gabriel G. L., don Lorenzo H. S. y don Modesto R. S. (propietarios del restaurante).

No prospera el recurso de casación interpuesto por don J. G. R.

Prospera el recurso de casación interpuesto por don Gabriel G. L., don Lorenzo H. S. y don Modesto R. S.

Hechos.—Menor de cuatro años de edad que encontrándose en compañía de sus padres en una marisquería, donde existían dos boleras de las conocidas como americana sufre lesiones, como consecuencia de las mismas D. J.-L. E. (padre del menor), tramitó juicio de faltas contra el dueño de la bolera y los propietarios del restaurante donde estaba instalada que a su vez eran partícipes en su explotación comercial, así como contra el cliente que jugaba en el momento en el que el menor sufrió dicho accidente. Mientras se tramita el proceso penal, cambia la situación matrimonial de los padres del menor, por separación y posterior divorcio. Notificación de la sentencia penal al padre del menor perjudicado: falta de notificación a la madre a quien se atribuyó la guarda del menor, con patria potestad compartida, en proceso de divorcio

tramitado durante la pendencia del proceso penal. Posteriormente, la madre del menor (ya divorciada), entabla acción de responsabilidad civil por culpa extracontractual, contra las personas anteriormente citadas

Los dos expresados recursos han de ser examinados por el orden en que acaban de ser relacionados, no sólo porque ese ha sido el orden cronológico de sus respectivas formalizaciones ante esta Sala, sino también porque si hubiera de ser estimado el primero de los motivos del recurso interpuesto por don J. G. R. (y que a nuestros efectos aquí interesa destacar alega infracción de los artículos 1.968-2.º y 1.973 del Código Civil) devendría ya innecesario el examen de los otros dos motivos de ese mismo recurso, así como el de los dos integradores del otro recurso.

Doctrina de la Sentencia—Respecto del recurso interpuesto por don J. G. R. El primer motivo del recurso que hace referencia a la prescripción de la acción no puede tener favorable acogida por las razones que a continuación se exponen: *Tramitándose un proceso penal (por delito o falta) no puede promoverse juicio civil acerca de esos mismos hechos hasta que el proceso penal se halle terminado por auto o sentencia firmes y dicha terminación no puede considerarse producida mientras, los perjudicados por tales hechos no hayan tenido un cabal y exacto conocimiento de dicha resolución firme (auto o sentencia) que pone fin al proceso penal, bien por la notificación que de la misma se les haya hecho, bien por cualquier otro medio auténtico y suficiente para ello.*

Con relación a los hechos aquí enjuiciados tan interesado en conocer la resolución firme que puso fin al proceso penal era el padre del menor lesionado, como la madre del mismo, pues aun hallándose divorciados ambos progenitores, que conservaban la patria potestad compartida sobre aquél, cualquiera de ellos estaba legitimado para ejercitar las pertinentes acciones civiles en beneficio del mismo. Si bien la sentencia absolutoria firme que puso fin al juicio de faltas tramitado por estos hechos fue notificada al padre, no ocurrió lo mismo con respecto a la madre, a la que, por razón de dicho divorcio, no consta, que se la diera a conocer su ex-marido, por lo que, ante la pasividad de éste en el ejercicio de la correspondiente acción civil, la referida madre tenía no sólo el derecho, sino incluso el deber, de ejercitarla ella en beneficio de su propio hijo, máxime cuando la guarda de éste, aunque con patria potestad compartida, la tenía encomendada la referida madre, la cual, para poder ejercitar la pertinente acción civil en beneficio de su menor hijo, tenía necesidad de conocer la sentencia firme recaída en el recurso de apelación del juicio de faltas, cuyo único medio de conocimiento era pedir la notificación de la misma al propio Juzgado que la dictó, como así lo hizo mediante su escrito de fecha 5 de marzo de 1990.

Por otro lado, es reiterada doctrina de esta Sala del criterio restrictivo con que ha de ser tratado el instituto de la prescripción extintiva, por ser figura que no se asienta en una idea de justicia intrínseca y sí de limitación en el ejercicio de los derechos en aras del principio de seguridad jurídica, conectado a una cierta dejación o abandono de aquellos derechos por su titular, abandono o dejación que no es predicable de doña M. L. G. M. (madre del menor lesionado), la cual, ante la pasividad de su ex-marido y padre de dicho menor en el ejercicio de la correspondiente acción civil en beneficio del mismo, hubo de comenzar por pedir, que se le notificara la sentencia recaída en el recurso de apelación del juicio de faltas, como presupuesto previo para poder, seguidamente, ejercitar la referida acción civil, dentro del año siguiente a la fecha de tal notificación, como así lo hizo.

Por su parte, los propietarios del restaurante interponen recurso de casación.

Por dos motivos: orientados a combatir el criterio distributivo que la sentencia recurrida utiliza para determinar la proporción en que los cuatro condenados han de contribuir (relaciones internas entre ellos) al pago de la cantidad total, el primero al alegar infracción de los artículos 24.1 y 120.3 de la Constitución española y 372 de la LEC en relación con el 248.3 de la LOPJ por falta de motivación del pronunciamiento de la sentencia que revoca la de primera instancia en cuanto a la proporción en que han de contribuir, motivo que se desestima pues: «... *La sentencia recurrida está suficientemente motivada, en cuanto al pronunciamiento que hace al pago, con carácter de deudores solidarios, de la cantidad total también fijada..., sin que ello implique que el expresado criterio distributivo utilizado por la sentencia recurrida haya de tenerse por ajustado a Derecho, pero ello no pertenece al ámbito de la denunciada incongruencia omisiva, sino al de la aplicación (adecuada o no) que dicha sentencia ha hecho de los pertinentes preceptos jurídicos sustantivos, cuya infracción también denuncian los recurrentes en el siguiente motivo*».

Respecto del segundo motivo se alega infracción del artículo 1.692 del Código Civil, en relación con el artículo 1.669 y 393 del mismo texto *Después de hacer constar que sobre la base de los hechos probados (quaestio facti), cuya apreciación corresponde a los juzgadores de la instancia y aquí se mantienen incólumes, la determinación o gradación de la culpabilidad de cada uno de los participantes de tales hechos, en cuanto integrante de la quaestio iuris, puede ser sometida a esta revisión casacional, después de hacer, la anterior puntualización, el presente motivo ha de ser estimado, ya que si el encargado de mantener la bolera y la red delimitadora de la misma en el debido y exigible estado de seguridad para las personas era don J. G. R., en su calidad de dueño de la misma, ha de atribuírsele un mayor grado de responsabilidad en la casación de los hechos que a los otros tres condenados, aquí recurrentes, los cuales no tenían encomendada dicha misión, sino que solamente se limitaban a suministrar el local que sirviera de aposento o ubicación a la expresada bolera, aparte de que aun cuando fuera idéntico el grado de responsabilidad de los cuatro condenados, que no lo es, al existir entre ellos (dueño de la bolera y dueños del local) constituida verbalmente una sociedad civil irregular con un desigual porcentaje de participación en los beneficios, ese mismo baremo porcentual debe aplicarse a la distribución de las pérdidas (artículo 1.689 1 del Código Civil), por lo que si al señor G. R. (dueño de la bolera) le corresponde un setenta y cinco por ciento (75 por 100) en las ganancias y a los otros tres condenados (dueños del local) solamente un veinticinco por ciento (25 por 100), en esa misma proporción deben contribuir al pago de la cantidad total, aunque todos ellos con el carácter de deudores solidarios frente a la demandante, que es la proporción que acertadamente estableció la sentencia de primera instancia y la aquí recurrida la modificó sin fundamento jurídico alguno para ello.*

COMENTARIO.—En el recurso se plantean dos cuestiones de interés. Por un lado, hay que destacar que como consecuencia del accidente en que el menor resultó lesionado, se instó por el padre del menor juicio de faltas. Durante la tramitación del proceso penal los padres del menor se separan, y posteriormente se divorcian. La madre, a la que se ha atribuido la guarda y custodia del menor, no es notificada de la sentencia penal, y no resulta probado que la madre tuviera conocimiento de la sentencia penal definitiva, pues la pre-

sunción en favor de ese conocimiento por la vida en común e intimidad de los matrimonios no existe en los separados, o divorciados, en los que no hay vida en común (artículos 83 y 92 del Código Civil).

Siendo necesario un conocimiento cabal y exacto de la resolución firme que pone fin al proceso penal, para poder promover el juicio civil sobre los mismos hechos, y estando la madre legitimada para ejercer las acciones civiles en beneficio del menor (artículos 155 y 156, del Código Civil) resulta claro que tiene derecho a que se le notifique la sentencia recaída en causa penal. En consecuencia, la solicitud que dirige al Juzgado para que se le comunicase la misma debe interrumpir el plazo de prescripción de la acción, volviéndose a contar desde entonces el plazo.

Por otro lado, es de destacar que en este supuesto se sigue la doctrina constante del Tribunal Supremo que establece la responsabilidad solidaria cuando existen varios codemandados, que encuentra su apoyo muchas veces en la imposibilidad de individualizar comportamientos y responsabilidades, otras en razones de seguridad e interés social... Pero en el caso concreto que se analiza el propio Tribunal gradúa e individualiza la responsabilidad de los codemandados.

Esto nos hace cuanto menos reflexionar sobre el ocaso del principio de la mancomunidad en nuestro derecho, y la posible toma en consideración del legislador de la reforma de los artículos 1.137 y 1.138 del Código Civil, pues la interpretación del Tribunal, que muchas veces se hace en base a principios de equidad, debe tener un apoyo legal. Lo que nos introduce en un debate jurídico que ya ha sido iniciado por la doctrina.

CULPA EXTRA CONTRACTUAL. FALTA DE RECLAMACION PREVIA EN VIA ADMINISTRATIVA. INCOMPETENCIA DE LA JURISDICCION CIVIL. PRINCIPIO PROCESAL DE NO PEREGRINAJE DE JURISDICCIONES. INAPLICACION DE BAREMOS. MENOR DE EDAD NO SE APRECIA SU CULPA COMO CONCURRENTES A EFECTOS DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL. (SENTENCIA DE 19 DE JUNIO DE 1997.)

Ponente: Excmo. Sr. Don Eduardo Fernández Cid de Temes.

El Juzgado de Primera Instancia número 1 de Mondoñedo en Sentencia de 8 de febrero de 1993, estima parcialmente la demanda, condenando a la Consellería de Cultura y Juventude de la Xunta de Galicia, doña Ana María R. M. y doña Alicia G. G., a abonar solidariamente dieciocho millones de pesetas, absolviendo a don José María R. R. La Audiencia Provincial de Lugo, en Sentencia de 11 de julio de 1993, revoca la sentencia apelada absolviendo en la instancia (sin entrar en el fondo del asunto, por falta de reclamación en vía gubernativa).

Prospera el recurso de casación, que se articuló en dos motivos: Primero: Se alega infracción del artículo 24 de la Constitución Española, en relación con la excepción dilatoria 7.º del artículo 533 de la LEC. Segundo: Infracción del artículo 1.902 y 1.903 del Código Civil.

Hechos.—Accidente sufrido por menor de doce años, que realizaba un curso de inglés en un albergue juvenil organizado por la Xunta de Galicia, durante una visita a un campamento, al caer desde un puente colgante, instalado en una zona destinada a monitores.

Doctrina de la Sentencia.—Procede estimar el primer motivo en base a la siguiente argumentación: *El artículo 138 de la LPA ha de ser interpretado conforme a las pautas herméticas del artículo 3 1. del Código Civil, el carácter de vicio subsanable, la similitud con el acto de conciliación en cuanto a la finalidad perseguida, respecto a que la Administración tenga conocimiento previo de la prestación deducida contra ella, de forma que pueda evitar un pleito cuando el derecho reclamado sea tan perfecto que pueda ser satisfecho extrajudicialmente, pero sin que pueda obligarse al particular, con todo rigor, a que siga el expediente administrativo cuando la finalidad del previo conocimiento aparece cumplida de un modo u otro, de manera que dicho artículo 138 LPA no puede operar como condicionante absoluto, como requisito puramente formalista, para el ejercicio de la acción judicial.*

Además, esta Sala ratifica su doctrina sobre competencia del orden jurisdiccional civil cuando, la culpa extracontractual se desenvuelve en el ámbito del derecho privado, la Administración es demandada conjuntamente con personas privadas unidas por vínculo de solidaridad y prima la vis atractiva de este orden jurisdiccional.

Nos interesa destacar a fines de esta reseña el fundamento quinto en el que se concluye que. *Se infringió el alterum non laedere por omisión de diligencia al no prever lo que pudo y debió ser previsto, ya que el artículo 1.902 no sólo impone la obligación de reparar por omisión de normas inexcusables o aconsejadas por la más vulgar experiencia, sino también por no adoptar precauciones que en cada caso aconsejan las circunstancias de personas, tiempo y lugar (por lo que en este caso el Juzgado apreciaba correctamente la culpa in vigilando de la directora del curso, y de la monitora y culpa in eligendo de la Xunta de Galicia. No puede acogerse la concurrencia de culpa del menor, pues por su escasa edad no pudo captar adecuadamente el peligro al que se exponía).*

Se discrepa en la aplicación de baremos establecidos para materia de tráfico: *La doctrina jurisprudencial proclama reiteradamente que la función de cuantificar los daños a indemnizar es propia y soberana de los órganos jurisdiccionales, sin que puedan abdicar de esa facultad-carga, de modo que el criterio orientativo sólo cabe cuando coincidan con la valoración probatoria, pero no cuando las probanzas practicadas en el juicio arrojen un resultado sensiblemente diferente de los términos que se recogen en el baremo, pues de lo que se trata, según el artículo 1.902 del C. C., es de reparar el daño causado, lo que no puede fijarse apriorísticamente, sino en cada caso concreto.*

COMENTARIO.—De entre las cuestiones que suscita esta Sentencia del Tribunal Supremo, cabe destacar que, por un lado, recoge la reiterada doctrina que señala que la falta de reclamación previa en vía administrativa no es condicionante absoluto del ejercicio de la acción civil; y de otro considera que son inaplicables los baremos de indemnización de daños y perjuicios señalados en materia de tráfico para la determinación de la cuantía de la misma, extremo este último en el que merece detenerse. A nuestro juicio, la doctrina mantenida en la Sentencia es correcta (recuérdese que, por lo que antecede, en este caso la Sala funciona como si lo fuese de instancia, lo que la lleva a concretar el *quantum* indemnizatorio a la cantidad de cuarenta millones), ya que no parece adecuada la utilización de baremos establecidos para materia de tráfico, como regla general, pues si bien nada parece impedir el acudir a estos baremos con un carácter orientativo, tal cosa solo podrá hacerse cuando de

las pruebas practicadas resulte posible su aplicación, por su coincidencia relativa con los términos del baremo, tal y como señala la interesante Sentencia de 26 de marzo de 1997 (RJ 1997, 1864) a la que la propia resolución comentada se remite, por ser específica en su referencia a baremos pretendidamente voluntarios y con finalidad obligatoria. Lo mismo ocurre con la de 24 de mayo de 1997 (RJ 1997/4323). Es sumamente discutible, que sea adecuada la utilización de baremos indemnizatorios.

RESPONSABILIDAD POR CULPA EXTRA CONTRACTUAL NEXO DE CAUSALIDAD. PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN: INTERRUPCIÓN DEL PLAZO POR EXISTENCIA DEL PROCEDIMIENTO PENAL. MODERACIÓN DE LA INDEMNIZACIÓN. (SENTENCIA DE 20 DE OCTUBRE DE 1997.)

Ponente. Excmo. Sr. Don Pedro González Breda.

El Juzgado de Primera Instancia número 4.º de Badalona en Sentencia de 22 de febrero de 1993, estima parcialmente la demanda, condenando a los demandados solidariamente a que abonen al actor la suma de cuarenta millones con un interés anual igual al interés del dinero incrementado en dos puntos, desde la fecha de la presente hasta su total ejecución. La Audiencia Provincial de Barcelona, en Sentencia de 29 de septiembre de 1993, desestima el recurso de apelación, confirmando íntegramente la sentencia de primera instancia.

Contra la referida sentencia de la Audiencia, recurren en casación: por un lado don Joaquín S. L. (diseñador del molde) y por otro, Astilleros Gallart, S. A. (empresa), don Juan G. Ll., don Pedro M. P. y don Valeriano G. T. (jefe de producción y encargado de citada empresa respectivamente).

No prospera el recurso de casación interpuesto por don Joaquín S. L.

Prospera el recurso de casación interpuesto por Astilleros Gallart, S. A., don Juan G. Ll., don Pedro M. P. y don Valeriano G. T.

Hechos.—Accidente sufrido por trabajador mientras trasladaba un molde de fibra de vidrio, carente de agarraderas, que dada su ubicación impedía el trabajo, al vencerse en su desplazamiento sobre el trabajador y quedar éste atrapado, debido a la existencia de un cable en el suelo y a la escasa base del molde. Como consecuencia del mismo el trabajador queda parapléjico.

Doctrina de la Sentencia.—Respecto del primer recurso interpuesto por don Joaquín S. L.

Se alega: que no existe de nexo de causalidad entre la conducta de su defendido y el accidente sufrido por el trabajador: *la Sala de instancia hizo suya la extensa y detallada fundamentación jurídica del Juzgado, no estimando necesario reiterarla o ampliarla, lo cual en modo alguno supone falta de motivación, ya que subsiste la de la sentencia de primera instancia, no implica indefensión del apelante recurrente en casación dado que en su extenso recurso ha podido rebatir sin impedimento alguno, el fallo condenatorio esgrimiendo razones procesales y de fondo que ha tenido por conveniente.*

Asimismo, se alega que la demanda fue interpuesta transcurrido más de un año desde la finalización del proceso penal previo, por lo que se centra en la fijación del *dies a quo* del plazo prescriptivo. *Es de aplicación la reiteradísima doctrina según la cual lo relativo a la computación de los plazos de prescripción*

es cuestión de hecho y, por tanto, determinable por la apreciación de las pruebas practicadas, lo que lleva consigo que su ataque en casación hay de llevarse a cabo por el cauce procesal pertinente que, vigente la Ley 10/1992, no es otro que el ordinal 4.º del artículo 1.962 de la LEC alegando error de derecho en la valoración de la prueba con cita de las normas reguladoras de la misma que se consideran infringidas, también es doctrina jurisprudencial reiterada la de que seguido un procedimiento penal para la depuración de responsabilidades de esa naturaleza que pudiera derivarse de los hechos litigiosos, el plazo de prescripción para el ejercicio de acciones civiles que de aquéllos pudieran nacer, no empezará a contar sino desde la notificación del perjudicado de la resolución firme que puso término al procedimiento penal

Se aduce infracción del artículo 24.2 de la Constitución española: Tiene declarado esta Sala que el artículo 24.2 de la Constitución, que establece el principio de la presunción de inocencia no es aplicable al caso de culpa extracontractual, habiendo de referirse en todo caso a normas represivas, punitiva, o sancionadoras cuyo carácter no tienen los artículos 1.902 y 1.903 del Código Civil, pues la indemnización que contemplan es la significación reparadora o de compensación y a costa de los responsables del daño, en situación equivalente al que tenían antes de sufrirlo.

Añade la Sala que en el nexo causal entre la conducta del agente y la producción del daño ha de hacerse patente la imputabilidad de aquél y su obligación de repararlo: queda así expresado que la causalidad, es más bien un problema de imputación, esto es que los daños y perjuicios deriven o fueren ocasionados por un acto u omisión imputable a quien se exige indemnización por culpa o negligencia y que tales daños y perjuicios resulten consecuencia necesaria del acto u omisión de que se hacen dimanar.

Se denuncia infracción del artículo 1.902 del Código Civil y 24.1 de la Constitución española: Es reiterado el criterio jurisprudencial que establece la solidaridad obligacional en materia de responsabilidad por actos ilícitos, cuando no es posible individualizar la de cada uno de los partícipes en el evento causante de los daños.

Entrando ya en el estudio del recurso interpuesto por Astilleros Gallart, S. A., don Juan G. Ll., don Pedro M. P. y don Valeriano G. T.

La Sentencia desestima todos los motivos de casación excepto el de infracción de los artículos 3.2 y 1103 del Código Civil.

Se alega infracción del artículo 1.214 del Código Civil. Ha de reiterarse una vez más la constante doctrina jurisprudencial sobre el artículo 1.214 del Código Civil de que al no contener este artículo norma alguna de valoración probatoria, sólo puede servir de fundamento para un recurso de casación cuando por el Juzgador de instancia se hayan violado las reglas de distribución de la carga de la prueba que el precepto contiene, haciendo recaer sobre una parte las consecuencias de la falta de prueba de un determinado hecho cuya prueba no le incumbía, no infringiéndose el artículo 1.214 cuando el juzgador falla teniendo en cuenta las pruebas aportadas cualquiera que sea la parte que las haya aportado al proceso

Vulneración de los artículos 1.902 y 1.903, en relación con el artículo 1.214 del Código Civil: Ha de tenerse en cuenta que los distintos elementos que integran la culpa contractual, la existencia de hechos imputados a los demandados y el resultado dañoso, como cuestión de hecho que son, sólo pueden ser atacada en casación, vigente la Ley 10/1992, alegando error de derecho en la valoración de la prueba con cita de los preceptos reguladores de la misma que se consideren infringidos, mientras que, por ser cuestiones de derecho, si pueden ser plantea-

das en casación la calificación como culposa o negligente de la acción u omisión atribuida a los demandados y la relación de causalidad entre esa acción u omisión y el daño producido.

Infracción de los artículos 3.2.º y 1.103 del Código Civil: Es doctrina reiterada de esta Sala, que aquí se mantiene, la de que el uso de la posible moderación de la responsabilidad que establece el artículo 1 103 del Código Civil es facultad propia de los Juzgadores de la instancia, no susceptible de casación, ello se refiere al supuesto en que los mismos se hagan uso de tal facultad, con criterio ponderado, racional y lógico, pero no cuando se extravasen dichos parámetros, ni tampoco en aquellos supuestos en que ni siquiera se planteen la posibilidad de hacer uso de dicha facultad moderadora, cuando la misma viene forzosa y lógicamente impuesta por las especiales circunstancias concurrentes en el caso concreto que se enjuicia.

RESPONSABILIDAD CIVIL POR CULPA EXTRACONTRACTUAL. INEXISTENCIA DE CULPA DE LA VICTIMA. IMPUGNACION DE LA CUANTIA DE LA INDEMNIZACION. (SENTENCIA DE 29 DE SEPTIEMBRE DE 1997)

Ponente: Excmo. Sr. Don Pedro González Breda.

El Juzgado de Primera Instancia número 2.º de Langreo en Sentencia de 15 de diciembre de 1993, estima parcialmente la demanda, condenando a don Manuel G. F. y a doña M.ª Teresa S. F propietarios de la casa a que abonen solidariamente a la actora la suma de cuatro millones más los interés legales, desde la fecha de la presentación de la demanda, por apreciar concurrencia de culpas entre la actora y los propietarios. La Audiencia Provincial de Oviedo, en Sentencia de 10 de noviembre de 1994, estima parcialmente el recurso de apelación, rechaza la concurrencia de culpas y condena a don Manuel G. F. y a doña M.ª Teresa S. F a que abonen solidariamente a la actora la suma de dieciocho millones más los interés legales, desde la fecha de la presentación de la demanda.

No prospera el recurso de casación interpuesto por don Manuel G. F.

Hechos.—Caída, de la demandante a la vía pública, por rotura de la balaustrada que circundaba la terraza, en la que se apoyaba para sacudir una alfombra, cuando se encontraba residiendo en el domicilio que su prometido había alquilado con el propósito de instalar en él el domicilio conyugal, en vista de la boda que tenían previsto celebrar. (La sentencia de primera instancia aprecia concurrencia de culpas entre la actora y los propietarios de la casa. La sentencia de apelación rechaza la concurrencia de culpas).

Doctrina de la Sentencia.—Se impugna la valoración de la prueba hecha por el Tribunal de instancia, alegándose infracción de lo dispuesto en los artículos 1 214 en relación con el 1.215, 1.232-1 y 1.243 del Código Civil: *Tiene declarado con reiteración la jurisprudencia de esta Sala que el artículo 1.214 del Código Civil por su carácter genérico relativo al onus probandi y no contener regla valorativa alguna de la prueba, no es apto para amparar el recurso de casación, salvo aquellos supuestos en que el Tribunal a quo hubiere invertido en su fallo el principio de la distribución de la carga de la prueba, únicamente ha de acudir a las reglas sobre la carga de la prueba cuando los hechos fundamentadores de las pretensiones de las partes no hayan resultado probados, la*

Sala de instancia ha resuelto la cuestión litigiosa a través de las pruebas obrantes en los autos.... por otra parte se trata de contraponer la valoración del juzgador de primera instancia frente a la del Tribunal de apelación, proponiendo a esta Sala se incline por la del primero, lo cual no es objeto del recurso de casación... la apreciación de la prueba pericial es facultad del Tribunal sentenciador en la instancia sometida únicamente a las reglas de la sana crítica que, al no estar recogidas en preceptos legales, no pueden ser revisadas en casación.

Se alega infracción del artículo 1.902 del Código Civil y de la doctrina legal de esta Sala sobre concurrencia de culpas: *Es acertada la apreciación que hace la sentencia recurrida de no imputar a la actora intervención relevante en la producción de accidente pues el hecho de que se acercase e incluso apoyase en la balaustrada, precisamente por que apreció que aunque era vieja no estaba para caerse, no constituye acción u omisión alguna que pueda calificarse de culposa o negligente.*

Se denuncia la infracción del artículo 1.902 del Código Civil, esta vez en relación con la cuantía de la indemnización fijada: *«Es doctrina jurisprudencial reiterada y constante la que proclama que la apreciación del daño a indemnizar, en su extensión y alcance es una cuestión de hecho reservada única y exclusivamente al Tribunal de instancia.*

CULPA EXTRA CONTRACTUAL. ARTÍCULOS 1.902 Y 1.903 DEL CODIGO CIVIL. NEGLIGENCIA O MISIVA DE LOS SOCIOS PROPIETARIOS DE UNA SALA DE FIESTAS AL NO ADOPTAR LAS MEDIDAS DE SEGURIDAD SUFICIENTES PARA IMPEDIR QUE UNO DE LOS CLIENTES SE COMPOR-TASE DE MANERA INCIVILIZADA. (SENTENCIA DE 2 DE OCTUBRE DE 1997.)

Ponente: Excmo. Sr. Don Alfonso Barcala y Trillo-Figueroa.

El Juzgado de Primera Instancia número 2 de Santiago de Compostela en Sentencia de 7 de abril de 1989, estima parcialmente la demanda, condena a uno de los codemandados don José Manuel B. P. a abonar veinte millones de pesetas, absolviendo a los restantes demandados. La Audiencia Provincial de La Coruña, en Sentencia de 31 de mayo de 1993, estima el recurso de apelación, revoca la sentencia recurrida, condenando a los demandados: don José Manuel B. P. y a los propietarios de la discoteca, don Enrique O. V., don Ignacio C. B., don José M. Q. y su esposa doña Lucía P. T. don Jesús S. B., y su esposa doña Rosario T. R. y contra Cervantes, S. A. a abonar al actor veinte millones de pesetas de forma solidaria.

El recurso de casación no prospera.

Hechos.—Daños causados, por caída de un cliente que hacía «piruetas» en una barandilla del piso superior de una discoteca, al caer sobre la víctima que se encontraba en las pistas de baile en la planta baja.

Doctrina de la Sentencia.—Se alega infracción del artículo 1.902, 1.104 y 1.107 del Código Civil. *En relación con la responsabilidad por culpa extracontractual, resulta evidente que el principio de responsabilidad por culpa es básico en nuestro ordenamiento positivo, encontrándose acogido en el artículo 1.902 del Código Civil, cuya aplicación requiere, por regla general, la necesidad ineludible de un reproche culpabilístico al eventual responsable del resultado dañoso, y si bien es cierto que la jurisprudencia de la Sala ha evolucionado en el sentido*

de objetivar la responsabilidad extracontractual, no lo es menos que tal cambio se ha hecho moderadamente, recomendando una inversión de la carga de la prueba y acentuando el rigor de la diligencia requerida, según las circunstancias del caso, de manera que ha de extremarse la prudencia para evitar el daño, pero sin erigir el riesgo fundamento único de la obligación de resarcir y sin excluir, en todo caso y de modo absoluto, el clásico principio de la responsabilidad culposa, ... en definitiva, la doctrina de la Sala ha ido evolucionando hacia una minoración del culpabilismo originario, hacia un sistema que, sin hacer plena abstracción del factor moral o psicológico y del valor sobre la conducta del agente viene a aceptar soluciones cuasi objetivas, demandadas por el incremento de las actividades peligrosas y propias del desarrollo tecnológico y por el principio de ponerse a cargo de quien obtiene beneficio o provecho, la indemnización del quebranto sufrido por tercero.

Los presupuestos probados, radican, en que: el demandado José Manuel B. P. cliente de la discoteca al igual que el actor, se encontraba haciendo piruetas y tonterías agarrado a la barandilla de la planta primera de la misma y en un descuido se cayó. El análisis lógico y racional de semejante hecho probado, permite las siguientes consideraciones. —aunque la medias objetivas de seguridad adoptadas en la discoteca fuesen acordes con la reglamentación propia del ramo, es indudable que falló el mecanismo personal del mantenimiento del orden y vigilancia en la Sala, toda vez que los empleados tenían que haber estado atentos de la posible actuación incivil por parte de los clientes del establecimiento.

Los socios que explotaban el negocio, incurrieron por vía de omisión, en la culpa o negligencia prevista en el artículo 1.902 del Código Civil.

Se alega también infracción del artículo 1.137 del Código Civil: *Las conductas concurrentes en el resultado dañoso —la activa del cliente que cayó encima del lesionado y la pasiva de los socios que explotaban el negocio— no podían quedar deslindadas o separadas a efectos de fijar una distinta cuantificación en la responsabilidad, ni permitían tampoco, computar un porcentaje distinto en punto a la producción del daño originado».*

L. T. M.

2. DERECHO MERCANTIL

POR RAMÓN SÁNCHEZ DE FRUTOS

I. COMERCIANTES, AUXILIARES Y LIBROS DE COMERCIO

EL LIBRO DE LOS AGENTES DE CAMBIO Y BOLSA HACE PRUEBA EN RELACION A LOS INTERVINIENTES Y A TERCEROS. (SENTENCIA DE 13 DE JUNIO DE 1997)

Hay que tener en cuenta, y hacer propia, la teoría planteada por la Dirección de los Registros y del Notarido, en su Resolución de 13 de diciembre de 1985, cuando determina que los asientos de libro-registro que llevan los Agen-

tes de Cambio y Bolsa, así como las certificaciones referentes a los mismos tiene un carácter de documento público.

Proclamada la anterior premisa, tendrán que entrar en juego los artículos 1.216 y 1.218 del Código Civil, sobre todo este último, que se puede estimar como la norma elemental con respecto a la eficacia del documento público, hasta el punto que, al mismo, se le puede calificar como una prueba legal, cuya valoración parte de la base de una norma preestablecida (Sentencias de 16 de diciembre de 1982 y 10 de abril de 1984).

Los referidos libros oficiales hacen prueba, en cuanto a la fecha y al hecho que motive determinado asiento, no sólo contra terceros, sino también contra las partes intervinientes, y con ello se da cumplimiento a lo que determinan las Sentencias de esta Sala de 20 de febrero de 1943 y de 24 de marzo de 1961, cuando en ellas se dice que los documentos públicos llevan consigo una presunción de veracidad en su contenido, lo que basta para llenar la exigencia procesal de prueba.

II. SOCIEDADES

A) ANONIMAS

ES POSIBLE NOMBRAR APODERADO GENERAL SIN QUE SEA NECESARIO DESIGNARLO CONSEJERO-DELEGADO CUANDO LOS ESTATUTOS NO LO PROHIBEN. (SENTENCIA DE 19 DE FEBRERO DE 1997.)

No hay ningún fraude a la Ley que reprimir cuando el Consejo de Administración, en uso de las facultades que le confieren los artículos 140.1 y 141.1 de la LSA y los estatutos sociales, ha efectuado el nombramiento de Apoderado General en la persona de un Consejero y no lo ha designado Consejero-Delegado. No hay ninguna norma imperativa que obligue a que el apoderado no pertenezca al Consejo de Administración, ni tampoco existe otra que delimite las facultades que ha de tener el apoderado para diferenciar su figura de la del Consejero-Delegado, de tal manera que la concesión, más o menos amplia de los poderes, califique jurídicamente su figura con independencia de la voluntad de las partes. La exigencia de una mayoría cualificada para el nombramiento de Consejero-Delegado (art. 141.2 LSA), no se vulnera con el simple cambio de denominación (Apoderado General), pues si la propia Ley, además de los estatutos sociales, permite nombrar tanto Consejero-Delegado como Apoderado General o particular, sin ninguna distinción legal entre las clases de apoderamiento, y sin imponer un contenido determinado a estos poderes, cuando se nombra a un Consejero-Apoderado General dándole unas extensas facultades que tiene atribuidas estatutariamente el Consejo de Administración, no se infringió ninguna prohibición legal por medio de un fraude.

Por último, ha de agregarse que nada en contra de lo dicho supone que el apoderamiento general se haya dado por cuatro años, porque no vincula al poderdante la fijación de ese plazo en el sentido de que no pueda hacer uso de su facultad de revocación, que es libre, a salvo de las acciones que pudiera tener el apoderado contra el poderdante, pero la revocación surte sus efectos propios, extinguiendo el poder (arts. 1.732.1 y 1.733 del Código Civil). En consecuencia, no se ve que el plazo de cuatro años represente la estabilidad

y permanencia del nombramiento de Apoderado General, e identificación con el Consejero-Delegado, habida cuenta de las facultades extensas que le confiaron a aquél.

DERECHO AL DIVIDENDO. EL DERECHO ABSTRACTO DEVIENE DERECHO CONCRETO DESDE QUE EXISTE ACUERDO DE LA JUNTA. (SENTENCIA DE 19 DE MARZO DE 1997.)

Siendo indudable el derecho del accionista de una sociedad anónima a participar en los beneficios de la misma, por medio del reparto de dividendos, hay que distinguir el derecho abstracto del mismo, que es indiscutible, y el derecho concreto, que no se obtiene sino desde que hay un acuerdo de la Junta General de accionistas.

El tránsito del derecho abstracto al concreto corresponde decidirlo a la Junta, órgano soberano de formación de la voluntad general. Y tal como dice la Sentencia de esta Sala de 30 de noviembre de 1971, el artículo 107 (arts. 215 y 216 de la vigente Ley) de la Ley de Sociedades Anónimas de 17 de julio de 1951, aplicable al caso de autos, no concede al accionista derecho a reclamar directamente aquellos dividendos que no han sido acordados por la Junta General, sino sólo los acordados por la misma. Añade la sentencia, también de esta Sala, de 10 de octubre de 1996, que el derecho abstracto al dividendo (art. 39 de la Ley de Sociedades Anónimas de 1951; art. 48 de la vigente Ley) se concreta con el acuerdo de la Junta General y el derecho de crédito del accionista contra la sociedad sólo nace con el acuerdo de tal Junta; los beneficios no han de asignarse necesariamente y en su totalidad al reparto de dividendos.

EL DERECHO DE INFORMACION DE LOS ASUNTOS INSERTOS EN EL ORDEN DEL DIA PROCEDE EN FAVOR DE LOS ACCIONISTAS, AUNQUE SEAN ADMINISTRADORES. (SENTENCIA DE 12 DE JUNIO DE 1997.)

El apartado 1 del artículo 112 de la Ley de Sociedades Anónimas se divide en dos incisos. En el primer inciso se delinea un aspecto del ámbito del derecho de información de los accionistas, mientras que en el inciso segundo se formula una excepción a ese ámbito del derecho de información del accionista y tal excepción debe ser interpretada restrictivamente.

Parece evidente que no debe distinguirse donde la Ley no distingue. Esto significa que cuando el apartado 2 del artículo 112 se refiere expresa y exclusivamente a accionistas que representen, al menos, la cuarta parte del capital social, sin hacer ulteriores distinciones entre si son administradores o no, hay que interpretarlo en el propio sentido literal, ya que una correcta interpretación del apartado 2 del artículo 112 no autoriza a distinguir entre simples accionistas y accionistas-administradores, a los efectos de determinar la composición de la cuarta parte del capital social a la que se refiere este precepto. Sin duda por esta razón es por la que la Sentencia de 8 de marzo de 1984, siguiendo el criterio de la anterior de 13 de abril de 1962, afirmó: «...ya este Tribunal señaló en la Sentencia de 13 de abril de 1962, que la circunstancia de que el accionista sea también consejero no le priva del ejercicio de su derecho de información, protegido por la Ley»

Otra circunstancia que hay que tener en cuenta para interpretar el apartado 2 del artículo 112 es la de los intereses que se tratan de proteger con esta norma y la doble faz que posee este derecho. En general, cabe afirmar que se ha producido una importante evolución en lo que concierne a los intereses que trata de proteger el legislador al regular el derecho de información del accionista. Se ha pasado así de una concepción del derecho de información pensado casi exclusivamente en función del interés privado del accionista solicitante de la misma, a otra en la que se tienen también en cuenta los intereses de los demás accionistas, de los inversores, de los trabajadores, de los acreedores de la sociedad y, en última instancia, de la economía nacional. Pues bien, la presencia de estos nuevos intereses exige un cambio en la contemplación de este derecho, en el sentido de configurarlo más como un deber de la sociedad que como un derecho concedido al accionista, y si la Sala hubiese decidido abandonar el criterio jurisprudencial recogido en las citadas Sentencias de 13 de abril de 1962 y 3 de marzo de 1984, acogiendo la doctrina sentada en la reciente Sentencia de 15 de octubre de 1992, consistente en que en el caso de que concurra en un accionista la condición de administrador se presume salvo prueba en contrario que conocía la información y que, en consecuencia, no entra en juego el apartado 2 del artículo 112, es preciso señalar que la sentencia recurrida ha interpretado erróneamente esta doctrina jurisprudencial. En efecto, en el Fundamento de Derecho Segundo de la reciente Sentencia de 15 de octubre de 1992, se sienta la doctrina anteriormente mencionada con las siguientes palabras: «.. conforme a sentencias de esta Sala de 23 de junio de 1973 y 7 de octubre de 1985, los socios, si son consejeros, salvo prueba en contrario, no pueden alegar la falta de información del artículo 65, puesto que ha de entenderse que tienen conocimiento de los libros de cuentas y documentos de la sociedad...»; y he aquí que la mencionada sentencia considera como prueba en contrario suficiente que destruye esa presunción de conocimiento, la inasistencia de los accionistas consejeros al Consejo en el que se aprueban las cuentas de la sociedad, que son las que se impugnan.

NOTA: Como puede apreciarse, en este tema las sentencias del Tribunal Supremo no son concordes.

DISOLUCION DE SOCIEDAD POR PERDIDAS. NECESIDAD DE CELEBRACION DE JUNTA GENERAL. (SENTENCIA DE 30 DE JUNIO DE 1997.)

Atendiendo a la redacción dada al artículo 262 de la Ley, se comprende que es requisito imperativo la celebración de una Junta previa en orden a la consecución de la disolución de la sociedad, así como, imperativo también, el del cumplimiento por los administradores de las prescripciones tendentes a la convocatoria de dicha Junta, respecto a la que, al menos, podrá ser instada por cualquier accionista, y sólo después, se puede llegar al trámite de la disolución. Por lo que respecta a la convocatoria de la Junta, no cabe duda que ello corresponde a los administradores, facultad que les es reconocida por el artículo 94 de la Ley, sin perjuicio del derecho que a los accionistas se les reconoce en el artículo 100 en punto a solicitar la convocatoria cuando representen un 5 por 100 del capital social, y esto, con independencia de que cualquier accionista pueda solicitar la correspondiente a la disolución de la sociedad

IMPUGNACION DE ACUERDOS SOCIALES POR FALTA DE CONSTANCIA DE OPOSICION AL ACUERDO, NO BASTANDO HABER VOTADO EN CONTRA. (SENTENCIA DE 14 DE JULIO DE 1997.)

El tema de legitimación, consistente en si la recurrente observó el requisito ineludible exigido en el apartado 2 del artículo 117 de la Ley de Sociedades Anónimas, Texto refundido aprobado por Real Decreto-legislativo 1464/1989, de 22 de diciembre, respecto a la impugnación de acuerdos anulables por los accionistas asistentes a la junta: haber hecho constar en acta su oposición al acuerdo, la propia redacción de la norma legal es clara en cuanto a señalar que la «oposición» ha de recaer sobre el «acuerdo», no sobre la propuesta o la aprobación del asunto fijado en los puntos del orden del día

Dada la trascendencia del requisito referente a «hacer constar en acta su oposición al acuerdo» y atendiendo a los términos de redacción del apartado 2 del artículo 117 es exigido de modo imperativo, no puede ser relegado a una simple formalidad y equipararse su omisión al de los supuestos contemplados en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en que se decantó por criterios contrarios a un rigor formalista y favorables a la tutela judicial efectiva que proclama el artículo 24 de la Constitución.

La imperatividad del requisito citado se encuentra recogida en la mayor parte de la doctrina jurisprudencial de esta Sala, siendo de citar al respecto las Sentencias, entre otras, de fechas 22 de diciembre de 1986, 15 de abril de 1988, 13 de noviembre de 1989, 2 de enero de 1990, 13 de julio de 1992 y 30 de noviembre de 1993, doctrina que cabe sintetizar así. que aún cuando no deba exigirse fórmula expresa para manifestar la disconformidad con el acuerdo, sí es preciso que la declaración de voluntad de oponerse ha de ser manifestada de manera tan inequívoca, que no cabe entenderla suplida por el hecho de la previa votación en contra del acuerdo, puesto que, como es lógico, sólo cuando el resultado de la votación es conocido resulta posible que el socio disidente formule su oposición al acuerdo, oposición que se exige para legitimar el ejercicio de la acción impugnatoria.

NULIDAD DE ACUERDOS SOCIALES ADOPTADOS EN JUNTA GENERAL POR HABERSE PRIVADO ILEGITIMAMENTE DE LA ASISTENCIA A ACCIONISTAS, TITULARES DE ACCIONES NOMINATIVAS. (SENTENCIA DE 30 DE SEPTIEMBRE DE 1997.)

Siendo esencial la existencia de acciones en la sociedad anónima, la acción es considerada en la doctrina en un triple sentido: como parte del capital (art. 1 de la Ley de Sociedades Anónimas, Texto refundido aprobado por Real Decreto-legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre), como conjunto de derecho y como título. Como conjunto de derechos dispone el artículo 48.1 que *la acción confiere a su titular legítimo la condición de socio y le atribuye los derechos reconocidos en esta Ley y en los estatutos*; uno de los cuales, añade al mismo artículo [48.2.c)] es *el de asistir y votar en las juntas generales y el de impugnar los acuerdos sociales*. A su vez, el artículo 51 prevé la representación de acciones por medio de títulos, que pueden ser nominativos o al portador (art 52) y, mientras no estén emitidos se pueden entregar a los titulares resguardos provisionales, que —dispone el art. 54— *revestirán necesariamente forma nominativa*, con remisión a los artículos 53, 55 y 58; a su

vez el artículo 55 ordena que *las acciones nominativas figurarán en un libro registro que llevará la sociedad*, y el artículo 58, que *la exhibición sólo será precisa para obtener la correspondiente inscripción en el libro registro de acciones nominativas*; por último, el artículo 104 concluye que en ningún caso se puede impedir el ejercicio del derecho a asistir a la junta a los titulares de acciones nominativas. Es decir, en el caso de acciones nominativas (y, por remisión, de resguardos provisionales), la sociedad ha de reputar accionista a quien se halle inscrito en el libro registro de acciones nominativas.

B) DE RESPONSABILIDAD LIMITADA

PRESTACIONES ACCESORIAS TRANSMISIBLES A LOS HEREDEROS Y DERECHOS PERSONALISIMOS NO TRANSMISIBLES. (SENTENCIA DE 15 DE ABRIL DE 1997.)

Teniendo presente lo dispuesto en el artículo 29 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada de 1953, que es la aplicable al caso, aunque el precepto sea sustancialmente igual al vigente artículo 27, no es posible eludir el contenido propio de las prestaciones accesorias, cuando determinado porcentaje de los beneficios repartibles se detrae del total para seguir una regla de distribución diferente a la común, que establece que el reparto ha de hacerse en la proporción correspondiente a las respectivas participaciones sociales de los socios. La salvedad del precepto, justamente, permite la validez del pacto que señala otra modalidad de reparto en función de las prestaciones accesorias reconocidas en el artículo 10. Entre las modalidades de prestaciones accesorias que la doctrina ejemplifica se halla la posible atribución de retribuciones por el desempeño de cargos directivos de la sociedad. No es óbice a este planteamiento que las prestaciones accesorias no estén designadas *expressis verbis*, si de su contenido resulta su naturaleza.

Era condición personalísima, que como tal se ha extinguido a su óbito, el cargo de administrador, globalizador de un complejo de facultades y deberes entre los que figuraba el desempeño de la función presidencial; cargos que desaparecieron con la muerte de quien los ostentaba y que no se transmiten con su muerte.

DESTITUCION DEL LIQUIDADOR Y CONSIGUIENTE NULIDAD DE LO POR EL ACTUADO. (SENTENCIA DE 10 DE OCTUBRE DE 1997.)

Procedente la destitución del liquidador, es evidente la nulidad de todo lo actuado por él en relación con la liquidación de la sociedad, al haber sido realizadas tales operaciones por quien carecía de facultades para ello; siendo este requisito de competencia o facultad para realizar las operaciones liquidadoras presupuesto necesario para su validez.

C) COOPERATIVAS

JURISDICCION COMPETENTE EN LAS COOPERATIVAS DE TRABAJO ASOCIADO. (SENTENCIA DE 3 DE FEBRERO DE 1997.)

Si bien las Cooperativas de Trabajo Asociado tienen su origen en un contrato tipo societario, tal contrato implica la obligación del socio de desarrollar la «actividad cooperativizada de prestación de su trabajo», de claro contenido laboral; de ahí que el régimen jurídico de estas Cooperativas esté integrado por normas de carácter societario que regulan todo lo relativo a la condición de socio de la Cooperativa; normas de carácter mixto que si bien proceden de la legislación cooperativa, incorporan normas de derecho del trabajo o de instituciones laborales, y por normas laborales que regulan las condiciones en que se desenvuelve la prestación de trabajo socio-trabajador.

Esta distinta naturaleza de las normas rectoras de este tipo de Cooperativas tiene su reflejo en las normas de atribución de competencia a los órganos jurisdiccionales de los órdenes civil y social para conocer de las cuestiones contenciosas que se susciten entre la Cooperativa y el socio-trabajador; así, el artículo 125.1 de la Ley General de Cooperativas de 2 de abril de 1987, establece que «se someterán a la decisión de la jurisdicción del orden social, conforme se dispone en los números siguientes, las cuestiones contenciosas que se susciten entre las Cooperativas de Trabajo Asociado y el socio-trabajador por su condición de tal». El apartado 2 de este artículo 125 establece la competencia de los órganos jurisdiccionales del orden social mediante una cláusula positiva a cuyo tenor esa competencia se extiende a «cuantas cuestiones se susciten entre la Cooperativa de Trabajo Asociado y el socio-trabajador relacionadas con los derechos y obligaciones derivadas de la actividad cooperativizada de la prestación del trabajo y correlativos derechos y obligaciones económicas», estableciendo a continuación una serie de supuestos concretos que, reconoce la doctrina, no tiene carácter de *numerus clausus*; y en el apartado 3 del artículo 125 se establece una relación de las cuestiones que quedan excluidas del conocimiento de aquellos órganos jurisdiccionales y de las que, por tanto, habrán de conocer los Juzgados y Tribunales de orden civil.

DISOLUCION Y LIQUIDACION DE COOPERATIVAS POR FALTA DE ADAPTACION DE SUS ESTATUTOS EN PLAZO. NORMATIVA AUTONOMICA Y GENERAL APLICABLE. (SENTENCIA DE 2 DE JUNIO DE 1997)

La Cooperativa quedó disuelta de pleno al haber transcurrido el plazo de dos años desde que entró en vigor la Ley 2/1985, de 2 de mayo, de Cooperativas Andaluzas, de la que la Ley General de Cooperativas de 2 de abril de 1987 es sólo supletoria, sin haber acordado la adaptación de sus Estatutos, y ello en armonía a lo dispuesto en la Disposición Transitoria segunda, apartado 3, sin que, no obstante, se hubiera procedido a su liquidación, conservando la Cooperativa su personalidad jurídica en tanto se realice la liquidación, como así se establece en el artículo 70.2 de la misma, al igual que en el artículo 104.4 de la Ley General.

Ahora bien, la circunstancia de no haberse procedido a liquidar la sociedad cooperativa no desvirtúa, en absoluto, el hecho de encontrarse en período de liquidación y el, también indiscutible, de su disolución y, asimismo, la circunstancia de que, aún disuelta, conserve su personalidad jurídica, no significa que pueda adoptar, con entera libertad, acuerdos de cualquier índole a través de la celebración asamblearia.

No es dable olvidar que la declaración de nulidad del acuerdo de reactivar la Cooperativa tuvo su fundamento en la aplicación del artículo 105 de la Ley General 3/1987, de 2 de abril, que sólo permite la reactivación cuando la disolución se hubiese producido por acuerdo de la Asamblea y haya cesado la causa motivadora, sin haberse comenzado el reembolso de las aportaciones, contingencia que no ocurrió en el caso de autos, ya que aquélla se produjo al haber transcurrido el plazo de dos años concedido en la Disposición Transitoria segunda, apartado 1, de la Ley 2/1985, de 2 de mayo (de Cooperativas Andaluzas), sin adaptar la Cooperativa sus Estatutos a las prescripciones de la misma, siendo indiferente al respecto que la Consejería de Trabajo de la Junta de Andalucía procediese a la inscripción de los acuerdos en el Registro correspondiente.

IV. CONTRATOS MERCANTILES

CONTRATO DE FRANQUICIA. INCUMPLIMIENTO DE LA FRANQUICIADORA. (SENTENCIA DE 14 DE MARZO DE 1997.)

La característica fundamental del contrato de franquicia o «franchising» estriba en que una de las partes, que es titular de una determinada marca, rótulo, patente, emblema, fórmula, método o técnica de fabricación o actividad industrial o comercial, otorga a la otra el derecho a utilizar, por un tiempo determinado y en zona geográfica delimitada, bajo ciertas condiciones de control, aquello sobre lo que ostentaba la titularidad, contra la entrega de una prestación económica, que suele articularse normalmente mediante la fijación de un canon o porcentaje.

El hecho de que en el contrato suscrito entre ambas partes no se estableciera sanción alguna para el caso de incumplimiento de la entidad franquiciadora como se hacía para la franquiciada, no implica que a dicha parte no le fuera exigible igualmente el cumplimiento de sus propias obligaciones, siendo plenamente de aplicación al respecto el contenido del último párrafo del artículo 1.100 del Código Civil, no pudiendo una de las partes exigir a la otra el cumplimiento de sus obligaciones cuando no ha cumplido con las propias.

La jurisprudencia de esta Sala exige como requisito para que la acción resolutoria del artículo 1.124 del Código Civil prospere, en los contratos bilaterales, entre otros, que quien ejercite esta acción no haya incumplido las obligaciones que le concernían, salvo si ello ocurriera como consecuencia del incumplimiento anterior del otro, pues la conducta de éste es la que motiva el derecho de resolución de su adversario y lo libera de su compromiso (Sentencias del Tribunal Supremo de 21 de marzo de 1986 y 1 de diciembre de 1989).

SEGURO: RECARGO DEL 205 DEL ARTICULO 20 DE LA LEY REGULADORA DE 8 DE OCTUBRE DE 1980 (SENTENCIA DE 19 DE JUNIO DE 1997.)

Si la misma actora (es la asegurada) supedita la cuantificación exacta de la indemnización pretendida al trámite de ejecución de sentencia, no puede entenderse vulnerado lo dispuesto en el artículo 20 de la Ley, ya que, como

es sabido, únicamente procederá ese recargo en el caso de que no se hubiese indemnizado por la aseguradora por causa no justificada o que le fuera imputable.

COMPRAVENTA: COMPETENCIA DEL DOMICILIO DEL COMPRADOR CUANDO LAS MERCANCIAS VIAJAN A «PORTES PAGADOS». (SENTENCIA DE 5 DE SEPTIEMBRE DE 1997.)

De conformidad con doctrina declarada por la Sala y por aplicación de lo dispuesto en el artículo 1.171 del Código Civil, en relación con los 1.500 del mismo texto legal y 50 del de Comercio, el lugar de cumplimiento de las obligaciones es aquél en el que se haya hecho entrega de la mercancía (Sentencias de 22 de febrero de 1980, 19 de enero, 2 y 4 de marzo de 1981, 2 de noviembre de 1984, 16 de abril de 1985 y 26 de abril de 1986).

Como en el presente caso aparece acreditado que las mercancías viajaron «a portes pagados» y, por tanto, de cuenta y riesgo del vendedor, procede entender, de acuerdo con la doctrina consolidada de esta Sala, que la entidad vendedora entregó el género suministrado en el domicilio de la sociedad compradora, siendo éste el determinante de la competencia.

CREDITOS DOCUMENTARIOS LAS REGLAS Y USOS UNIFORMES A ELLOS RELATIVOS NO ESTAN INCORPORADOS A NUESTRO SISTEMA LEGISLATIVO. EL ARTICULO 57 DEL CODIGO DE COMERCIO ES UN PRECEPTO GENERICO, INHABIL PARA FUNDAR LA CASACION. (SENTENCIA DE 9 DE OCTUBRE DE 1997.)

La alegación como infringido del artículo 57 del Código de Comercio supone la desestimación de los motivos en que se funda, ya que dicho precepto es de naturaleza genérica a efectos casacionales; si bien dicha apreciación queda suavizada por el dato proporcionado por la Sentencia de esta Sala de fecha 30 de diciembre de 1994, que recoge la doctrina sentada por otras resoluciones de la misma naturaleza que establece que un precepto de carácter general puede servir de apoyo a un motivo de casación, cuando se hace en las cláusulas contractuales o a los hechos que pongan de relieve que el contrato padece un vicio.

La Reglas y Usos Uniformes relativos a los créditos documentarios fueron primeramente publicados en 1933 en Viena y posteriormente revisados en los años 1951, 1962, 1964 y 1983 (actualmente vigente), y han demostrado su eficacia en el mundo comercial y financiero, principalmente en su vertiente internacional. Las mismas complementan la voluntad contractual en el sentido de plasmar cláusulas tendentes a que los vendedores entreguen las mercancías antes de recibir el precio, o sea, efectuar el pago contra «remesa tácita». Resumiendo, que son normas indicativas para complementar las relaciones contractuales y facilitar el comercio internacional. Pero con todas esas ventajas, nunca las referidas Reglas podrán estimarse como componentes del ordenamiento jurídico referido al artículo 1.692-4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

V. DERECHO MARITIMO

ABORDAJE: RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL (TRANSPORTE MARITIMO) EXTRACONTRACTUAL (ABORDAJE). (SENTENCIA DE 22 DE JULIO DE 1997.)

Si se tiene en cuenta lo que es un abordaje, o sea, un choque entre dos buques, o lo que es lo mismo, un suceso que no está comprendido dentro del círculo normal del contrato de transporte marítimo, débese recordar la doctrina de esta Sala sobre este extremo: el deudor, en una relación contractual, debe cumplir la obligación y si la incumple incurre en responsabilidad contractual, pero si al actuar causa un daño ajeno al estricto ámbito del contrato, este acto (ilícito, infracción del principio *alterum non laedere*) generará una nueva obligación, que es la de reparar dicho daño: así, Sentencias de 10 de mayo de 1984, 16 de diciembre de 1986, 20 de julio de 1992 y 1 de diciembre de 1994: estas dos últimas dicen literalmente: *no es bastante que haya un contrato entre las partes para que la responsabilidad contractual opere necesariamente con exclusión de la aquiliana, sino que se requiere para ello que la realización del hecho acontezca dentro de la rigurosa órbita de lo pactado y como desarrollo normal del contenido negocial.*

VI. QUIEBRAS Y SUSENSIONES DE PAGOS

A) QUIEBRAS

ACUMULACION DEL JUICIO DE MENOR CUANTIA AL UNIVERSAL DE QUIEBRA VOLUNTARIA DEL DEMANDADO EN AQUEL. (SENTENCIA DE 5 DE FEBRERO DE 1997.)

Se comparte la correcta emisión del dictamen del Ministerio Fiscal que, en concreto, hace constar cuanto sigue: «El artículo 161.3.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil reconoce la fuerza atractiva de los juicios de concurso o quiebra, al que se halle sujeto el caudal contra el que se haya formulado o formule cualquier demanda, por lo que en este caso el juicio de menor cuantía, dirigido contra la entidad mercantil quebrada, que no se halla concluso por sentencia, deberá atenerse a esa fuerza atractiva del juicio universal, porque no se está en las excepciones previstas en el artículo 165, cuando declara que no son acumulables los autos que estuvieren en diferentes instancias, ni los ordinarios que estuvieren conclusos por sentencia. A su vez, el artículo 1.187 de la Ley Procesal Civil establece la acumulación de las acciones y pleitos expresados en el artículo 1.003 de la propia Ley, precepto éste en cuya virtud es preciso llevar a la quiebra el proceso seguido contra el quebrado por el ejercicio de una acción personal, como es el caso aquí planteado», por lo cual, en consecuencia, procede por esa «vis atractiva» que existe respecto a la incorporación de los juicios individuales en los universales, y por esos específicos razonamientos, declarar la acumulación del expresado juicio individual a favor del juzgado que tramita el Juicio Universal de Quiebra.

R. S. F.

4. DERECHO PROCESAL

Por ERNESTO CALMARZA CUENCAS

CUESTION DE COMPETENCIA. (SENTENCIA DE 18 DE MAYO DE 1996.)

Ponente: Excmo. Sr. Don Alfonso Villagómez Rodil.

Se trata del ejercicio de una acción personal para reclamar el pago del precio de una compra de mercancías. En los autos no consta acreditado el lugar de celebración del contrato de compraventa mercantil, y tampoco pacto alguno de sumisión a favor de un Juzgado concreto.

Sí que queda acreditado, en cambio, que las mercancías vendidas fueron entregadas en la ciudad de Orense, y que viajaron a *portes pagados*, es decir, por cuenta y riesgo de la vendedora.

Ante esta base fáctica el TS declara la competencia de los Juzgados de Orense, ya que en este caso el artículo 62 LECiv declara la competencia territorial-judicial del Juez del lugar donde deba cumplirse la obligación, es decir, en la ciudad de Orense donde la parte compradora accedió a la posesión y disposición de las mercancías (arts. 1.462 y 1.500 del Código Civil).

En el mismo sentido, si bien el supuesto fáctico es el contrario, pues las mercancías viajaban a portes debidos siendo de cargo del comprador, vid. Sentencia de 22 de abril de 1996 publicada en número anterior.

RECURSO DE REVISION. EL PLAZO DE TRES MESES PARA INTERPONERLO ES DE CADUCIDAD Y EXIGE PROBAR CON PRECISION EL «DIES A QUO». NO ES UNA TERCERA INSTANCIA (SENTENCIA DE 22 DE MAYO DE 1996.)

Ponente: Excmo. Sr. Don Pedro González Poveda.

ERROR JUDICIAL. NO ES UNA TERCERA INSTANCIA NI UN RECURSO DE CASACION. (SENTENCIA DE 22 DE MAYO DE 1996.)

Ponente: Excmo. Sr. Don Francisco Morales Morales

Reitera esta sentencia la consolidada Doctrina del Supremo que expresa que el error judicial no se configura ni como una tercera instancia, ni como un claudicante recurso de casación. El llamado «error judicial» viene determinado por un desajuste objetivo, patente e indudable con la realidad fáctica o con la normativa legal, habiendo de tratarse de un error craso, evidente e injustificado o, lo que es lo mismo, un error patente, indubitado e incontestable, que haya provocado conclusiones fácticas o jurídicas ilógicas o irracionales, generadoras de una resolución esperpéntica, o absurda, que rompa la armonía del orden jurídico

RECURSO DE CASACION. DESESTIMACION AL TRATARSE DE SENTENCIAS CONFORMES DE TODA CONFORMIDAD SOBRE CUANTIA INDETERMINADA VIGENCIA DE LA LEY 10/1992, DE 30 DE ABRIL. (SENTENCIA DE 23 DE MAYO DE 1996.)

Ponente: Excmo. Sr. Don Luis Martínez-Calcerrada y Gómez.

En el presente caso tanto la sentencia de 1.ª Instancia como la de apelación son sentencias de cuantía indeterminada conformes en su totalidad, por lo que es aplicable lo dispuesto por la nueva redacción del apartado b) del artículo 1.687.1.º, dada por la Ley 10/1992 de 30 de abril, según el cual, «no son susceptibles de recurso de casación los supuestos en que la sentencia de apelación y de primera instancia —de cuantía indeterminada— sean conformes de toda conformidad, teniendo este carácter aunque difieran en lo relativo a costas».

Y esta nueva redacción es aplicable al caso planteado, ya que la Ley 10/1992, de 30 de abril, entró en vigor el día 6 de mayo, y el escrito de formalización del recurso de casación se interpuso con fecha 31 de julio de 1992, por lo que según la D. T. SEGUNDA de la citada Ley, «las resoluciones judiciales en el orden civil que se dictan después de la entrada en vigor de esta Ley sólo serán recurridas en casación o en apelación si reúnen los requisitos que para ello establece la presente Ley», lo cual, a su vez, debe integrarse con lo dispuesto en el artículo 6 del Real Decreto de 3 de febrero de 1881, de promulgación de la LECiv, en donde se especifica que los recursos de casación que estén interpuestos antes del 1 de abril próximo (fecha de vigencia de dicha Ley) se seguirá por los trámites de la Ley actual, los que lo fueren con posterioridad —aunque sean preparados con anterioridad—, se ajustarán a los de la nueva Ley.

Vid. en el mismo sentido, Sentencias de 9 de marzo, 25 de marzo y 12 de abril de 1996 de esta misma Sala 1.ª

AUDIENCIA AL REBELDE. NO PROCEDE ESTE RECURSO CUANDO SE PUDO APELAR O RECURRIR LA SENTENCIA QUE SE QUIERE RESCINDIR POR AQUELLA VIA PROCESAL. (SENTENCIA DE 20 DE JUNIO DE 1996.)

Ponente: Excmo. Sr. Don Antonio Gullón Ballesteros.

En este caso el recurrente que solicita el derecho de audiencia al rebelde fue notificado personalmente de la sentencia; por consiguiente, dice el TS que se le abrió la posibilidad de recurrirla. Si el recurrente pudo apelar la sentencia que se le notificó, la Ley quiere que se acuda al recurso de apelación y no al extraordinario y excepcional de audiencia al rebelde, que implica dejar sin efecto una sentencia firme ya.

NOTIFICACIONES DEL ARTICULO 268 LECIV. NULIDAD DE ACTUACIONES PROCESALES POR INCUMPLIMIENTO DE LO PRESCRITO EN ESTE ARTICULO. (SENTENCIA DE 4 DE JULIO DE 1996)

Ponente: Excmo. Sr. Don Antonio Gullón Ballesteros.

El TS casa la sentencia, pues en los autos figura que en las diligencias por las que se hace constar la notificación de la sentencia de 1.ª Instancia a la demandada-recurrente y su emplazamiento para comparecer ante la Audien-

cia, no figuran que las personas que recibieron la cédula (su empleada del hogar y su hijo respectivamente) tenían la obligación de entregársela a aquélla, ni que se les hiciese saber esto por el que efectuaba el acto procesal en cuestión. La Sala, finaliza, no puede presumir gratuitamente que, a pesar de ello, la recurrente conoció el contenido de los actos procesales antedichos.

CUESTION DE COMPETENCIA. ARTICULO 62.1.º LECIV. (SENTENCIA DE 4 DE JULIO DE 1996.)

Ponente: Excmo. Sr. Don Pedro González Poveda.

Se ejercitan simultáneamente dos acciones cambiarias, la directa contra el aceptante de la letra de cambio, y la de regreso contra el librador del título, como autoriza el artículo 57.2.º de la Ley Cambiaria.

Al ser un supuesto de acumulación de acciones resulta aplicable para determinar la competencia territorial el párrafo segundo de la regla 1.ª del artículo 62 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y no habiendo lugar de cumplimiento de la obligación (ya que la domiciliación del efecto sólo tiene eficacia frente al aceptante obligado directamente) puede elegir el demandante el domicilio de cualquiera de los demandados.

CUESTION DE COMPETENCIA. NULIDAD DE LAS CLAUSULAS DE SUMISION A FUERO EN LOS CONTRATOS DE ADHESION (SENTENCIA DE 8 DE JULIO DE 1996.)

Ponente: Excmo. Sr. Don Gumersindo Burgos y Pérez de Andrade.

Es esta una interesantísima sentencia que determina, con otras, un cambio jurisprudencial respecto de las cláusulas de sumisión a fuero en los contratos de adhesión.

En un Juzgado de Madrid, la entidad Z, S. A. interpone demanda de cognición contra una comunidad de propietarios de un edificio sito en Alicante, en la que postula el cumplimiento de un contrato de abono en virtud del cual la entidad demandante se comprometía mediante un precio a prestar el servicio de mantenimiento del ascensor situado en dicho edificio. La competencia de los Tribunales de Madrid se fundamentaba en la cláusula de sumisión expresa que figuraba en el párrafo final de contrato de adhesión firmado por las partes en Alicante.

La comunidad demandada propone cuestión de competencia por inhibitoria en Alicante, al entender que la competencia territorial corresponde a los Tribunales de Alicante, lugar donde tiene su domicilio el demandado, donde se ha prestado el servicio y donde se celebró el contrato (art. 62 LECiv).

En los escritos de alegaciones de las partes interesadas se aduce la existencia de una serie de Sentencias dictadas por esta Sala, 31 de mayo de 1991, 18 de junio de 1992, 22 de julio de 1992, etc., en las que se aplicaba con criterio taxativo la literalidad de la cláusula de sumisión expresa, que la entidad demandante hizo figurar en los contratos impresos que firmaba con sus clientes. En aquel tiempo, dice la sentencia, los Tribunales españoles no disponían de un apoyo legal para declarar no vinculante a una cláusula de sumisión formalmente establecida, aunque supusiere desequilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes. El panorama legal ha sufrido una importante modifi-

cación a partir de la directiva de la CEE, número 93/13, de fecha 5 de abril de 1993, que define y sanciona de ineficacia a las cláusulas abusivas plasmadas en los contratos celebrados con los consumidores. Esta disposición tiene el carácter de norma de obligada transcripción a los derechos nacionales de los Estados miembros, y mientras se lleva a cabo tal establecimiento, los Tribunales judiciales de cada Estado deben actuar como Jueces Comunitarios.

En el artículo 3.º de esta Directiva se definen las cláusulas abusivas de la siguiente forma: «Las cláusulas contractuales que no se hayan negociado individualmente se considerarán abusivas si, pese a la exigencia de la buena fe, causan en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato. Se considerará que una cláusula no se ha negociado individualmente cuando ha sido redactada previamente, y el consumidor no haya podido influir sobre su contenido, en particular en contratos de adhesión. El anexo de la presente Directiva contiene una lista indicativa y no exhaustiva de cláusulas que pueden ser declaradas abusivas... Q) Suprimir u obstaculizar el ejercicio de acciones judiciales o de recursos por parte del consumidor, en particular obligándole a dirigirse exclusivamente a una jurisdicción o arbitraje no cubierta por las disposiciones jurídicas, limitándole indebidamente los medios de prueba a su disposición..., etc.».

La nueva legislación y este razonamiento motivaron la nueva orientación jurisprudencial que representan las Sentencias de fecha 23 de julio de 1993 y de 20 de julio de 1994.

Por lo tanto el TS, previa declaración de dicha cláusula de sumisión expresa como abusiva, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 62 de la LECiv, decide la competencia en favor del juzgado de Alicante.

RECURSO DE REVISION. MAQUINACION FRAUDULENTA. (SENTENCIA DE 8 DE JULIO DE 1996.)

Ponente: Excmo. Sr. Don Alfonso Villagómez Rodil.

Se estima el recurso, ya que se considera probado que por la parte demandante se ocultó maliciosamente el domicilio real del demandado, del que se tenía pleno conocimiento, para evitar la correcta citación del mismo

RECURSO DE CASACION. NO ES UNA TERCERA INSTANCIA DEL PLEITO. CONTROLA LA CORRECTA APLICACION DE PRECEPTOS LEGALES O DE DOCTRINA JURISPRUDENCIAL CUYA HIPOTETICA VULNERACION EXIGE AL RECURRENTE SU CITA PRECISA Y LOS FUNDAMENTOS DE SU QUEJA. (SENTENCIA DE 26 DE JULIO DE 1996.)

Ponente: Excmo. Sr. Don Antonio Gullón Ballesteros.

CUESTION DE COMPETENCIA. INTERPRETACION DEL ARTICULO 76 LECiv. NO ES POSIBLE LA SUMISION EXPRESA O TACITA EN MATERIA DE JUICIOS EJECUTIVOS. ARTICULO 1.439 LECiv. (SENTENCIA DE 11 DE JULIO DE 1996.)

Ponente: Excmo. Sr. Don Francisco Morales Morales.

El artículo 76 LECiv establece que no pueden promoverse ni proponerse cuestiones de competencia en los asuntos judiciales terminados por auto o por sentencia firme, lo cual ha sido interpretado por constante y pacífica doctrina del TS en el sentido de que cuando la parte interesada promueve correctamente, dentro de plazo hábil, la inhibitoria correspondiente, debe ser tramitada la cuestión de competencia, aunque el oficio requiriéndole de inhibición, por causas que sean totalmente ajenas a la parte que propuso la inhibitoria, lo reciba el Juzgado requerido después de haber dictado sentencia firme en el proceso a que el oficio inhibitorio se refiere.

El artículo 1.439 LECiv excluye toda sumisión expresa o tácita en materia de juicios ejecutivos. En igual sentido, Sentencia de 23 de mayo de 1996.

ERROR JUDICIAL. (SENTENCIA DE 17 DE JULIO DE 1996.)

Ponente: Excmo. Sr. Don Jesús Marina Martínez-Pardo.

No puede convertirse en una nueva instancia sobre la cuestión controvertida en el pleito, aún en el caso de solución equivocada, si la equivocación no es flagrante, palmaria y manifiesta o absurda, y que rompa la armonía del orden jurídico; y menos aún si se trata de supuestos de pura discrepancia doctrinal.

En igual sentido, Sentencia de 17 de julio de 1996.

CLAUSULAS DE SUMISION EN JUICIOS EJECUTIVOS. ARTICULO 1.439 LECIV TRAS LA REFORMA 10/1992, DE 30 DE ABRIL. (SENTENCIA DE 24 DE JULIO DE 1996.)

Ponente: Excmo. Sr. Don Jesús Marina Martínez-Pardo.

No es posible que las partes hagan uso alguno de las normas de sumisión (arts. 56 y sigs. de LECiv), sea expresa o tácita; en consecuencia no es válida cláusula alguna por la que «con renuncia al fuero propio y determinación del órgano territorial» se fije un fuero concreto. Además, el Juez deberá apreciar de oficio su propia competencia (art. 1.440 LECiv).

RECURSO DE CASACION NO ES PERMITIDA EN CASACION UNA NUEVA VALORACION DE LA PRUEBA. (SENTENCIA DE 26 DE JULIO DE 1996.)

Ponente: Excmo. Sr. Don Ignacio Sierra Gil de la Cuesta.

RECURSO DE CASACION. NO PROCEDE EN LOS SUPUESTOS DE CUANTIA INESTIMABLE O QUE NO HAYA PODIDO DETERMINARSE CUANDO LA SENTENCIA DE APELACION Y LA DE PRIMERA INSTANCIA SON CONFORMES DE TODA CONFORMIDAD, TENIENDO ESTE CARACTER AUNQUE DIFIERAN EN LO RELATIVO A COSTAS. LEY 10/1992, DE 30 DE ABRIL. (SENTENCIA DE 26 DE JULIO DE 1996.)

Ponente: Excmo. Sr. Don Luis Martínez-Calcerrada y Gómez.

Vid. Sentencia de 23 de mayo de 1996, de este mismo número y las que en él se citan.

E. C. C.

INFORMACION BIBLIOGRAFICA

Reales Disposiciones sobre Registradores de la Propiedad (siglos XIII-XIX). Estudio preliminar, presentación y notas por D. Luis María CABELLO DE LOS COBOS Y MANCHA. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. Centro de Estudios Registrales. Madrid, 1998. 363 páginas.

MENÉNDEZ PIDAL en la *Introducción a la Historia de España*, de Espasa Calpe, titulada *Los españoles en la historia*, decía que los hechos de la historia no se repiten, pero el hombre que realiza la historia es siempre el mismo. De ahí la eterna verdad *¿Quid est quod fuit?, ipsum quod futurem est*, esto es, lo que sucedió no es sino lo mismo que sucederá: lo de hoy ya precedió en los siglos.

Sin embargo, el propio MENÉNDEZ PIDAL atenúa decisivamente estas afirmaciones, en función de su fidelidad a la realidad histórica. Advierte que toda cualidad es bifronte, raíz de sus resultados positivos o negativos, según el sesgo que tome y la oportunidad en que se desenvuelve. Aún los caracteres de más permanencia no obran necesariamente, pues que aparezcan en la mayoría de un pueblo no quiere decir que determinen siempre la acción, ni que en circunstancias especiales no puedan quedar relegados a minoría.

Además, verlos mantenidos a través de los siglos no significa que sean inmutables. No se trata de ningún determinismo somático o racial, sino de aptitudes o hábitos históricos que pueden y habrán de variar con el cambio de sus fundamentos, con las mudanzas sobrevenidas en las ocupaciones y preocupaciones de la vida, en el tipo de educación, en las relaciones y en las demás circunstancias ambientales.

Y sobre todo, porque como literalmente se ha expresado tantas veces, «el ayer será maestro y avisador para mañana». Tal es el designio pretendido por CABELLO DE LOS COBOS en esta espléndida monografía que recoge minuciosamente y con toda paciencia las Disposiciones sobre El Registro de la Propiedad en una particular visión, desde la lontananza, y perpetuo retorno a las fuentes, tan relevante como indispensable, a la hora de recogernos sobre nosotros mismos para hacer una reflexión sobre el presente y futuro de la Institución, así como su extensión a otros particulares en constante servicio a los ciudadanos de prestación de garantía y transparencia de las relaciones jurídicas que alojan sus intereses.

Se hace eco de la Excm. Sra. Ministra de Justicia en la presentación del libro y lo recoge igualmente el Excmo. Sr. Decano-Presidente del Colegio de Registradores Sr. Pau Pedrón en el prólogo al mismo, destacando este último que el Autor ha sabido combinar las normas generales con los documentos personales (nombramientos personales, asientos sobre bienes concretos, etc.), incorporados en un extenso estudio en que aparecen debidamente glosados.

Esta labor específica cobra particular interés desde el momento en que ofrece una visión de las instituciones desde el punto de vista dinámico de su funcionamiento y la vivencia de las circunstancias crónicas y tópicas según se producen, frente a lo que sucede frecuentemente que cuando volvemos sobre

la vida pasada e intentamos contarla, lo hacemos desde una perspectiva actual y esto es precisamente lo que falsea la realidad. Tendemos a ver la vida pasada desde su resultado, y cada época, fase o momento de la vida tiene significación por sí misma, con lo que tiene de anticipación, pero independientemente de aquello a que realmente ha llegado, y así hasta el infinito, con una colosal evacuación de la historia entera.

Por ello resulta preciso, en la medida de lo posible, evocar el pasado reconstruyendo, no ya la circunstancia en que aconteció, sino sobre todo él yo y el quién lo realizó y a quien le pasó eso que ha de contarse. Si no se consigue hacerlo, todo se convierte en una falsificación, en una suplantación del que fue, del que ha ido siendo, por la idea más o menos acertada del que escribe.

De ahí que esta textura ordenada de documentos presente la importancia de una investigación de base, con renuncia a particulares lucimientos, en una suerte de ascetismo intelectual, en que las fuentes se producen en toda su frescura para servicio de ulteriores investigaciones, y mejor que nadie CABELLO DE LOS COBOS, que puedan ir desvelando aspectos más parciales y sectoriales, verdadera historia íntima y realista de las instituciones, que nada son sino a través de sus vivencias y efectivo funcionamiento.

Y decimos que nadie mejor que él porque sabe combinar todas las fuentes posibles. Estamos acostumbrados a investigadores mancos, incapaces de abordar una materia en su complitud y no sólo desde la óptica miope de una única disciplina. El, por el contrario, acude igualmente al Derecho Castellano que al Canónico, que a los distintos Fueros, o a lo que sea relevante, si contiene aspectos interesantes para la Institución Registral porque ésta, como casi todas, no es fruto de una sola influencia químicamente pura, sino de la acumulación de experiencias, tanto más rica y provechosa, cuanto mayor sea la acumulación.

He aquí todo un diseño metodológico de atalayas, cauces, pistas, y en definitiva, otros tantos laboratorios, que se ofrecen a los investigadores, y yo diría, que se brinda particularmente a jóvenes Registradores, entre los que se cuenta por supuesto CABELLO DE LOS COBOS, que ha tenido el mérito de trazarlo, para que puedan ir desentrañando todo un pasado de vital importancia, desde el que arrancar consolidadamente para un desenvolvimiento práctico, eficaz y decisivo del Registro de la Propiedad, en la delimitación y desarrollo del importante papel que está llamado a desempeñar, cada vez más amplia y necesariamente, en función de la garantía y transparencia de los intereses sociales, del ciudadano y la sociedad.

Pero entremos en detalle porque el estudio se estructura en torno a tres puntos fundamentales. Uno, y el más interesante, definido como Precedentes históricos de la publicidad Registral. Para CABELLO DE LOS COBOS, es lugar común denominar apariencia jurídica a la protección registral y, aunque ello sea un simple postulado terminológico, recoge una serie de precedentes que abonan la teoría de que esa publicidad registral no es «apariencia» en sentido estricto, sino lo contrario, es decir, publicidad registral como publicidad natural de los derechos reales.

En esta primera parte de antecedentes recoge la *Publicidad concejil*, que se manifiesta a través de instituciones tan conocidas como la robración, el pregón y la pesquisa, y las cartas y testigos. En ellos, la explicación de su contenido se ilustra con textos y ejemplos, elegidos con acierto por ser particularmente significativos de lo que se quiere expresar.

Le sigue la *Publicidad y repoblación*, apartado en que se trata de los Libros de Repartimiento y el Libro Becerro de Behetrías. Estos son quizás los aspectos más breves, pero imposible de tratar más extensamente en el estrecho marco de un estudio, pero ahí aparecen insinuados, como invitación para intensos estudios porque se trata de una beta riquísima, no explorada suficientemente, a pesar de la existencia de interesantes monografías históricas, a las que una visión jurídica de las ya aparecidas y de otras por descubrir completarían una parte importante de nuestra historia y una explicación de situaciones actuales, todavía dependientes.

Completa por fin esta primera parte del estudio lo que el autor llama *División de la jurisdicción*, porque la pluralidad de medios de publicidad inmobiliaria es resultado, durante el Antiguo Régimen, de la diversidad de jurisdicciones y del distinto régimen jurídico del bien, según la condición pública o privada de su titular, e incluso por el origen de su concesión.

Siguiendo esta pauta distingue: *bienes eclesiásticos*, donde recoge una extensa lista de testimonios o ejemplos de Tumbos, Cartularios, Beceros, Libros, etc., que constituyen preciosos filones de información y aprovechamiento investigador; *bienes comunales*, en que relata algunos ejemplos sobre el particular; y *bienes reales*, donde aparecen las manifestaciones más importantes de la registración, entre ellas la definición contenida en la Partida III, Título XIX, 8, expresiva de que:

«Registradores se dicen otros escribanos de la casa del Rey puestos para escribir las cartas en libros llamados registros, hechos para conservar la memoria de ellas, y para que en los casos de que se pierda o rompa el original, o su letra se deshaga por vejez u otra causa, o se dude de ella por estar rayada o en otro modo, se puedan cobrar las pérdidas, renovar las viejas, cesar las dudas y sospechas de ellas, y probar, en caso de darse alguna indebidamente, quién la dio y de que modo. Deben estos registradores escribir las cartas lealmente según son, sin quitar o añadir cosa alguna, sin mostrar su registro sino al notario, sellador o juez que lo necesite para cosa de su oficio, y han de hacerlo por meses para saber lo registrado en cada uno y lo hecho en todos al fin de año.»

Pero también trata de contadores, recogiendo textos de las Reales Ordenanzas de La Coruña (1554), del Pardo (1568), y de la Nueva Recopilación. Una vez trazados estos aspectos orgánicos de Derecho público, recoge manifestaciones importantes con relación a los bienes privados, distinguiendo los que cumplen al dominio en su doble vertiente de donaciones y compraventas, y las cargas.

A partir de aquí la exposición se desgrana en tres aspectos relativos a la seguridad del derecho, seguridad del tráfico jurídico y seguridad de ambos a la vez, para cerrarse con unas conclusiones, todo ello acentuando, más que las disposiciones *strictu sensu*, los Libros Registros que se abren para asegurar los derechos y facilitar la prueba judicial. Dan fe de su contenido y son oponibles frente a terceros. Vuelven a aparecer los Libros de Repartimiento y, con ellos, nuevas posibilidades y betas de investigación en el sentido antes apuntado. Si bien aquí se amalgaman con disposiciones más modernas como son Reales Cédulas, Reales Ordenes y Decretos de épocas más modernas.

En la segunda parte del estudio se recogen todos los preceptos de la Ley Hipotecaria de 1861 y, por fin en la tercera, vuelven a aparecer importantes documentos con relación a los Tumbos, Beceros y Cartularios, Libros de Repartimiento, recogiendo ejemplos de los de Murcia, Alpujarras, etc., y diferenciando los asientos, censos perpetuos y redención de los mismos, así como los Libros de Datas y la publicidad civil de los mayorazgos, con lo que la exposición extiende la ocasión investigadora a instituciones sustantivas tan importantes como por ejemplo los censos, que hoy equivocadamente se entienden en franca regresión cuando lo cierto es que están necesitados de un estudio a fondo que permita su aplicación a las necesidades de la vida moderna, desde la óptica de su revisión profunda, pero también del aprovechamiento de sus incontables posibilidades.

La importancia de toda esta materia no se basa exclusivamente en los comentarios salpicados de CABELLO DE LOS COBOS que menudean alrededor de los textos iluminándolos de significado, sino también en que constituyen auténticos formularios de modos de proceder que dan idea exacta del funcionamiento en la vida real de los distintos aspectos registrales.

A partir de aquí la obra se detiene en numerosas disposiciones reales, entre las que destaca la materia relativa a las manos muertas y a la desamortización, aspecto de necesaria consideración en cualquier temática registral, toda vez que numerosas situaciones dominicales y de derechos reales relativos tienen su origen en este condicionamiento. Termina con la exposición literal de la Instrucción de 27 de diciembre de 1799 sobre Venta de fincas, adicional a la de 29 del enero del mismo año, para la ejecución uniforme de la siete Reales Decretos de 19 de septiembre del año anterior que constituyen otros tantos filones de tarea investigadora.

La obra por tanto, además, ofrece el mérito de haber elaborado una sistemática histórica de las distintas manifestaciones registrales. Como tal estructura se resiste a los acontecimientos históricos en cuanto ellos se suceden secuencialmente según criterios cronológicos o de otra índola que pondrán de relieve los historiales, y así, una vez más, aparece la eterna dialéctica entre los historiadores no juristas y los juristas no historiadores. Podrá argüirse que los hechos se organizan en torno a una idea ordenada de instituciones y no de la realidad que sucedió, con todos los acaecimientos, avances y retornos en dispar cronología, pero, como al principio decíamos, se trata de establecer una suerte de plataforma desde la que retrocediendo o retranqueándonos al pasado, podamos tomar impulso para proyectarnos dando un salto hacia un futuro pleno de logros y posibilidades de servicio a la sociedad, desde el prisma registral. En este sentido, la dedicatoria a Su Alteza Real Don Felipe de Borbón y Grecia, Príncipe de Asturias con que se inicia el libro, se revela como un presagio lleno de esperanzas

MANUEL MEDINA DE LEMUS
Profesor Titular de Derecho Civil

LASARTE ALVAREZ, CARLOS. *Principios de Derecho Civil*. Tomo VII, «Derecho de Sucesiones». Editorial Trivium. Madrid, 1998. Un tomo de 446 págs.

Desde 1992 en que apareció el primer tomo de esta obra, dedicado a la parte general y personas, hasta ahora en que sale ya el último tomo con las

sucesiones, han transcurrido tan solo seis años escasos; y en ese breve período de tiempo ha dado cima el autor a esta tarea, terminando un tratado completo de Derecho Civil.

El autor, Profesor Lasarte, Catedrático y Director del Departamento de Derecho Civil de la UNED, Vocal de la Comisión General de Codificación y Consejero de nuestra Revista, ve cumplido el propósito que se planteó al iniciar la obra y con ello ha acabado de proporcionarnos una visión completa de las relaciones de Derecho privado español, con la normativa que las rigen, la jurisprudencia que aplica ésta y la doctrina que la interpreta.

Y el Derecho sucesorio supone precisamente la culminación del total entramado de relaciones patrimoniales de una persona en cuanto que, tras la muerte, hay que resolver el conjunto de sus actuaciones vitales, habiendo de dar a ese patrimonio el destino más adecuado en relación con las otras personas que han de sucederle. No se trata de ponernos trascendentes, sino, simplemente, constatar una realidad ineludible: la persona nace y muere y las cosas permanecen y hay que darles su destino.

Desaparecida ya, por quimérica e irrealizable, la tesis comunista de que los bienes del difunto habrían de pasar al omnipotente Estado, la experiencia histórica avala la admisión con carácter general de unas reglas de sucesión *mortis causa* de tinte privado, aunque sean múltiples y variadas a lo largo de la Historia las formas de organización del fenómeno.

Nuestro sistema sigue las líneas clásicas de conexión entre propiedad y herencia. En la regulación del Código, la sucesión hereditaria se configura como un corolario de la preexistencia de la propiedad privada y en definitiva se identifica con su transmisión *mortis causa*. La Constitución española sigue la misma línea de reconocer unidas la propiedad y la herencia.

A lo largo de veinticuatro capítulos, el Profesor Lasarte nos expone la materia, empezando por resaltar la naturaleza jurídico-privada del Derecho sucesorio, de modo que prima en su regulación la voluntad del causante, el cual ordena lo pertinente que ha de hacerse *post mortem* mediante su testamento; la ley, por su parte, puede limitar esa voluntad mediante la institución de las legítimas, y suplirla, si falta, mediante las normas de la sucesión intestada.

De acuerdo con esta sistemática, el libro se divide en seis partes, dedicando la primera a exponer las ideas generales sobre el Derecho de sucesiones, comprendiendo los problemas generales de la capacidad para suceder, que se pueden manifestar en los supuestos de incapacidad propiamente dicha o de indignidad; se estudian también los casos en que el llamado en primer lugar no llega a heredar, pasando la vocación a otros por el derecho de transmisión, el de acrecer o la representación.

La parte segunda se dedica a la sucesión testamentaria, donde el autor trata con la extensión que merece la figura del testamento, eje central y ley de la sucesión, ya que el causante expresa en él, de modo unilateral y personalísimo, su voluntad acerca de lo que se ha de hacer para después de su muerte. El respeto a esa voluntad hace que el Código revista a su expresión de unas solemnidades de tan estricta formalidad que si falta alguna de ellas el testamento decae nulo; en el libro se exponen dichas reglas formales de carácter general y las que se aplican a cada uno de los testamentos comunes y especiales. Las formalidades, se apuran en el testamento ológrafo, para asegurarse de si contiene o no la verdadera voluntad del testador; quizá en el célebre y conocido caso de Matilde y Pacicos, el Tribunal Supremo se dejó

llevar por el apasionamiento que delataba y transformó una dulce carta de novios en algo tan opuesto, por prosaico y tétrico, como un testamento. El libro recoge la sentencia y cita también otra en la que, por el contrario el mismo Alto Tribunal no dio válida como disposición testamentaria a una carta firmada solo por «vuestra tía Mariana», quizá porque no mediaban parecidas circunstancias de amor ardoroso.

A continuación se estudia en el libro la doctrina de la institución de heredero, contenido del testamento que consiste en determinar quien o quienes suceden al causante en sus derechos y obligaciones y cuya cláusula es susceptible de una gran variedad de supuestos, respondiendo a la voluntad del testador en cada caso concreto; así, puede establecerse la sucesión total o parcial, puramente o bajo condición, a término o sujetándola a modalidades especiales. Tales son las llamadas sustituciones hereditarias en sus diversos tipos.

La sustitución fideicomisaria, uno de ellos, es una figura extraña que consiste en que el heredero en primer lugar queda vinculado a la obligación de conservar los bienes y pasarlos después a un tercero, tal como lo regula el artículo 781 del Código. El Profesor Lasarte acude aquí a un texto de Alonso Martínez donde éste explica por qué, al redactarse el Código, no se siguió la idea de la prohibición absoluta que se contenía en el Proyecto de 1851.

Con el estudio de la sucesión a título particular, o sea de los legados y sus modalidades, y de la figura del albacea como intérprete y ejecutor del testamento, termina esta amplia segunda parte que hemos resumido.

La tercera parte del libro estudia, a lo largo de cuatro capítulos, la sucesión forzosa o de las legítimas. Aquí, de nuevo, el autor, para mejor información, nos transmite otro texto de ALONSO MARTÍNEZ donde refleja las tirantes discusiones que se produjeron sobre este punto al redactar el Código, lo que condujo a la fórmula transaccional de dividir el caudal del padre en tres porciones, de legítima, libre disposición y destinando la tercera «a la sabia institución de las mejoras». Todo el sistema legal de las legítimas, la preterición, la desheredación y las reservas es claramente expuesto por el autor, que otra vez más acude a ALONSO MARTÍNEZ para explicarnos la *ratio iuris* justificativa del extraño artículo 811 que tantos pleitos y quebraderos de cabeza proporciona en la práctica.

Las regiones forales tienen unos sistemas legitimarios propios, con grandes peculiaridades, que se reflejan detalladamente en el libro.

Cuando falta el testamento o se declara nulo y en los demás supuestos que señala el artículo 912 Código Civil tiene lugar la sucesión intestada, que el Profesor Lasarte estudia en la cuarta parte del libro, analizando los llamamientos según las clases de parientes, sus órdenes y grados, para acabar en el Estado... o en las Comunidades Autónomas, que se han apresurado a autollamarse en sus leyes especiales.

En el capítulo 17 de esta misma cuarta parte, el autor estudia, como otras formas de sucesión, la contractual, muy restringida en el régimen común por el artículo 1271 y claramente admitida en varias regiones de Derecho Foral, que se analizan. La llamada sucesión vinculada, sobre todo, en la figura del mayorazgo, ya no tiene razón de ser; si acaso puede tener alguna vitalidad en la sucesión en los títulos nobiliarios, que ha motivado abundante y contradictoria jurisprudencia en los últimos tiempos. Por último el Profesor Lasarte recoge las sucesiones especiales en las explotaciones agrarias, que se regularon de un modo un tanto peculiar y poco claro en la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario y el Estatuto de la Explotación Familiar, pero que ahora

se rige por la Ley de Modernización de Explotaciones Agrarias con remisión a la legislación común.

En la parte quinta se trata de la adquisición de la herencia, fase en la que se realiza la sustitución del causante por el heredero en todos los derechos y obligaciones de aquél. Este último punto supone que se deben dejar al heredero las posibilidades de optar por la aceptación, sea pura y simplemente, o hacerlo a beneficio de inventario o, naturalmente, por renunciar a la herencia. Así lo estudia el autor, con una visión completa de las cuestiones que se pueden plantear.

Y en la parte sexta, que es la última del libro, se contempla la participación para el caso de que haya varios herederos y que puede realizarse, como sabemos, por el propio testador, por el contador-partidor y por los propios herederos y, en último término, y a falta de acuerdo, por la vía judicial o arbitral.

Con el detalle de las sucesivas operaciones de la partición, desde el inventario hasta la adjudicación de los lotes, acaba la exposición de este Derecho sucesorio, con lo que también se ha terminado totalmente la obra.

Este tomo sigue la misma línea de los anteriores, con una exposición clara en cuanto se dirige a los estudiantes, pero también con un análisis profundo de las cuestiones para cuando los temas han de ser vistos por los profesionales. Y atendiendo también a quienes quieran profundizar y ampliar aún más, en la portada de cada capítulo se nos proporciona una completa bibliografía.

Tomo a tomo hemos ido detallando la obra del Profesor LASARTE; y ahora hemos de considerar ya todo el conjunto como un perfecto y completo tratado de nuestro Derecho civil vigente, puesto al día y comprensivo de toda la legislación, la jurisprudencia y la doctrina; será sin duda un buen instrumento no sólo para los estudiantes, sino más bien para los profesionales juristas. Enhorabuena al autor, por haberle dado cima.

FRANCISCO CORRAL DUEÑAS

GALLEGO DOMÍNGUEZ, IGNACIO. *Responsabilidad Civil Extracontractual por daños causados por animales*. Prólogo del Profesor José Manuel González Porras. Juan Bosch, editor, Barcelona, 1997. Un tomo de 331 páginas.

La obligación de reparar el daño producido, que es consecuencia del tradicional principio del «alterum non naedere», se ha venido reconociendo y aplicando desde los tiempos más antiguos hasta la actualidad y admite una modalidad especial cuando el daño se causa no por el hombre sino por los animales. Teniendo en cuenta que estos son irresponsables, también desde tiempos pretéritos se trasladó esa reparación de los daños causados a sus dueños o a las personas a quienes estaba conferida su custodia. Así aparece ya en las XII Tablas.

Esta parcela de la responsabilidad extracontractual y extrapersonal es la que se desarrolla en el presente libro, a cuyo autor, Profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad de Córdoba, ya tuvimos ocasión de presentar en estas páginas al comentarle su Tesis Doctoral sobre las parejas no casadas y sus efectos patrimoniales, libro que fue editado por nuestro Centro de Estudios Registrales. Como si se tratase de otra Tesis, con gran rigor y excelente información, escribe este libro el Doctor Gallego Domínguez, que se muestra, como lo es, hombre preparado, serio y trabajador.

Pese a su juventud, ya ha dado suficientes frutos. No hay más que ver la larga lista de trabajos que ha realizado y que cita el Profesor GONZÁLEZ PORRAS en su prólogo, que sí he leído, aunque se diga que los prólogos son aquello que se escribe después del libro, se pone antes y no se lee ni antes ni después. Por cierto que éste me ha gustado lo suficiente como para haber estado tentado de limitarme a reproducirlo, dando con eso por terminado el comentario; pero mi obligación es hacer la recensión propia, que cumplo con mucho gusto y más teniendo en cuenta la afectuosa dedicatoria personal del autor.

Antes de entrar en el tema central de la obra, el autor nos plantea, a título introductorio, cómo trata el Derecho a los animales. Son objeto de derechos, como bienes muebles que son; pero, dentro de éstos, tienen vida y autonomía propia; son seres animados, semovientes, por lo que están dotados de una situación que comporta ciertas singularidades. El Ordenamiento jurídico los protege y se ocupa de ellos en variadas ocasiones, siendo una de ellas, y muy importante, la que el libro contempla, o sea la responsabilidad por daños causados por éstos.

En el capítulo 2.º el libro ya entra en el estudio de este aspecto, diciéndonos que la capacidad de movimiento unida a la irracionalidad de los animales dan origen a la posibilidad de que causen daños y ésta es la razón de que tanto en el Derecho histórico como en el actual se haya regulado esta cuestión en los distintos cuerpos legales.

En nuestro Código Civil hay dos preceptos que se ocupan principalmente del tema. El artículo 1.905 es aplicable a los daños causados por los animales que están bajo la posesión del hombre, consagrando un verdadero supuesto de responsabilidad objetiva. El artículo 1.906 se aplica a las piezas de caza que deambulan más libremente, originando una responsabilidad que se basa en la culpa nacida del principio general del artículo 1.902 del propio Código.

El capítulo 3.º del libro se dedica al estudio, muy pormenorizado, del citado artículo 1.905, de aplicación, como hemos dicho, a los supuestos de daños causados por animales que se encuentran bajo la posesión de hecho del hombre, incluso cuando ésta haya cesado por pérdida, extravío o abandono. Tras una visión amplia de los precedentes históricos romanos y patrios se entra en la fundamentación del precepto, diciéndonos el autor que se trata claramente de una responsabilidad objetiva, constituyendo este supuesto uno de los pocos en que el Código Civil la acoge expresamente. Como presupuesto para que juegue esta responsabilidad, el autor recogiendo la jurisprudencia del Tribunal Supremo señala que el reclamante de la indemnización por el daño debe probar éste, el nexo causal entre el hecho y el daño y la posesión o dependencia del animal respecto al demandado, puntos que se estudian detalladamente, con abundancia de normativa, doctrina y jurisprudencia para determinar el alcance de la responsabilidad del poseedor, los posibles casos de exoneración y el alcance de los daños a reparar.

En el capítulo 4.º se estudian los daños causados por la fauna cinegética silvestre. El mundo de la caza supone un fascinante y distinto «universum» que apasiona a sus aficionados y que ha sido objeto de abundante regulación. Actualmente ha recibido la inyección de la protección a la naturaleza y se han multiplicado las reglamentaciones tanto nacionales como autonómicas. El autor hace una minuciosa recopilación de estas normas, que habrán de tener muy en cuenta tanto los cazadores como los dueños de fincas dedicadas a la caza.

En lo que se refiere al punto concreto que nos interesa, o sea la responsabilidad de estos animales cinegéticos, el autor analiza el artículo 1.906 que,

como es sabido, hace responder del daño causado por la caza en las fincas vecinas al propietario de la heredad cuando no haya hecho lo necesario para impedir su multiplicación o haya dificultado la acción para perseguir a los animales dañosos. En términos parecidos se establece en la Ley de Caza, cuyos preceptos sobre el particular también se explican. Los supuestos de hecho son variadísimos y el Doctor Gallego Domínguez los clasifica y estudia, recogiendo además una abundante normativa autonómica y una numerosísima relación de sentencias que iluminan este mundillo que no hemos dudado en calificar de apasionante.

El capítulo 5.º se dedica a los daños causados por la fauna silvestre no cazable. Esta última goza actualmente de una protección especial bajo el paraguas del ecologismo, que se extiende de modo universal, y por ello se está regulando en convenios y normas internacionales y supranacionales, que en el libro se recogen y relacionan. No obstante, junto a esas normas de protección a la fauna silvestre, se regulan, como es natural, algunas medidas para evitar los daños que estos animales pueden producir.

El autor estima que los daños originados por estas especies deberán ser indemnizados por la Administración competente en materia de protección a la naturaleza y del medio ambiente, por varias razones; en efecto, si se trata de proteger a estas especies, los que sufran los daños no pueden acudir a otros en petición de reparación; se trata de una política de la Administración y por ello solo imputable a los poderes públicos. Tanto el Estado como las Comunidades Autónomas ya han reconocido esta responsabilidad en varias disposiciones referidas en concreto a los daños causados por los lobos y los osos pardos, que el autor recoge.

Con una exhaustiva relación de sentencias de Audiencias, Tribunales Superiores de Justicia, Tribunal Supremo y Dictámenes del Consejo de Estado y una completa bibliografía se completa este libro que, repetimos, ha sido elaborado con gran esmero, cual si se tratara de otra nueva Tesis Doctoral del autor, al que nuevamente felicitamos, animándole a que siga en su tarea.

FRANCISCO CORRAL DUEÑAS

COLINA GAREA, RAFAEL: *La función social de la propiedad privada en la Constitución española de 1978*. José María Bosch, editor, Barcelona, 1997. 427 páginas.

Al iniciar la lectura, buscaba en el libro de RAFAEL COLINA, un punto de vista integral, una visión teórica del fenómeno diario y persistente que asedia a los profesionales del Derecho privado sobre la proliferación de límites y sujeciones al propietario particular, límites, que con frecuencia se desarrollan al margen del título individual, y que actúan respecto del derecho subjetivo como auténticas cargas ocultas que complican el tráfico y perturban la seguridad y transparencia deseable en los mercados.

Traza el profesor COLINA la evolución de la doctrina del derecho de propiedad desde sus contemporáneos arranques liberales hasta su constitucionalización por la Carta Magna de WEIMAR de 1919

Perfila la concepción liberal del derecho de propiedad como aquella en que se pone acento, casi exclusivo, en el carácter absoluto del poder del propietario, como barrera a las limitaciones de los poderes públicos del Antiguo

Régimen, fundamentalmente, las limitaciones a favor de nobles, señores, aristocracia, instituciones eclesiásticas. Frente a tan concreta situación de gravamen, el prolongado trabajo de la propiedad liberal consistió en su emancipación completa de todo dominio eminente.

Ello supuso, la relegación, o el olvido del carácter subordinado del derecho de propiedad a las exigencias sociales, pero también, dejó aflorar profundos problemas como las crisis financieras o los problemas sociales.

Más el olvido de la subordinación del dominio a superiores limitaciones sociales, tal vez quedara justificado por el propio carácter particular que tomaron esas limitaciones. El orden liberal luchaba contra cortapisas que redundaban no en beneficio de toda la comunidad, idea inconcebible en una sociedad estamental, sino en beneficio de particulares con jurisdicción, es decir, con poder público: tales fueron señores, instituciones eclesiásticas, etc.

Llama la atención entre los rasgos que señala COLINA, el de la concepción del derecho de propiedad por el iusnaturalismo, como un derecho *previo* al Estado y el divorcio y absoluta separación entre la esfera pública y la privada.

Todas esas notas, a lo largo del libro se transforman y modulan para aparecer con diversos rostros, pero nos interesa retener, en especial, las señaladas, porque sus contenidos aparecerán posteriormente con vestiduras nuevas, a cuya recepción doctrinal se le atribuye la nota de la innovación. Así podremos ver, como, de nuevo, el contenido esencial del derecho se alza como una barrera ante la potestad del legislador.

Del mismo modo, las tendencias iusnaturalistas que sitúan al derecho de propiedad como previo al Estado serán fácilmente identificables en la doctrina de nuestro Tribunal Constitucional acerca de la reconocibilidad que ha de manifestar el elenco de facultades que integran el contenido esencial de cualquier tipo de derecho subjetivo para que se predique del mismo su encaje en el tipo descrito.

Pero las disfunciones del absolutismo dogmático liberal no pudieron ocultar las crisis financieras y los problemas sociales de modo que, de la confrontación que tales problemas causó, surgió la solución de compromiso de la Constitución de WEIMAR, en cuyo artículo 153 se proclama: «... *La propiedad obliga. Su uso debe servir al bien de la comunidad*». Al tiempo, se constitucionaliza por primera vez el derecho privado.

Tal constitucionalización, operada en nuestro derecho por la Norma Fundamental de 1978, obliga, a su vez, a una revisión del Código Civil. De esta revisión surge la conciencia de que la propiedad pasa de ser un derecho excepcionalmente limitable a uno que es limitable normalmente. Por otro lado, el derecho del Código Civil se ha convertido en derecho residual. Expresión, que al menos superficialmente, no deja de inquietar.

La descripción de esta evolución, tiene, sin embargo, a juicio de este comentarista, algunos contornos que se apartan de la evolución real. La paradigmática fórmula del artículo 348 del Código Civil recoge ya el carácter bipolar del instituto, su naturaleza de poder limitable. Por eso, dando a cada uno lo suyo, no podemos decir que el Código recogiera una visión unilateral del instituto, del mismo modo que cabe reconocer a la Constitución y a la moderna doctrina la sistematización y descripción general del funcionamiento de la función social como un momento esencial del mismo derecho de propiedad privada.

La proliferación de limitaciones legales al propietario hace surgir la conciencia de que el liberalismo los había relegado a un segundo plano. La tarea de nuestro tiempo, acometida con brillantez por COLINA, ha consistido en

arrojar luz sobre la íntima mecánica y la unidad integradora del principio de la función social.

El desarrollo de esta conciencia arranca de la extensión de la doctrina del abuso del derecho y termina en el poder configurador de la función social como principio capaz de imponer deberes y limitaciones al propietario. Vínculo éste, que no arrancaría de una esfera ajena y superior al derecho individual de propiedad privada, sino de la intimidad de su contenido, cuya concepción quedó transformada por la Constitución de 1978.

Fueron las doctrinas socialistas, las que impusieron la templanza del individualismo extremo que la propiedad recibió de los impulsos de la Revolución o de las revoluciones liberales, para conducir de un derecho de propiedad que era exclusivo del propietario, a un *derecho compartido* con los intereses sociales de la colectividad globalmente considerada.

La proliferación de los deberes legales del propietario viene acompañada de la diversificación de los regímenes jurídicos dominicales, la cual, sin embargo, no compromete la unidad conceptual de la propiedad privada, representada por su caracterización como el más amplio poder que se puede tener sobre las cosas. La diversificación introducida por el principio de la función social encuentra su contrapeso en el límite del contenido esencial que deberá respetar el legislador ordinario a la hora de acometer operaciones de regulación delimitadora del contenido de la propiedad privada.

Estudia profundamente COLINA el influjo de las transformaciones en la concepción constitucional de la propiedad privada sobre el paradigma del derecho subjetivo, que como tópicamente admite la doctrina, descansa sobre el derecho de propiedad

La búsqueda del resultado lleva al autor a presentarnos en estado puro los extremos opuestos del problema, cada uno de los cuales condena al otro a la inexistencia. Así para DUGUIT la categoría del derecho subjetivo es metafísica, ya que el núcleo de la propiedad es su carácter de función social que obliga al propietario a usar la propiedad con arreglo a su destino. El propietario se convierte en mero funcionario o concesionario.

Sitúa en el otro extremo de su estudio la concepción de quienes afirman que los deberes y obligaciones del propietario *son una camisa de fuerza impuesta al derecho subjetivo*, según DE VITA, restricciones meramente externas. Esta concepción es mantenida, igualmente, por la doctrina social de la Iglesia Católica, para quien la propiedad es un derecho natural anterior al Estado, cuyo uso ha de servir al bien común, más este servicio entraña para el propietario no un deber jurídico sino una regla moral.

Ante tan opuestas doctrinas, COLINA concluye que la función social es un principio de valor operativo recibido por la Constitución, y no una simple regla moral, que opera desde el interior del derecho de propiedad, modalizándolo y no sólo restringiendo exteriormente su contenido.

Encontramos un buen ejemplo de operación del principio de la función social en la Ley de Fincas Manifiestamente Mejorables de 1979 que permitía al propietario deshauciar al arrendatario que explotara deficientemente la finca, ejemplo en el que destaca el cumplimiento del fin social mediante un cultivo eficiente, frente al egoísmo expropiatorio del Estado, que como resulta evidente, no se presentaba en este supuesto.

Las doctrinas administrativistas de los derechos debilitados o condicionados parece que han obtenido eco en alguna sentencia de nuestro Tribunal Constitucional. Se ha venido defendiendo por la doctrina italiana tanto civil

como administrativa, que frente al poder de la Administración de expropiar, la propiedad privada se degrada a interés legítimo y se convierte, en consecuencia, en derecho debilitado. Pero COLINA estima que si se admite que la propiedad se convierte en su equivalente económico no se podrá concluir que ésta sea un derecho subjetivo debilitado, sino *todo lo contrario, un derecho subjetivo perfecto*. La propiedad se habría convertido en derecho debilitado si el Estado pudiera imponer la privación sin indemnización.

Entre los descolantes problemas que aborda COLINA se halla el de precisar la situación y relaciones entre la Constitución y el Código Civil en materia de propiedad privada. El artículo 348 del Código Civil recogería la dimensión individualista del instituto, mientras que el artículo 33 de la Constitución contendría la dimensión social. El propio COLINA considera esa una visión sedicente.

En la distinción se quiere ver una contraposición de regímenes, sin embargo, la naturaleza de la propiedad es poder más limitación, egoísmo y comunidad. Ya HEGEL veía en la satisfacción individual del propietario la raíz y fundamento de su patriotismo. Las limitaciones que la ley introduce en el dominio absoluto son sólo consecuencia de la conservación y afirmación del fundamental interés social. Es cierto, que la doctrina, tal vez introdujo la coletilla de la ley en el Código Civil de un modo inconsciente y no sin cierta molestia, pero lo introdujo en concordancia fiel con la naturaleza del instituto. Tal vez, aquella doctrina no tuvo conciencia de lo que hizo, ¡pero lo hizo! Le pasó lo que a Colón, que después de su descubrimiento siguió ignorándolo, llamando excepción y límite a lo que era esencia y determinación del instituto. En nuestro tiempo, también tenemos vespucios con que nombrar Colombia, Sin embargo, no podemos olvidar, que ha sido el desarrollo económico de nuestra sociedad, con el extraordinario florecimiento de la misma, la que ha hecho de aquellas excepciones que verdaderamente constituyen el régimen ordinario de la propiedad privada, tan generales, tan evidentes, que, finalmente, han sido recibidas por el constituyente y la doctrina. Recuérdese, por último, que la función social sólo penetra en el derecho subjetivo por la ley, es decir, que aunque pertenece a la naturaleza del derecho, le viene de fuera, como un límite exterior legal. Y es que al hablar de duplicidad preferimos hablar del carácter bimembre del instituto, en el que su naturaleza —interna— sólo cobra expresión mediante la violenta carga de la limitación legal —externa—. A propósito de las limitaciones legales del artículo 348 del Código Civil, señala MANRESA (1) que *Los derechos absolutos de gozar y disponer... es preciso considerarlos siempre en el organismo general de las relaciones jurídicas humanas, que no permiten, por razón del derecho mismo, que ninguno de los derechos de la persona pueda aceptarse como el derecho único supremo, sino que exige que cada cual tenga en sí mismo su propio límite, determinado exteriormente a veces por el derecho de los demás.*

Como vemos, no hay nada en MANRESA, caracterizadísimo intérprete de nuestro Código que apunte a la interpretación individualista que señala COLINA como propia del liberalismo. En su matriz codificada aparece ya la dimensión dúplice que constituye la naturaleza del derecho. No hay novedad en reconocer la función social, ya inscrita en nuestros textos legales de 1889 en la

(1) JOSÉ MARIA MANRESA Y NAVARRO, *Comentarios al Código Civil Español*, Madrid, 1910, tomo III, tercera edición, pág. 138.

terminología de su tiempo, la novedad está, más bien, en el desarrollo que las limitaciones cobran actualmente y en el carácter explícito de la doctrina que a ellas se refiere. El legislador de 1889 puso el acento en el poder absoluto, sin entrar a desarrollar las limitaciones, las cuales, ni siquiera el propio artículo 348 considera excepcionales.

Sin embargo, la doctrina liberal burguesa, inspiró durante largos años, la forma de comprender el significado del artículo 348, tal vez, porque la propiedad privada es un instituto que la ley recoge ya formado de la realidad social y política, de modo, que el artículo 348 del Código Civil sólo pueda ser entendido en contacto con las realidades sociales de cada época histórica en que ha tenido vigencia. Ésta dialéctica dota al precepto de una plasticidad que hace del mismo, espejo de las ideas políticas y sociales de sus tiempos.

De ese modo, la duplicidad de caras que COLINA apreciaba en el contraste de la disciplina codificada y constitucional de la propiedad privada, puede deducirse de cada una de estas normativas, Constitución y Código, tomadas aisladamente.

Nos topamos, a continuación, con la necesaria mediación legislativa como condición general de la operatividad de la *función social*, establecida por el artículo 53.1 de la Constitución, tendente en primer lugar, a impedir una excesiva libertad de los jueces que pueda ser contraria a la seguridad jurídica, máxime cuando ésta se concibe como conocimiento seguro del propietario acerca de los límites, deberes y obligaciones en el ejercicio de su derecho. Incidentalmente, cabe señalar que el Registro de la Propiedad, si no recogiera esos límites realmente existentes, unidos esencialmente en el seno del derecho de propiedad privada, se vería debilitado en su primordial finalidad de servir de instrumento suministrador de seguridad jurídica. La preservación de este fundamental papel protector del Registro, obliga a no permanecer indiferentes ante la posibilidad de que el título no recoja la verdadera situación y las verdaderas limitaciones del propietario. Esta vocación a la integridad del título registrado batalla directamente contra la exclusión de la publicidad registral respecto de determinadas obligaciones dimanantes de la función social, que no cabe tildar de administrativas y, por tanto, ajenas al registro, ni, tampoco, operativas en virtud de una incierta superior publicidad. Al contrario, nos hallamos ante verdaderas cargas que si no son recogidas por el Registro de la Propiedad determinan la consideración de quasi-clandestinidad para la situación que las plantea. Un título ajeno a dichas cargas sería un título incompleto. Estas consideraciones, son especialmente aplicables al ámbito de la propiedad inmobiliaria, donde la penetración del urbanismo es intensa, y hacen resaltar la necesidad de coordinar publicidad registral y publicidad urbanística como recientemente ha puesto de manifiesto DÍAZ FRAILE (2), al destacar como un importante acierto del Proyecto de Ley de régimen del suelo y valoraciones, actualmente en discusión en el Congreso de los Diputados, la subordinación del efecto subrogatorio de la transmisión de fincas, a la previa inscripción de los compromisos del anterior propietario frente a la Administración urbanística competente «*pues da carta de naturaleza, por fin, al principio de coordinación entre la publicidad urbanística y la registral que había figurado como desideratum en todas las exposiciones de motivos de las sucesivas Leyes del Suelo, desde*

(2) JUAN M.^a DÍAZ FRAILE, «Comentarios de aproximación al Proyecto de Ley del Suelo de 1997», *RCDI*, núm. 642, septiembre-octubre 1997, pág. 1 817

1956, pero que no había llegado a encarnarse debidamente con la lucidez y sencillez que se desprende del texto proyectado actualmente.

Ha sido RUBINO, quien al contemplar la transformación en sentido social de la propiedad privada, que hace de este derecho un instituto sujeto, normalmente, a las limitaciones dimanantes de la función social, ha afirmado que las normas que concretan la función social de la propiedad privada ya no pueden ser vistas exclusivamente como normas limitativas, sino como manifestación de un principio con valor operativo: la función social. En consecuencia, cae la prohibición de analogía. El principal obstáculo a la vigencia de esa concepción estriba en la reserva de ley para imponer deberes y limitaciones que concreten la función social de la propiedad privada.

La indeterminación de la función social podría dar lugar a actuaciones legislativas discrecionales o arbitrarias, más la Constitución suministra las directrices de determinación de la función social, que se reconducen a la afectación de la propiedad privada a la realización de fines supraindividuales de carácter solidario que persiguen la *consecución del bienestar económico y social de la entera colectividad*. Algo así como un trasunto del ajeo bien común.

Afronta COLINA la última parte de su trabajo en el intento de precisar las diferencias entre la triple garantía que nuestra Constitución concede al derecho de propiedad privada: la garantía del valor normativo constitucional, la garantía institucional y la del contenido esencial.

Señalaré como lo más destacado del intento, el resultado, tal vez involuntario, de ofrecernos una y otra vez, un perfil abstracto de la propiedad privada presente en el Código Civil, y que como *una última ratio* surge una y otra vez, en éste o aquél precepto constitucional. Con la ventaja, de que nos devuelve al mundo de los principios, donde, de súbito, hallamos de nuevo una concepción unitaria que nos reconcilia, sin embargo, con la diversidad de regímenes de la propiedad según la categoría del bien.

Decretada una y otra vez la muerte del artículo 348 del Código Civil, su espíritu, en ocasiones, se muestra como una institución que se halla bien acabada y formada, de la que la Constitución tutela su definición abstracta, garantizando su pervivencia en términos reconocibles para la imagen que de la misma tenga la conciencia jurídica en cada tiempo y lugar. En otras ocasiones se nos muestra como una síntesis de facultades, un poder unitario que se traduce en indeterminadas posibilidades de actuación. En otro lugar, hallamos que el modelo de legalidad para la propiedad se halla en un meta-lenguaje de carácter prenormativo. Siguiendo, se lee que el dominio se suele identificar con la diferencia que existe entre «lo mío» y «lo tuyo», de modo que la definición de la propiedad *como plena in re potestas*, no resulta tan desacertada. Más allá, se dice que la fisonomía dominical se identifica con una relación ideal de máxima pertenencia de la cosa a la persona, máximo poder en abstracto sobre la cosa. En suma la propiedad abstracta, tan perfectamente contenida en él, por fortuna vigente, artículo 348 del Código Civil.

En cualquier caso, como consecuencia de la concurrencia de las tres garantías queda fuera del alcance de la actividad conformadora del legislador ordinario en concreción de la función social, la abolición de la propiedad privada, que se protege como elemento estructural del orden establecido en la Constitución.

PETITBÓ JUAN, AMADEO Y OTROS. *Libre competencia y ley de ordenación del comercio minorista en España*. Un tomo de 242 páginas. *Prohibición de la venta a pérdida*. Un tomo de 175 páginas. Ambos editados por la Cámara Oficial de Comercio e Industria de Madrid. Año 1997.

El Real Decreto-Ley de 30 de abril de 1985, más conocido por el remoque de «Ley Boyer», contenía una serie de normas que produjeron no pocos trastornos en el modo de vivir habitual de los españoles. Recordemos, por ejemplo, las extrañas disposiciones sobre arrendamientos y, en lo que ahora nos atañe, la regulación del ámbito comercial.

Se estableció el principio de la absoluta libertad de horarios, concediendo una total autonomía no sólo para elegir las horas de apertura y cierre de los establecimientos, sino también para señalar los días, incluso festivos, en que se podía abrir.

Esta regulación que en algunos casos rozó la suspicacia de las dichas competencias autonómicas, motivó hasta algunos recursos de inconstitucionalidad y trajo consigo, además, una situación de tensión entre los comercios minoristas y las grandes superficies comerciales, que contemplaban tal libertad con muy distinto talante, a tenor de los diferentes medios con que contaban para afrontarla.

Por eso hubo de limitarse tal libertad, regulando los horarios comerciales por la Ley Orgánica de 15 de enero de 1996, complementaria de la Ley de la misma fecha, de Ordenación del Comercio Minorista.

En la Cámara Oficial de Comercio e Industria de Madrid se celebraron en mayo de 1996 unas «Jornadas sobre libre competencia y Ley de Ordenación del Comercio Minorista», bajo la coordinación de don LUIS BERENGUER FUSTER, Vocal del Tribunal de Defensa de la Competencia y ahora se han recogido, en el primer libro citado, las ponencias y trabajos que se presentaron sobre el tema.

Posteriormente, en febrero de 1997, se ha celebrado en la misma Cámara Oficial de Madrid, un seminario, coordinado por su Asesoría Jurídica, sobre la prohibición de la venta a pérdida, recogiendo las ponencias en el otro libro citado que se resume.

En ambos casos, la Corporación que los edita dirige estas publicaciones a contribuir a la orientación de sus asociados y también al debate jurídico y doctrinal en estas materias, de indudable interés para la comunidad empresarial que la integra, así como a los profesionales que puedan tener alguna cuestión en el contexto administrativo, mercantil y civil de la nueva Ley.

Hagamos un resumen por separado:

A) *Libre competencia*. En este primer libro, presentado por don Adrián Piera, como Presidente de la Cámara, se comenta el tema concreto de la libertad de competencia en el ámbito comercial, incluyéndose las siguientes ponencias que integraron el seminario referido:

— «La necesaria modernización del pequeño comercio», por don Amadeo Petitbó Juan, Presidente del Tribunal de Defensa de la Competencia.

— «Horarios comerciales, por don Alberto Bercovitz», Catedrático de Derecho Mercantil.

— «El régimen de los grandes establecimientos en la Ley de Ordenación del Comercio Minorista», por don Luis Berenguer Fuster, Vocal del Tribunal de Defensa de la Competencia.

— «La Ley de Ordenación del Comercio Minorista y el derecho a la competencia», por don Ricardo Alonso Soto, Catedrático de Derecho Mercantil y Vicepresidente del Tribunal dicho.

— «Ventas multinivel y ventas en pirámide», por don Francisco Vicent Chultrá, Catedrático de Derecho Mercantil.

— «La promoción de ventas en la Ley de Ordenación del Comercio Minorista», por doña Carmelina Vela García, Profesora de Fundamentos de Marketing.

B) *La prohibición de venta a pérdida.* Constituye el contenido del segundo libro que se cita en el título, también editado por la Cámara Oficial, donde se estudia, a la luz de la regulación de la Ley de Ordenación del Comercio Minorista, la posible compatibilidad e integración entre la norma del artículo 14 de dicha Ley, que establece una prohibición general de la venta con pérdida y el artículo 17 de la Ley 3/1991, de 10 de enero, donde por el contrario, se sienta el principio de libertad en la fijación del precio.

En el seminario celebrado para estudiar la cuestión se desarrollaron los siguientes trabajos:

— «Necesidad y oportunidad de la prohibición de la venta a pérdida», por don Martín Sevilla Jiménez, Catedrático de Economía de Alicante.

— «La venta a pérdida en Derecho francés y en Derecho europeo», por don Juan Antonio Cremades Sanz-Pastor, Abogado.

— «La venta a pérdida en la Ley de Competencia Desleal», por Luis Berenguer Fuster, Vocal del Tribunal de Defensa de la Competencia.

— «Venta con pérdida en la Ley de Comercio Minorista», por Juan Manuel Fernández López, Magistrado.

— «La regulación de las ventas con obsequio en la Ley de Ordenación del Comercio Minorista y su relación con la Ley de Competencia Desleal», por don Pedro Portellano Díez, Profesor de Derecho Mercantil.

— «La prohibición de la venta con pérdida: Clave de la política de comercio interior», por don Antonio Castañeda Boniche, Técnico Comercial y Economista del Estado.

El punto central y común que pretende el Organismo promotor al editar estos libros es difundir la idea de que, en la época actual, a la agresiva competencia de las nuevas formas comerciales hay que sumar el hecho de que el comportamiento de la demanda de consumo en los últimos años se ha caracterizado por una inusual atonía. Por eso se pretende que el comercio tradicional se transforme inteligentemente para que pueda competir eficazmente con las nuevas formas comerciales.

Como dice el propio Presidente del Tribunal de Defensa de la Competencia, al final de su ponencia, la idea que se propone es la de centrar los esfuerzos de las diferentes Administraciones públicas en el desarrollo de un sector, el pequeño y mediano comercio, que requiere toda la atención. Aunque, aclara, se trata de defender la competencia, no a los competidores, que no es lo mismo.

VALLET DE GOYTISOLO, JUAN. *El razonamiento jurídico: La analogía y la equidad*. Discurso en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación. Madrid, 1997. Un tomo de 105 páginas.

Con la solemnidad acostumbrada, ha tenido lugar la apertura del curso 1997-1998 en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación. Previa la lectura del resumen de actividades del curso anterior por el Secretario de la Corporación don José María Castán Vázquez, se pasó al discurso, pronunciado por el Presidente de la Academia, que también es Consejero de esta Revista, don Juan Vallet.

Tal como anunció al comenzar, este discurso viene a ser continuación de los desarrollados en las inauguraciones de los dos cursos precedentes, en los cuales ya había comenzado a tratar de este tema de la interpretación y la aplicación de las normas con la maestría que caracteriza al exponente y que todos conocemos. Con ello completa un tema que puede parecer teórico, y en gran parte lo es, pero que además tiene una indudable importancia práctica, ya que el Derecho se hace efectivo en cuanto se le aplica y para aplicarlo hay que desentrañar el sentido de sus normas por todos los profesionales, también los Registradores, que trabajan en su ámbito.

En el primer discurso sobre esta cuestión, al abrir el año 1995-96, hizo notar que en el siglo pasado se dio a la palabra interpretación un sentido muy restringido, al considerarla tan solo como la «subtilitas intelligendi» de la ley, cuando en realidad esta idea es sólo una concepción parcial de la verdadera interpretación que debe entenderse en sentido más amplio, de comprensión plena de la aplicación de las normas. Por eso defendió la tesis de que la intelección de las leyes no puede separarse de la realidad de los hechos concretos, ya que respecto a éstos se orienta la interpretación y ésta, además, no puede lograrse sin la luz de los principios éticos y tradicionales que iluminan su significado en relación con la realidad viva.

En la apertura del curso 1996-97 ya entró en el estudio de la interpretación a la luz del artículo 3 del Código Civil, analizando la cuestión de si este precepto, además de señalar los elementos de la intelección de las normas legales, recoge también algunas pautas interpretativas en su genuino y pleno sentido de «explicación» del Derecho subyacente en los hechos. Analizó primeramente la alusión que este artículo hace al «sentido propio de las palabras» para poder entender lingüísticamente el texto de la norma jurídica, pasando a relacionarlo con el «contexto» a que se refiere el Código y que, según el conferenciante, facilita una perspectiva y unas posibilidades interpretativas que exceden mucho de las mostradas por el llamado elemento sistemático. Siguiendo con el texto legal estudió sus alusiones a los antecedentes históricos y legislativos y la remisión a la realidad del tiempo en que las normas han de ser aplicadas, sin olvidar la llamada al espíritu y finalidad de las normas, todo ello en un acabado estudio.

Al finalizar el discurso del año anterior ya apuntó la importancia que en la interpretación de las normas pueden tener la analogía y la equidad, aunque no hizo más que un esbozo inicial, que ahora se ha desarrollado en el discurso último, que es el que intentamos resumir.

Dicho discurso contiene un amplio estudio del razonamiento jurídico que comienza con el modo de razonar de los jurisconsultos romanos, que buscaban la *ratio iuris* o razón convincente de la cuestión que, por su adecuación al caso, resultaba «aequa», pasando después por las distintas visiones del

nominalismo y el racionalismo idealista, con referencia también al contraste entre las opiniones de Baldo y Hume. El voluntarismo y la negación de un orden de las cosas, suficientemente inteligible por el hombre, incidieron en la interpretación de tal modo que en lugar de considerar la *mens* y la *ratio legis* en relación con la *ratio iuris*, tomaron la *mens* y la *voluntas legislatoris* y su ratio, solo en cuanto ésta resulta patente en la misma o en otra ley; de este modo se restringe su sentido, tomando el significado de mera *interpretatio legis* y no la de *interpretatio iuris* en su pleno significado.

La escuela de la exégesis recogió este espíritu propugnando ese mismo método mecánico de aplicación, el método que debe seguirse, en opinión de Stuart Mill es entera y exclusivamente un método de razonamiento, de silogismo. VALLET manifiesta que la lógica formal con su silogística no resulta adecuada a la interpretación jurídica, pues el rigor silogístico exige que las premisas mayores sean universales, mientras que las normas jurídicas, leyes o reglas, y los conceptos son generales, pero no universales, tal como dijo ya Aristóteles. Recuerda al efecto el discurso de ingreso de Figa Faura, donde se advirtió la deficiencia de la lógica formal en una materia viva como es el Derecho; por ello el conferenciante resalta la mayor relativización de los conceptos generales abstractos y por consiguiente la necesidad de que sea tipológico el razonamiento jurídico, acudiendo a la lógica jurídica como explicación de los hechos conformados a Derecho con un método de ponderación y ajustamiento. Es necesario poner en correspondencia normas y hechos mediante la tipificación de unas y otros; es imposible que norma y situación concreta de la vida sean puestas en correspondencia mediante un simple silogismo, porque norma y situación no son iguales: la norma reposa en el plano del deber ser y la situación en el hecho empírico.

La última parte del discurso trata de la analogía y la equidad en el razonamiento jurídico y estudia la interrelación que existe entre ellas, diciéndonos que están tan unidas que no existe analogía jurídica si no resulta equitativa. El empleo de una u otra debe apoyarse en algún principio general del Derecho que justifique el recurso a la equidad o que por analogía se utilice una norma y no otra, atendiendo siempre a sus diferencias o similitudes. Estudia las opiniones de la doctrina al respecto, desde los clásicos a los actuales, con un repaso histórico a los límites que los legisladores han impuesto a la hora de aplicar la analogía y la equidad.

Y termina esta parte y el discurso estudiando el trato a la equidad y la analogía en el vigente Derecho positivo español. La equidad fue utilizada siempre por la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, en función correctora de la ley, aunque sin mencionarla expresamente, recogándose varias sentencias anteriores a la reforma del Título Preliminar del Código Civil de 1974-75. Y en el artículo 4-1 del Código reformado ya se admite claramente la aplicación analógica de las normas cuando éstas no contemplan un supuesto específico, pero regulan otro semejante entre los que se aprecie identidad de razón. Sin embargo, la aplicación analógica no se permite, en el número 2 del mismo artículo, para las leyes penales, excepcionales o de ámbito temporal.

Un discurso densísimo, pleno de doctrina, como corresponde a su autor y a la altura de la Docta Corporación donde se pronunció.

THE COMMISSION ON EUROPEAN CONTRACT LAW, *Principles of European Contract Law, Parte I: Performance, Non-Performance and Remedies*, edición a cargo de O. LANDO y H. BEALE (Martinus Nijhoff, Dordrecht-Boston-Londres, 1995), 268 páginas.

Se trata del proyecto de texto uniforme sobre las obligaciones contractuales elaborado por la Comisión para el Derecho Europeo de Contratos, más conocida como Comisión Lando. Creada esta Comisión en 1980 por la Comisión de la CEE, está compuesta por veinte juristas, que representan a los Derechos continentales, nórdicos y anglosajón, a la que se ha unido desde 1986 un español, el Catedrático de Derecho mercantil don ALBERTO BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO. La Comisión ha obtenido recientemente el respaldo del Parlamento Europeo, que en su Resolución de 6 de mayo de 1994 recomienda a la Unión Europea apoyar los trabajos de la misma. Desde su creación, ha estado animada y presidida por OLE LANDO, profesor de la Universidad de Copenhague —y de ahí su denominación usual—, quien ha publicado en 1995, junto con el Profesor HUGH BEALE, de la Universidad de Bristol, la primera parte del trabajo, que está centrada en el cumplimiento y el incumplimiento de las obligaciones contractuales.

En efecto, el proyecto se divide en cuatro capítulos. Tras unas disposiciones generales (10 artículos), los siguientes se dedican sucesivamente al contenido y cumplimiento del contrato (17 artículos), incumplimiento y remedios en general (9 artículos) y los singulares remedios ante el incumplimiento (24 artículos).

Algunos preceptos son bastante extensos y pormenorizados; prevalece en ocasiones un estilo casuístico, que oscurece la regla general, si bien están acompañados de un amplio comentario, una especie de interpretación auténtica hecha por los redactores, que aclara su sentido y alcance. No obstante, ha observado P. Rescigno, con razón, que hay demasiadas cláusulas generales, las cuales, además de conferir al juez un excesivo poder discrecional, crean inseguridad jurídica al faltar la solución legal concreta para el problema concreto de que se trate (*Il diritto privato europeo: problemi e prospettive*, a cargo de L. MOCCLA, GIUFFRÈ, Milán, 1993, págs. 135 y ss.).

Naturalmente que no vamos a examinar aquí todo el contenido de esta densa y bien documentada obra; veremos solamente unos pocos ejemplos que muestran las orientaciones que han prevalecido en el proyecto. En concreto, se trata de la relevancia de la buena fe; el deber de renegociación en caso de alteración de las circunstancias; los requisitos y efectos de la resolución por incumplimiento, la fuerza mayor y las cláusulas limitativas de la responsabilidad contractual.

Así, pues, la buena fe es una de las reglas generales del Capítulo 1, lo que constituye una innovación para el *Common law*, en el que no está consagrada de forma expresa, pero su aplicación por los tribunales conduce a resultados comparables a los que predominan en los Derechos continentales. En éstos, por el contrario, es un principio básico y fundamental, que es común a todos ellos. Dentro del proyecto, es una de las pocas normas imperativas —concretamente tres— lo que quiere decir que las partes deben ceñirse a la buena fe en el ejercicio de sus derechos y en el cumplimiento de sus obligaciones, sin que puedan excluir o limitar los deberes que ella les imponga en cada caso (art. 1.106)

En la arquitectura del proyecto, la buena fe tiene importantes funciones. Ante todo, es fuente directa de derechos y obligaciones, aunque opera con

carácter subsidiario, es decir, a falta de pacto, norma expresa o de uso o práctica comercial, en este sentido, la buena fe se concreta en el deber de colaboración que impone en todo momento a los contratantes (art. 1017). Por otro lado, es un criterio de interpretación y de integración del propio texto prelegislativo, junto a la certeza de las relaciones contractuales y la uniformidad de su aplicación (art. 1014). Por último, la buena fe puede llegar a ser un factor de corrección, sobre todo, de los usos y prácticas que conduzcan a resultados irrazonables (art. 1103-2); y es un ingrediente esencial de lo que debe considerarse en cada caso como razonable, esto es, lo que considerarían como tal aquellas personas de buena fe que estén en la misma situación que los contratantes (art. 108). Sin perjuicio de todo ello, la buena fe irradia su influencia a todo el proyecto, en el que hay abundantes aplicaciones prácticas de la misma.

Por otra parte, el cambio de las circunstancias y la onerosidad excesiva se regula por el artículo 2117, con arreglo a la doctrina habitual. De acuerdo con ésta, las partes están obligadas a cumplir sus obligaciones, aunque devengan más onerosas; mayor onerosidad que surge bien porque el coste de la prestación debida ha aumentado, o bien porque el valor de la prestación cumplida por la otra parte ha disminuido.

Pese a este clasicismo, el proyecto impone a los contratantes el novedoso deber de entablar nuevas negociaciones en estos tres casos: a) si el cambio de circunstancias sobreviene después de celebrado el contrato o por causa anterior razonablemente ignorada por las partes, b) si ha sido imprevisible o hubiera sido razonablemente imprevisible al momento de celebrar el contrato, y c) si el perjudicado no ha asumido expresamente el riesgo de soportar las consecuencias de dicho cambio.

A falta de acuerdo dentro de un período razonable, el juez puede resolver el contrato en los términos y condiciones que estime conveniente, o adaptarlo a fin de repartir justa y equitativamente las ganancias y pérdidas resultantes de las nuevas circunstancias; en ambos casos, el juez, además, puede imponer la indemnización de los daños y perjuicios que se deriven, tanto de la falta de renegociación como de la ruptura con mala fe de las negociaciones. Como ha señalado A. HARTKAMP, este deber de renegociación es una de las soluciones más interesantes y originales del proyecto, puesto que no está prevista en los Códigos más recientes que contemplan este supuesto expresamente (*The UNIDROIT Principles for International Commercial Contracts and the Principles of European Contract Law*, ERPL., 1994, págs. 341 y ss.).

En efecto, observemos que estamos ante una obligación casi perfecta, ya que su incumplimiento está sancionado por la indemnización de los daños y perjuicios; es una obligación que se impone a los contratantes, a los que incumbe así el deber de adaptarse a las nuevas circunstancias y no perjudicarse recíprocamente a lo largo de la relación contractual que les une. Es claro que se trata de una manifestación del principio de conservación del contrato y de una aplicación concreta de la regla general de buena fe.

En concordancia con lo anterior, el proyecto es restrictivo en lo que concierne a la resolución por incumplimiento. Esta sólo procede por el incumplimiento sustancial, que tiene lugar en estos tres casos: 1) cuando el cumplimiento estricto es de la esencia del contrato; 2) cuando el incumplimiento frustra el fin perseguido por un contratante, siempre que tal fin se haya previsto o sea razonablemente previsible por el otro contratante, y 3) cuando hay incumplimiento intencional por un contratante o su conducta sea tal que

haga creer a la otra parte que tampoco cumplirá en el futuro (art. 3.103). Además, la resolución cabe por el vencimiento del plazo de gracia concedido por el contratante cumplidor a su contraparte (art. 3.106, en relación con el 4.301).

En cuanto a los efectos, la resolución no es automática ni exige sentencia judicial, pero requiere que la parte cumplidora notifique a la otra la extinción del contrato, y si no lo hace, por regla general, pierde su derecho a la resolución (art. 4.303). Las consecuencias de la resolución son también limitadas porque no son retroactivas sino que liberan a los contratantes de las prestaciones futuras solamente (art. 4.305-1). Aunque esta regla general de mera eficacia *ex nunc* tiene numerosas excepciones, la parte que ha realizado una prestación por la que no ha recibido la correspondiente contraprestación puede obtener una «suma razonable» equivalente al valor de la prestación realizada (art. 4.309). En fin, la resolución no excluye la indemnización de los daños y perjuicios, que comprende, entre otros aspectos, el daño moral causado por el incumplimiento (art. 4.501-2) y el coste de celebración del nuevo contrato que sustituye al anterior resuelto (art. 4.505).

Como puede verse, estamos ante una novedad, que el proyecto acoge del Derecho anglosajón y pretende introducir en los ordenamientos de tradición romanista, que consagran, por el contrario, la resolución con eficacia *ex tunc*. Con todo, la diferencia entre uno y otro sistema no es insalvable, sobre si tenemos en cuenta que en los Derechos romanistas, como el nuestro, la retroactividad de la resolución no afecta a las prestaciones de hacer ya cumplidas, como ocurre en los contratos de trabajo, de arrendamiento o de custodia, ni extingue los acuerdos previstos precisamente para el caso de incumplimiento, tales como la cláusula penal o el convenio arbitral.

Por su parte, la fuerza mayor es la única causa que justifica el incumplimiento y exonera al contratante incumplidor de las consecuencias del mismo; se propicia aquí, pues, una responsabilidad contractual netamente objetiva. En efecto, el deudor se libera solamente si demuestra que el incumplimiento se debe a un impedimento que escapa a su control, o que no podía preverse razonablemente al momento de la celebración del contrato, y que ha sido insuperable con un esfuerzo normal, quien debe notificarlo al acreedor dentro de un plazo razonable, debiendo pagar los daños y perjuicios que resulten de la falta de esta oportuna notificación (art. 3.108-1 y 3).

Acreditados estos extremos, la otra parte puede suspender su propia prestación, pedir la resolución del contrato y reclamar el pago de intereses y gastos; pero no puede exigir el cumplimiento específico de la contraprestación, que se ha extinguido por la fuerza mayor, ni la indemnización de los daños y perjuicios derivados del incumplimiento (art. 3.101-2).

Por último, es también ilustrativa la única norma que el proyecto dedica a las cláusulas limitativas de la responsabilidad contractual, que son tan frecuentes en el tráfico como discutible es, en teoría, su licitud. En principio, el proyecto se muestra liberal y permite que los contratantes pacten de antemano cláusulas que excluyan o limiten su responsabilidad en caso de incumplimiento; pero establece dos significativas excepciones: que exista un incumplimiento intencional y que la limitación o la exclusión sean irrazonables (art. 3.109).

El fundamento de estas excepciones salta a la vista; en el primer caso se trata del dolo de un contratante que nunca ha pretendido cumplir, mientras que en el segundo estamos una vez más ante la buena fe, la cual impide aquí

el abuso del contratante presumiblemente fuerte, o al menos incorrecto, que, bajo el amparo de la libertad de pactos, pretende de antemano liberarse o limitar su responsabilidad.

En definitiva, es claro que los *Principles* constituyen un proyecto con vocación de convertirse en un texto legal uniforme, por estar llamado a concitar el consenso; su principal virtud es que consigue hacer compatibles las soluciones que imperan a ambos lados del Canal de La Mancha. Desde la óptica del Derecho español, las novedades que propone son perfectamente aceptables, al menos en lo que concierne al deber de renegociación por alteración de las circunstancias o los efectos sólo para el futuro de la resolución. En todo caso, hay que destacar que el proyecto confía demasiado, como hemos visto, en la autorresponsabilidad de los contratantes y en la discrecionalidad del juez, por lo que, en suma, no regula en concreto gran cosa.

Pendiente todavía la publicación de la segunda parte de la obra, sabemos que se refiere a la formación, interpretación y validez de los contratos, así como a la representación. El enunciado de estos temas pone de relieve las lagunas o carencias del proyecto, puesto que no comprende otras materias, que se relacionan estrechamente con la obligación contractual, pero que pertenecen a la órbita de los derechos reales. En particular, nos referimos a aspectos tales como la transmisión del objeto del contrato, el reparto de los riesgos, los derechos adquiridos por terceros con base en un contrato ineficaz o al complejo problema de las garantías. Si el proyecto no contempla estos aspectos, como tampoco lo hacen los *Principios sobre los Contratos Comerciales Internacionales*, publicados por UNIDROIT (Roma, 1995), de poco servirá, a nuestro juicio, el Derecho uniforme en la práctica.

CARLOS VATTIER FUENZALIDA

REVISTA DE REVISTAS

REVISTA GENERAL DE DERECHO

Número 642 (Marzo 1998)

«Análisis y sugerencias en torno a la regulación de la recusación en el borrador de la Ley de Enjuiciamiento Civil de abril de 1997», por MARÍA DEL CARMEN CALVO SÁNCHEZ, pág. 1769.

SUMARIO: I. INTRODUCCION.—II. CONSIDERACIONES SOBRE ASPECTOS GENERALES.—III. ANALISIS DEL ARTICULADO: 1. CAPÍTULO I. DISPOSICIONES GENERALES. 2. CAPÍTULO III. RECUSACIÓN DE JUECES Y MAGISTRADOS. 3. CAPÍTULO IV. RECUSACIÓN DE SECRETARIOS JUDICIALES. 4. CAPÍTULO V. DE LA RECUSACIÓN DE OFICIALES, AUXILIARES Y AGENTES DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA. 5. CAPÍTULO VI. DE LA RECUSACIÓN DE LOS PERITOS.—IV. RECUSACION CUANDO SE HAYAN PRODUCIDO CAMBIOS EN EL PERSONAL JUZGADOR DESPUES DEL SEÑALAMIENTO DE LA VISTA.—V. CONCLUSIONES FINALES.

«Incidencia de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, sobre protección de menores en la figura de la curatela», por JAVIER LUIS SEVILLA BUJALANCE, pág. 1819.

SUMARIO: INTRODUCCION. A) LA INTEGRACIÓN DEL EMANCIPADO EN LA FAMILIA DEL CURADOR COMO CRITERIO GENERAL DE BENEFICIO PARA AQUÉL. B) APLICABILIDAD A LA CURATELA DE LA CAUSA DE REMOCIÓN QUE SUPONE EN EL CASO DE LA TUTELA LA APARICIÓN DE PROBLEMAS GRAVES DE CONVIVENCIA ENTRE TUTOR Y TUTELADO. C) LA AUTORIZACIÓN JUDICIAL PARA LA PARTICIPACIÓN DEL TUTOR EN LA PARTICIPACIÓN DE LA HERENCIA O DIVISIÓN DE LA COSA COMÚN EN RELACIÓN CON LAS FUNCIONES DEL CURADOR. D) LAS DISPOSICIONES TESTAMENTARIAS HECHAS EN FAVOR DEL CURADOR POR EL EMANCIPADO ANTES DE LA RENDICIÓN DE CUENTAS. E) OTRAS MODIFICACIONES.

«El nuevo Tratado de la OMPI sobre Derecho de autor: Un final feliz en Ginebra», por THOMAS C. VINJE, pág. 2339. (Sin sumario.)

«Las protecciones de las invenciones biotecnológicas (Especial referencia a la coexistencia de patentes y títulos específicos en relación a las obtenciones vegetales)», por MERCEDES CURTO POLO, pág. 2353.

SUMARIO: I. INTRODUCCION.—II. EL SISTEMA ESPECIFICO DE PROTECCION DE LAS OBTENCIONES VEGETALES: 1. EL CONVENIO INTERNACIONAL

PARA LA PROTECCIÓN DE LAS OBTENCIONES VEGETALES (CUPOV). 1.1. *Materia susceptible de ser protegida*. 1.2. *Requisitos de protección*: a) Novedad; b) Diferenciación; c) Homogeneidad; d) Estabilidad. 1.3. *Ambito de la protección*: a) Extensión del derecho de exclusiva; b) Variedades esencialmente derivadas; c) Contenido del derecho; d) Agotamiento del derecho; e) Límites al derecho. 2. REGLAMENTO DEL CONSEJO DE LA UE SOBRE LA PROTECCIÓN DE LAS OBTENCIONES VEGETALES. 2.1. *Planteamiento general*. 2.2. *Contenido de la protección*.—III. PATENTABILIDAD DE LAS OBTENCIONES VEGETALES EN CUANTO QUE INVENCIONES BIOTECNOLÓGICAS. 1. PLANTEAMIENTO GENERAL. 2. LA DISCUSIÓN EN TORNO A LA PATENTABILIDAD DE LAS INVENCIONES BIOTECNOLÓGICAS: 2.1. *Dificultades de orden ético*. 2.2. *Las dificultades de orden técnico para proceder a la protección mediante patente de las invenciones biotecnológicas*: a) Materia patentable. Patentabilidad de las obtenciones vegetales; b) Altura inventiva; c) Clara y completa descripción; d) Extensión derivada del derecho de patente; e) Licencias obligatorias —IV. PROHIBICION DE DOBLE PROTECCION.

«La pieza de calificación y depuración de responsabilidades en los expedientes de suspensión de pagos», por JOSÉ MARÍA SAGRERA TIZÓN, pág. 2515.

SUMARIO. I INTRODUCCION. LA PIEZA DE CALIFICACION DE LA INSOLVENCIA EN LA LEY DE SUSPENSION DE PAGOS.—II. INTERVENCION DEL MINISTERIO FISCAL EN LOS EXPEDIENTES DE SUSPENSION DE PAGOS: 1. NATURALEZA Y PRECEDENTES. 2. EVOLUCIÓN DE LA INTERVENCIÓN DEL MINISTERIO FISCAL. 3. ESTADO ACTUAL TRAS LA CIRCULAR DE LA FISCALÍA 1/1995 —III. EFECTOS DE PROCEDIBILIDAD DE LA DECLARACION CIVIL DE LA INSOLVENCIA, COMO CULPABLE O FRAUDULENTE.—IV. LA PIEZA DE RESPONSABILIDAD, FRENTE AL CONVENIO, EN LOS EXPEDIENTES DE SUSPENSION DE PAGOS.—V. DERECHO PUNITIVO: 1. DESVINCULACIÓN DE LA JURISDICCION PENAL DE LO CIVIL. 2. DE LA RESPONSABILIDAD PENAL DEL DEUDOR.—VI. ESTADO ACTUAL A LA VISTA DEL NUEVO CODIGO PENAL: 1 DELITOS NO CONCURSALES (ALZAMIENTO). 2. DELITOS CONCURSALES. 3. NUEVA FUNCIÓN DEL MINISTERIO FISCAL —VII. «DE LEGE FERENDA».

«Los límites de la ocupación de los bienes del quebrado», por GUILLERMO ALCOVER GARAU, pág. 2531. (Sin sumario.)

«Insolvencia y crisis económica: Su reflejo en el derecho concursal», por MARTA FONT MARQUINA y ANGELS ROQUETA RODRÍGUEZ, pág. 2541 (Sin sumario.)

Número 643 (Abril 1998)

«Problemática que plantea la técnica de la admisión del recurso de apelación en un solo efecto. Efecto suspensivo y ejecución provisional de las resoluciones», por JOSÉ MARÍA RUIZ MORENO, pág. 3521.

SUMARIO. I. CONSIDERACIONES PREVIAS.—II. EL EFECTO SUSPENSIVO DE LOS RECURSOS.—III. LA TECNICA DE UTILIZAR EL RECURSO DE APELACION EN UN SOLO EFECTO Y LA EJECUCION PROVISIO-

NAL: 1.º EXPOSICIÓN DEL PROBLEMA. 2.º PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN EN EL PENSAMIENTO DEMOLIBERAL. 3.º SITUACIÓN ANTERIOR A LA NOVELA DE 6 DE AGOSTO DE 1984. 4.º SOLUCIÓN DADA POR LA NOVELA DE 1984. 5.º TRATAMIENTO EN EL ANTEPROYECTO DE LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL DE 26 DE DICIEMBRE DE 1997.

«El impago de la pena de multa», por IGNACIO SERRANO BUTRAGUENO, pág. 3539.

SUMARIO: I. INTRODUCCION.—II. ORIGEN Y ANTECEDENTES.—III. FUNDAMENTO DE LA RESPONSABILIDAD PERSONAL POR IMPAGO DE LA MULTA.—IV. NATURALEZA DE ESTA RESPONSABILIDAD PERSONAL.—V. CUMPLIMIENTO DE ESTA CLASE DE RESPONSABILIDAD.—VI. LIMITES Y EFECTOS.—VII. CONCLUSION.

«Contrato de *factoring* y cesión de créditos (Comentario a la Sentencia de la Audiencia Provincial de Castellón de 10 de mayo de 1997)», por ANDRÉS RECALDE CASTELLS, pág. 3983.

SUMARIO: I. EL CONTRATO DE *FACTORING*: FUNCION Y CLASES.—II. LA CAUSA DEL CONTRATO Y SU REPERCUSION SOBRE EL EFECTO TRASLATIVO DE LA CESION.—III. FORMA DE REALIZARSE LA CESION. CESION INDIVIDUAL O CESION GLOBAL, CESION FUTURA O CESION ANTICIPADA.—IV. CONCLUSIONES.

«El carácter formal o consensual del contrato de seguro terrestre. Una cuestión nada "teórica"», por D. CARLOS SALINAS ADELANTADO, pág. 4001.

SUMARIO. I. PLANTEAMIENTO DEL TEMA.—II. LOS ARGUMENTOS DOCTRINALES: 1. LA TESIS FORMAL: a) *El tenor del artículo 5 de la Ley de Contrato de Seguro*; b) *La «retroacción de efectos» del artículo 6 de la Ley de Contrato de Seguro*; c) *La regulación de la solicitud y la proposición*; d) *La prevalencia de la póliza del artículo 8 de la Ley de Contrato de Seguro*; e) *Los precedentes y la tramitación parlamentaria*; f) *El ejemplo del seguro marítimo*; g) *Las razones de «equidad»*; h) *La jurisprudencia del Tribunal Supremo*. 2. LA TESIS CONSENSUAL: a) *La rúbrica de la sección*; b) *La «retroacción de efectos» del artículo 6 de la Ley de Contrato de Seguro*; c) *La prevalencia de las «cláusulas acordadas» del artículo 8 de la Ley de Contrato de Seguro*; d) *La obligación del asegurador de entregar la póliza*; e) *La situación del Derecho comparado*; f) *Los precedentes de la norma y la tramitación parlamentaria*; g) *La «excepción» del seguro marítimo; las razones de «equidad» y la jurisprudencia del Tribunal Supremo*; h) *El principio general de libertad de forma*.—III. LA JURISPRUDENCIA SOBRE EL TEMA. LOS DISTINTOS GRUPOS DE CASOS: 1. SÓLO EXISTEN TESTIGOS. 2. SÓLO RECIBO DEL PAGO DE LA PRIMA. 3. LA SOLICITUD DE SEGURO. a) *Sólo solicitud*; b) *Solicitud + recibo*. 4. EMISIÓN DE PÓLIZA POSTERIOR AL SINIESTRO. 5. CONCLUSIONES.—IV. RECONSTRUCCION DEL PROBLEMA: 1. FORMACIÓN DEL CONTRATO. SOLICITUD, PROPOSICIÓN Y DOCUMENTO DE COBERTURA PROVISIONAL. 2. PERFECCIÓN DEL CONTRATO. LA PÓLIZA. 3. EFECTOS DEL CONTRATO. EL PAGO DE LA PRIMA.—V. RECAPITULACION.

«El período de *black out* y las ofertas públicas de valores: Su utilidad en Derecho español», por PEDRO KIRCHNER, pág. 4033. (Sin sumario.)

REVISTA JURIDICA DEL NOTARIADO

Número 17 (Enero-Marzo 1996)

«La filiación», por JERÓNIMO LÓPEZ PÉREZ, pág. 17. (Sin sumario)

COMENTARIO: Con una gran claridad expositiva, el autor realiza un análisis de esta institución fundamental, que constituye una especialidad dentro del Derecho de familia. Comienza relatando en la introducción cuestiones básicas que deben recordarse, como su inclusión dentro del Derecho de familia, y por consiguiente, formando parte del Derecho privado; los caracteres generales del Derecho de familia; y, por último, la relación de leyes que han transformado la familia desde la promulgación de la Constitución.

Entrando en el análisis de la filiación, comienza con la exposición de la idea general de la filiación, haciendo referencia tanto a su consideración no sólo hecho natural sino también como hecho jurídico, las clases de filiación y los efectos de la misma, haciendo referencia a la imposición y cambio de apellidos, deteniéndose en las obligaciones que se derivan de la paternidad.

En cuanto al tema de fondo del artículo, la determinación y prueba de la filiación, el autor estudia las reglas básicas recogidas en el Código Civil, examinando con gran brevedad las cuestiones relativas a la determinación de la filiación matrimonial y a la no matrimonial. Todo ello con la finalidad de analizar críticamente las cuestiones relativas a las acciones de filiación (en la doble posición de reclamación o impugnación) sobre las que profundiza, en último término, basando su estudio en la doctrina jurisprudencial más reciente.

Finaliza el estudio con unas conclusiones donde pone de relieve cómo a pesar de los avances realizados con las sucesivas reformas, existe una dificultad en la regulación del Código Civil, «De la paternidad y filiación», en el Título V del Libro I. Insiste, además, en la problemática del Registro Civil cuyo ideal reside en la identificación entre la filiación como verdad biológica y la relación jurídica.

«La división convencional de la Comunidad de Bienes en el Derecho Romano», por ALFONSO MURILLO VILLAR, pág. 61.

SUMARIO: I. INTRODUCCION.—II. DIVISION AMISTOSA DE LA PRIMITIVA COMUNIDAD DE BIENES.—III. EPOCA CLASICA Y POSTCLASICA: A) OPINION DOCTRINAL. B) PRIMERAS INFORMACIONES CLASICAS. C) EPOCA DE LOS SEVEROS. D) TRÁNSITO AL DOMINADO. E) DIOCLECIANO Y SU ABUNDANTE LEGISLACIÓN. F) HERMOGENIANO, ¿*EPITOME IURIS IMPERIAL*?—IV. CONCLUSIONES.

«Sobre la eficacia de las normas. Algunas cuestiones transitorias, derogatorias y competenciales en la reciente legislación civil», por MARGARITA ISABEL POVEDA BERNAL, pág. 111.

SUMARIO: I. PLANTEAMIENTO.—II. ANALISIS DEL EFECTO RETROACTIVO DE LAS NORMAS DESDE UNA PERSPECTIVA CONSTITUCIONAL.—III. LA POSIBILIDAD DE RESUCITAR CONVENCIONALMENTE UN REGIMEN LEGAL DEROGADO.—IV. LOS PROBLEMAS DE DESREGULACION ORIGINADOS POR ALGUNAS NORMAS DEROGATORIAS.—

V. LA EFICACIA DE LAS LEYES EN EL ESPACIO DESDE UN PLANTEAMIENTO COMPETENCIAL. PROBLEMÁTICA ORIGINADA POR LA EXISTENCIA DE TRES NIVELES NORMATIVOS EN EL ÁMBITO CIVIL: COMPETENCIA COMUNITARIA, ESTATAL Y AUTONÓMICA SOBRE UNA MISMA MATERIA.—VI. SUPERPOSICIÓN DE CONFLICTOS DE LEYES EN EL ESPACIO Y EN EL TIEMPO: ESPECIAL REFERENCIA AL PROBLEMA DE LA DETERMINACIÓN DE LAS UNIDADES MÍNIMAS DE CULTIVO.

COMENTARIO: La autora realiza en este extenso y minucioso artículo un examen concienzudo de temas importantes incluidos en el Título Preliminar de nuestro Código Civil.

A fin de realizar el análisis del efecto retroactivo de las normas, desde una perspectiva constitucional, expone brevemente la existencia de las teorías clásicas de la retroactividad y la crítica a las mismas; el principio del efecto inmediato de ROUBIER y su crítica, entre otras, para detenerse en el artículo 2.3 del Código Civil a la luz del artículo 9.3 CE que impone el único límite al legislador a fin de determinar el alcance retroactivo de las normas. Aunque insiste en la existencia de unas normas de Derecho intertemporal general (son las Disposiciones Transitorias de carácter general del Código Civil) que establecen unos criterios y orientaciones generalizables que deberían servir al legislador para orientar sus actuaciones concretas en el ámbito del Derecho transitorio.

El siguiente tema que aborda se centra en la posibilidad de resucitar convencionalmente un régimen legal derogado. Tras señalar cómo la Ley derogada pierde su fuerza creadora y organizadora, pervive en ella un valor secundario por el mandato de las reglas transitorias, se centra en investigar la posibilidad de que las partes se sometan a un régimen legal derogado, que sería perfectamente aplicable en nuestro Derecho al amparo del artículo 1.255 del Código Civil. Estudia la admisión de esta cuestión en el Real Decreto-ley 2/85, de 30 de abril, sobre Medidas de Política Económica; y en relación con el régimen de prórrogas legales del contrato de arrendamiento rústico sometido a la LAR de 1980.

A continuación, analiza los problemas de desregulación originados por algunas normas derogatorias, concretamente se cuestiona acerca de lo que ocurre en aquellos supuestos en que una norma posterior ha introducido en la regulación anterior una modificación o supresión de tal naturaleza que ha afectado su *ratio legis*, esto es, la razón de ser de la norma retocada, y expone cómo este problema de vacío normativo ha tenido lugar tanto en el Real Decreto-ley de 30 de abril de 1985, ya señalado, como en la Ley de 4 de julio de 1995, de Modernización de las Explotaciones Agrarias.

Otro de los interesantes temas planteados por la autora es el de la eficacia de las leyes en el espacio desde un planteamiento competencial. A la luz del artículo 149.1.8.ª CE pone de manifiesto cómo la extralimitación competencial de las CCAA ha sido evidente, y recoge varios aspectos de esta extralimitación con ejemplos concretos de normas y jurisprudencia que acreditan la existencia de este problema. Termina el estudio de estas cuestiones haciendo un análisis pormenorizado de la preferencia del Derecho de la Unión Europea sobre el Derecho interno, y señalando la participación de las CCAA en la formación del Derecho comunitario europeo.

Por último, examina la superposición de conflictos de leyes en el espacio y en el tiempo, estudiando en concreto esta problemática en relación con el

régimen de las unidades mínimas de cultivo Tras exponer toda la normativa referente al tema, incluso las remisiones entre leyes, critica cómo la técnica legislativa no puede ser más defectuosa, haciendo referencia, además, a la diferente regulación autonómica.

Número 18 (Abril-Junio 1996)

«El Notariado aragonés hasta la Ley Orgánica de 1862», por ELENA BELLOD FERNÁNDEZ DE PALENCIA, pág. 9.

SUMARIO: 1. INTRODUCCION.—2. BREVES NOTAS SOBRE EL ORIGEN O PRECEDENTE DEL NOTARIADO.—3. EL NOTARIADO DE ARAGON: A) INTRODUCCIÓN. B) NACIMIENTO DEL NOTARIADO EN EL SIGLO XIII. FUENTES DOCUMENTALES Y LEGALES. C) CLASIFICACIÓN DEL ESTAMENTO NOTARIAL. D) COLEGIOS NOTARIALES.—4. EL DERECHO ARAGONES COMO IMPORTANTE PRECEDENTE DE LA LEY DEL NOTARIADO DE 1862.—5. EL PRESTIGIO DEL NOTARIADO ARAGONES.

«Incidencia del nuevo Código Penal sobre la causa tercera de indignidad del artículo 756 del Código Civil», por JOSÉ PÉREZ DE VARGAS MUÑOZ, pág. 65.

SUMARIO: I. INTRODUCCION.—II. LA NATURALEZA PENAL DE LA INDIGNIDAD.—III. EL NUEVO CODIGO PENAL Y LA CAUSA DE INDIGNIDAD DEL ARTICULO 756.3.º DEL CODIGO CIVIL.

«La autocontratación en las fundaciones (Los contratos entre la fundación y sus patronos y apoderados)», por RAFAEL VERDERA SERVER, pág. 87

SUMARIO: I. CONSIDERACIONES PRELIMINARES.—II. EL REGIMEN NORMATIVO DE LA AUTOCONTRATACION EN LAS FUNDACIONES.—III. LA AUTOCONTRATACION DE LOS PATRONOS: A) DELIMITACIÓN SUBJETIVA DEL RÉGIMEN DE AUTOCONTRATACIÓN. B) DELIMITACIÓN OBJETIVA DEL RÉGIMEN DE AUTOCONTRATACIÓN. C) LA AUTORIZACIÓN PREVIA DEL PROTECTORADO. E) EFECTOS DE LA AUTOCONTRATACIÓN SIN AUTORIZACIÓN DEL PROTECTORADO.—IV. LA AUTOCONTRATACION DE LOS APODERADOS.

ACTUALIDAD CIVIL

Número 48 (1997)

«Jurisdicción civil y responsabilidad patrimonial de la Administración tras la Ley 30/1992. Nuevos planteamientos doctrinales y jurisprudenciales», por JESÚS CATALÁN SENDER, pág. 1201.

SUMARIO: I. SUCINTA INTRODUCCION HISTORICA UNA ASPIRACION HISTORICA: LA UNIFICACION DE FUEROS EN MATERIA DE RESPON-

SABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACION.—II. LAS INNOVACIONES INTRODUCIDAS EN ESTE CAMPO POR LA LEY 30/1992 Y EL REAL DECRETO 429/1993.—III. LA INTERPRETACION POR LA DOCTRINA DE LA NUEVA LEGISLACION.—IV. LA NUEVA JURISPRUDENCIA EMANADA DE LAS AUDIENCIAS PROVINCIALES.—V. REFERENCIA A LA NUEVA JURISPRUDENCIA SURGIDA DEL TRIBUNAL DE CONFLICTOS JURISDICCIONALES.—VI. LA NOVÍSIMA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO Y TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA.—VII. VALORACION FINAL: DE LAS BONDADES Y PARADOJAS QUE ENTRAÑA EL NUEVO SISTEMA DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACION INSTAURADO POR LA LEY 30/1992. ALGUNAS CONSECUENCIAS PERNICIOSAS Y OTRAS PLAUSIBLES DEL NUEVO MODELO O SISTEMA DE RESPONSABILIDAD INSTAURADO.

Número 1 (1998)

«La familia entre el pasado y la modernidad. Reflexiones a la luz del Derecho civil», por MARIANO ALONSO PÉREZ, pág. 1.

SUMARIO. I. LA FAMILIA: SU PERENNE NOVEDAD Y SUS FUNCIONES CARDINALES.—II. LA FAMILIA Y SU DIMENSION JURIDICA.—III. EL MODELO JURIDICO DE FAMILIA PATRIARCAL: EVOLUCION Y CARACTERES.—IV. REVOLUCION, CODIFICACION CIVIL Y MODELO BURGUES DE FAMILIA.—V. EL PARADIGMA FAMILIAR NACIDO DEL CODIGO CIVIL ESPAÑOL DE 1889 RASGOS Y ALTERACIONES HASTA LA TERMINACION DEL REGIMEN FRANQUISTA. FAMILIA Y MODERNIDAD O LA LLAMADA «FAMILIA DE LA ERA TECNOLOGICA». FAMILIAS CONTEMPLADAS EN LA CONSTITUCION ESPAÑOLA.

Número 2 (1998)

«Error y responsabilidad en el negocio matrimonial», por JOSÉ RAMÓN DE VERDA Y BEAMONTE, pág. 27.

SUMARIO: I. CONSIDERACIONES PRELIMINARES. LA REGULACION DEL ERROR MATRIMONIAL EN EL DERECHO ESPAÑOL (ERROR OBSTATIVO/ERROR-VICIO).—II. LA EXCUSABILIDAD DEL ERROR EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO: 1. EXCUSABILIDAD DEL ERROR Y SEGURIDAD JURIDICA EN LA CONTRATACION. 2. FUNDAMENTOS DOGMATICOS DE LA DOCTRINA DE LA EXCUSABILIDAD DEL ERROR: 2.1 *El principio de autorresponsabilidad*. 2.2. *El principio de la buena fe*. 3 CONCEPTO REASUNTIVO.—III. DE LA APLICABILIDAD DEL REQUISITO DE LA EXCUSABILIDAD AL ERROR MATRIMONIAL: 1. LA POSICION DE LA JURISPRUDENCIA. 2. EL ESTADO DE LA CUESTION EN LA DOCTRINA CIENTIFICA: 2.1. *El silencio de la doctrina mayoritaria*. 2.2. *Testis favorables a la aplicación del requisito de la excusabilidad*. 2.3. *Tesis contrarias a la aplicación del requisito de la excusabilidad*. 2.4. *A modo de síntesis*. 3. RAZONES EN CONTRA DE LA EXIGENCIA DEL REQUISITO DE LA EXCUSA-

BILIDAD DEL ERROR MATRIMONIAL: 3.1. *La especificidad del negocio jurídico matrimonial*. 3.2. *Excusabilidad del error y seguridad jurídica de las relaciones matrimoniales*. 3.3. *Recapitulación*. 4. POSIBLES OBJECIONES A LA TESIS DE LA NO EXIGENCIA DEL REQUISITO DE LA EXCUSABILIDAD DEL ERROR EN SEDE MATRIMONIAL: TUTELA DEL CONSENTIMIENTO VERSUS TUTELA DE LA CONFIANZA: 4.1. *Error negligente y responsabilidad prenegocial. El recurso al artículo 1.902 del Código Civil*. 4.2. *Imposibilidad de reconducir la lesión culpable del interés de la confianza al artículo 98 del Código Civil*. 4.3. *Recapitulación*.

Número 3 (1998)

«Los derechos sobre la aeronave y su reconocimiento internacional», por JOSÉ DANIEL PARADA VÁZQUEZ, pág. 59.

SUMARIO: I. CONCEPTO Y NATURALEZA JURIDICA DE LA AERONAVE. CLASIFICACION.—II. DERECHOS SOBRE LA AERONAVE. GENERALIDADES.—III. RECONOCIMIENTO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS SOBRE LA AERONAVE.

Número 4 (1998)

«La responsabilidad civil derivada del delito», por CARLOS VÁZQUEZ GONZÁLEZ, pág. 77.

SUMARIO: I. CONCEPTO Y NATURALEZA JURIDICA.—II. EXTENSION DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL: 1. LA RESTITUCIÓN. 2. LA REPARACIÓN DEL DAÑO. 3. LA INDEMNIZACIÓN DE PERJUICIOS. LA COMPENSACIÓN DE CULPAS. FIJACIÓN DE LA CUANTÍA DE LOS DAÑOS E INDEMNIZACIONES POR LOS JUECES Y TRIBUNALES.—III. PERSONAS CIVILMENTE RESPONSABLES: 1. RESPONSABILIDAD DIRECTA: A) *Responsabilidad civil de los responsables criminalmente*. B) *Responsabilidad de las compañías aseguradoras*. C) *Responsabilidad del partícipe a título lucrativo*. 2. RESPONSABILIDAD CIVIL EN LOS CASOS DE EXENCIÓN DE LA RESPONSABILIDAD PENAL. 3. RESPONSABILIDAD CIVIL SUBSIDIARIA: 1.º *De padres o tutores*. 2.º *De los titulares de medios de comunicación*. 3.º *Del empresario por los delitos o faltas cometidos en sus establecimientos*. 4.º *Del empresario por los delitos o faltas cometidos por sus empleados*. 5.º *De los titulares de vehículos*. 6.º *De los titulares de centros docentes*. 7.º *Responsabilidad subsidiaria del Estado y demás entes públicos*.—IV. CUMPLIMIENTO DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL.—V. EXTINCIÓN DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL.—VI. BIBLIOGRAFIA.

Número 5 (1998)

«Sobre la unificación internacional en materia de garantías mobiliarias», por ESTHER MUÑIZ ESPADA y MARGARITA ISABEL POVEDA BERNAL, pág. 111.

SUMARIO: I. INTRODUCCION.—II. JUSTIFICACION Y TRASCENDENCIA PRACTICA.—III. ANTECEDENTES NORMATIVOS Y ESTUDIOS PRELIMINARES.—IV. PROPUESTAS PARA UNA REGLAMENTACION INTERNACIONAL DE LAS GARANTIAS MOBILIARIAS.—V. ALGUNAS CONCLUSIONES DEDUCIDAS DE LA EXPERIENCIA ADQUIRIDA.—VI. FUENTES EVENTUALES DE CONFLICTO Y SOLUCIONES JUDICIALES.—VII. PROPUESTAS CONCRETAS DEL PROYECTO DE UNIDROIT

Número 6 (1998)

«Matrimonios de conveniencia y turismo divorcista: práctica internacional española», por ALFONSO-LUIS CALVO CARAVACA y JAVIER CARRASCOSA GONZÁLEZ, pág. 129.

SUMARIO: I. INTRODUCCION: ALGUNOS DATOS SOBRE EL SISTEMA ESPAÑOL DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO EN EL SECTOR MATRIMONIAL.—II. LA LUCHA CONTRA LOS «MATRIMONIOS INTERNACIONALES DE CONVENIENCIA».—III. LAS CRISIS MATRIMONIALES EN DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO ESPAÑOL: DATOS GENERALES.—IV. EL «TURISMO DIVORCISTA» Y EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO ESPAÑOL.

Número 7 (1998)

«Pago al ejecutante y distribución del sobrante en el proceso del artículo 131 de la Ley Hipotecaria», por JUAN MONTERO AROCA, pág. 141

SUMARIO: I. EL PAGO AL EJECUTANTE: 1. EL PRINCIPIO DE PREVENCIÓN: A) *Liquidación de intereses*. B) *Tasación de costas*. C) *Imputación del pago*
2 LA TERCERÍA DE MEJOR DERECHO: A) *En general*. B) *Los créditos salariales*.—
II. LA CONSIGNACION Y DISTRIBUCION DEL SOBRANTE. 1 LA CONSIGNACIÓN EN LA CUENTA DE DEPÓSITOS Y CONSIGNACIONES. 2. LA DISTRIBUCIÓN POR EL JUZGADO DE LA EJECUCIÓN A) *Acreedores excluidos*. B) *Cauce procesal*. C) *Los criterios de distribución*.

REVISTA DE DERECHO MERCANTIL

Número 225 (Julio-Septiembre 1997)

«Líneas de desarrollo y características del Derecho europeo de la competencia», por ULRICH IMMENGA, pág. 1101.

SUMARIO: I. INTRODUCCION.—II. SOBRE EL MODO DE OPERAR DE LAS REGLAS DE LA COMPETENCIA DEL TRATADO DE LA COMUNIDAD EUROPEA.—III. SUJECION DE LOS ESTADOS MIEMBROS A LAS REGLAS DE LA COMPETENCIA.—IV. CUESTIONES BASICAS DEL CON-

TROL DE LAS CONCENTRACIONES —V. EN TORNO A LA OFICINA EUROPEA DE CARTELES.

«Los procedimientos de quiebra y suspensión de pagos y su incidencia en los créditos salariales, cara a la reforma de nuestro Derecho concursal», por JOSÉ LUIS FERNÁNDEZ RUIZ, pág. 1119.

SUMARIO: I. LOS PROCEDIMIENTOS CONCURSALES Y LOS CREDITOS SALARIALES: UNA MATERIA MAS DE APROXIMACION DE LOS DERECHOS LABORAL Y MERCANTIL.—II. LOS CREDITOS SALARIALES Y LOS PROCEDIMIENTOS CONCURSALES: 1. GENERALIDADES. 2. LAS GARANTÍAS SALARIALES DEL ARTÍCULO 32 DEL ESTATUTO DE LOS TRABAJADORES CARA A LA FUTURA REFORMA DE NUESTRO DERECHO CONCURSAL: 2.1. *El «superprivilegio» del artículo 32.1 del Estatuto de los Trabajadores* 2.2. *Colisión de créditos garantizados con reserva de dominio con los salariales en el procedimiento concursal de quiebra*. 2.3. *Los llamados créditos refaccionarios, en particular del artículo 32.2 del Estatuto de los Trabajadores*. 2.4. *El privilegio genérico del artículo 32.3 del Estatuto de los Trabajadores*. 2.5. *Cuestiones de procedimiento que plantean los apartados 4, 5 y 6 del artículo 32 del Estatuto de los Trabajadores*. 2.6. *La especialidad de los créditos salariales en el Derecho marítimo*.—III. EL FONDO DE GARANTIA SALARIAL Y LOS PROCEDIMIENTOS CONCURSALES.—IV. LOS EXPEDIENTES DE REGULACION DE EMPLEO Y LA ACTUACION DE LOS SINDICATOS DE LA QUIEBRA.

COMENTARIO: El autor pone de relieve la creciente relación entre el Derecho mercantil y los temas relativos a los créditos laborales y los de la Seguridad Social, o los relativos a accidentes de trabajo, y la póliza de seguro colectivo de las empresas pero, sobre todo, pone el énfasis en el tema objeto de análisis, en la importancia que tienen los procedimientos concursales —ante la reforma del derecho concursal— en el contrato de trabajo y, especialmente, en los créditos salariales.

Comienza estudiando el artículo 32 ET, tras su reforma por la Ley de 19 de mayo de 1994. Parte del reconocimiento, por nuestro Derecho, del carácter superprivilegiado de los créditos salariales de los trabajadores en su concurrencia con otros créditos. Analiza las principales cuestiones que se formulan entre el artículo 32.1.º ET y la futura reforma concursal, destacando, entre otros, el examen de la expresión «últimos treinta días de trabajo», matizando que se refiere a los treinta días anteriores al cese en la relación laboral y, en tal sentido la propuesta de anteproyecto introduce como novedad la referencia a los créditos por los salarios correspondientes a los tres últimos meses. Anuncia que la reforma concursal propone la introducción de un número 2.º, en el artículo 32 ET, que reafirmará que los créditos salariales correspondientes al último año gozarán de preferencia sobre cualquier otro crédito a excepción de los extracontractuales y los que tengan privilegio sobre determinados bienes o servicios. Analiza la colisión entre los créditos garantizados con el llamado pacto de reserva de dominio en la venta a plazos, y los salariales en los procedimientos concursales, sobre todo en el de quiebra. Y se cuestiona cuál será el que prevalezca, concluyendo que si la reserva de dominio en la compraventa de bienes-muebles a plazos se ha inscrito, debe prevalecer el crédito del vendedor sobre los de este apartado 3.º del artículo 32 ET (el

problema surge si no se ha inscrito). Se detiene en el estudio de los créditos refaccionarios del artículo 32.3.º del ET, estudiando la expresión «objetos elaborados por los trabajadores», lo cual supone examinar aquellos objetos que tras la transformación pasan a ser propiedad del empresario.

También se refiere a los créditos marítimos salariales, especialmente a su colisión entre los créditos laborales y los de la hipoteca naval del convenio de Bruselas de 1926, en orden a si éste tiene aplicación exclusivamente en las relaciones internacionales o también en nuestro Derecho interno. La solución que aporta la jurisprudencia es que es obligatorio en España, lo que supone que es preferente el crédito hipotecario naval frente a indemnizaciones por despido. Posición que se adopta por el convenio internacional sobre privilegios marítimos e hipoteca naval de 6 de mayo de 1993, aún no ratificada por nuestro país.

Para terminar el comentario examina los créditos salariales, los procedimientos concursales y el FOGASA, destacando que en las relaciones del FOGASA y los procedimientos concursales debe insistirse en la obligatoria citación del Fondo en los mismos, tal y como afirma la jurisprudencia. Y, en la crítica que califica de desmesurada, de la Propuesta de Anteproyecto de Ley Concursal al otorgar al Juez excesivas funciones que colisionarían con el artículo 51 ET, pues «atribuye a los jueces concursales competencias que en algunos casos ni siquiera tienen los juzgados de lo social sino que están atribuidas *ex lege*».

«La oposición al acuerdo de transigir o renunciar al ejercicio de la acción social de responsabilidad», por PABLO MARTÍNEZ MACHUCA, pág. 1155.

SUMARIO: I. INTRODUCCION.—II. EL DERECHO DE OPOSICION DE LA MINORIA AL ACUERDO DE TRANSIGIR O RENUNCIAR AL EJERCICIO DE LA ACCION SOCIAL DE RESPONSABILIDAD: 1. EL DERECHO DE OPOSICIÓN AL ACUERDO DE TRANSIGIR O RENUNCIAR AL EJERCICIO DE LA ACCIÓN SOCIAL DE RESPONSABILIDAD Y LA PROTECCIÓN DE LA MINORÍA. 2. SU FUNDAMENTO Y FINALIDAD. LA «DESLEGITIMACIÓN» DE LA MINORÍA. 3. LA DICOTOMÍA CAPITAL SUSCRITO/CAPITAL DESEMBOLSADO. 4. EL MODO EN EL QUE SE HA DE EJERCER EL DERECHO DE OPOSICIÓN AL ACUERDO DE TRANSIGIR O RENUNCIAR AL EJERCICIO DE LA ACCIÓN SOCIAL DE RESPONSABILIDAD Y LA INTEGRACIÓN DE LA MINORÍA. ESPECIAL REFERENCIA A LAS ACCIONES SIN VOTO. 5. MOMENTO PARA SU EJERCICIO.—III. EL DERECHO DE OPOSICION AL ACUERDO DE TRANSIGIR O RENUNCIAR AL EJERCICIO DE LA ACCION SOCIAL DE RESPONSABILIDAD EN EL DERECHO COMPARADO.

«El ordenamiento español y el Tratado de Maastricht ante el pago de las deudas de dinero», por JOSÉ BONET CORREA, pág. 1189.

SUMARIO: I. INTRODUCCION.—II. EL PAGO DE LAS DEUDAS DE DINERO —III. LA PROPUESTA DE REFORMA DEL TEXTO DEL ARTICULO 1.170.—IV. ACLARACIONES EN CUANTO A LA TERMINOLOGIA EMPLEADA.

«La interpretación del contrato en la Convención de Viena sobre compraventa internacional de mercaderías», por ANGEL M. LÓPEZ Y LÓPEZ, pág. 1207.

SUMARIO: I. INTRODUCCION.—II. ANTECEDENTES.—III. EL APARTADO PRIMERO: A) OBJETO DE LA INTERPRETACIÓN. B) «MATERIAL» HERMENÉUTICO. C) SENTIDO DE LA NORMA.—IV. EL APARTADO SEGUNDO: A) NORMA DE INTERPRETACIÓN OBJETIVA. B) EL *STANDARD* DE LA RAZONABILIDAD. *COMMON LAW* Y *CIVIL LAW*. DESCRIPCIÓN. RAZONABILIDAD Y BUENA FE OBJETIVA. C) IMPOSIBILIDAD DE RESOLVER DUDAS CON EL JUICIO DE RAZONABILIDAD D) LA RAZONABILIDAD COMO MECANISMO DE INTEGRACIÓN DEL CONTRATO. E) «PERSONA RAZONABLE DE LA MISMA CONDICIÓN» —V. REGLAS AUXILIARES PARA LA INTERPRETACION: A) LISTA NO EXHAUSTIVA. B) CARÁCTER SUBJETIVO U OBJETIVO, INTERPRETATIVO O INTEGRADOR DE LAS REGLAS. C) CONDICIONES DE APLICACIÓN DE LOS USOS. D) EL COMPORTAMIENTO ULTERIOR DE LAS PARTES FINALIDAD DE SU MENCIÓN.—VI. PANORAMA DEL DERECHO ESPAÑOL DE ORIGEN INTERNO.

REVISTA DE DERECHO URBANISTICO Y MEDIO AMBIENTE

Número 159 (Enero-Febrero 1998)

- «El control municipal de la ejecución de obras públicas y su posible suspensión», por LUIS M.^a BREMOND Y TRIANA, pág. 11. (Sin sumario.)
- «El aprovechamiento urbanístico susceptible de apropiación y su modificación», por FRANCISCO GARCÍA GÓMEZ DE MERCADO, pág. 41. (Sin sumario.)
- «Datos para la definición de la disciplina urbanística en el estado autonómico», por MANUEL J. SARMIENTO ACOSTA, pág. 55.

SUMARIO: I. INTRODUCCION.—II. EL MARCO JURIDICO GENERAL DE LA DISCIPLINA URBANISTICA: 1. CONSTITUCIÓN Y ESTATUTOS DE AUTONOMÍA. 2. EL RÉGIMEN ESTABLECIDO POR EL TRLS.—III. LAS TENDENCIAS DE LAS LEYES AUTONOMICAS.—IV. ALGUNAS SINGULARIDADES O APORTACIONES DE INTERES DE LAS LEYES AUTONOMICAS: 1. DETERMINACIONES PREVIAS. 2. OBRAS SIN O CONTRA LICENCIA. 3. EL ESTADO DE LA CUESTIÓN RESPECTO DE LAS OBRAS TERMINADAS. 4. OBRAS AMPARADAS EN LICENCIAS ILEGALES. 5. OBRAS Y LICENCIAS EN ZONAS VERDES Y ESPACIOS LIBRES Y EN SUELO NO URBANIZABLE O URBANIZABLE NO PROGRAMADO. 6. ALGUNOS DATOS SOBRE INFRACCIONES Y SANCIONES URBANÍSTICAS: a) *Infracciones*; b) *La prescripción*; c) *Las sanciones*. 7. EL COMPLEMENTO PENAL Y CIVIL.—V. LOS PROBLEMAS COMPETENCIALES DE LA DISCIPLINA URBANISTICA: 1. EN GENERAL 2. LAS SOLUCIONES QUE SE VAN IMPONIENDO.—VI. CONSIDERACIONES FINALES ADDENDA.

- «Los convenios urbanísticos en la jurisprudencia del Tribunal Supremo», por FERNANDO E. FONSECA FERRANDIS, pág. 87.

SUMARIO: I. INTRODUCCION.—II. LA NATURALEZA JURIDICA DE LOS CONVENIOS URBANISTICOS: 1. SU NATURALEZA CONTRACTUAL ADMINISTRATIVA. 2. CONSECUENCIAS DE LA POSICIÓN JURISPRUDENCIAL: A) *De orden sustantivo*. B) *De orden formal*. C) *De orden procesal*.—III. LA FINALIDAD DE LOS CONVENIOS URBANISTICOS.—IV. LA EFICACIA DE LOS CONVENIOS

URBANISTICOS: 1. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN. 2. EL PROCEDIMIENTO DE APROBACIÓN DEFINITIVA DE LOS PLANES DE URBANISMO: A) *El planeamiento urbanístico como competencia concurrente*. B) *El principio de eficacia*. 3. LA VINCULACIÓN DE LA POTESTAD DE APROBACIÓN DEFINITIVA POR CONVENIOS CELEBRADOS CON CARÁCTER PREVIO. 4. OTROS LÍMITES A LAS COMPETENCIAS AUTONÓMICAS: A) *El principio de autonomía municipal*. B) *El principio de participación ciudadana*.—V RESPONSABILIDAD DE LA ADMINISTRACIÓN: 1. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN. 2. EL CRITERIO DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS EN EL CONTEXTO URBANÍSTICO. 3. EL CRITERIO DE LA RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL.

«Una aproximación al problema de las garantías de los acreedores en los proyectos de financiación privada de infraestructuras», por ALBERTO RUIZ OJEDA, pág. 125.

SUMARIO: 1. INTRODUCCION.—2. LA PREFERENCIA CREDITICIA DE QUIENES APORTAN LA FINANCIACION Y SU RAZONABLE APLICACION EN EL AMBITO DE LAS INFRAESTRUCTURAS Y EQUIPAMIENTOS PUBLICOS.—3. EL PROBLEMA DEL CARACTER DEMANIAL DE LAS OBRAS FINANCIADAS: LA NECESIDAD DE UN EQUILIBRIO ENTRE EL INTERES PUBLICO EN PRESENCIA Y LOS DERECHOS DE LAS ENTIDADES FINANCIERAS PRIVADAS.—4. EL MANTENIMIENTO DE LA INTEGRIDAD PATRIMONIAL DE LA OBRA COMO LIMITE A LOS MECANISMOS DE EJECUCION FORZOSA EJERCITADOS POR LOS ACREEDORES PARA LA SATISFACCION DE SUS DERECHOS.—5. CONSIDERACIONES FINALES.

«La cuestión medioambiental, factor prioritario en la regulación de las obras y servicios públicos», por ALFONSO PÉREZ MORENO, pág. 141.

SUMARIO: INTRODUCCION: A) LA TRANSFORMACIÓN DEL ESTADO. B) EL AVANCE DE LA ECOLOGIA DE MERCADO. C) LAS TRANSFORMACIONES DE LOS CONFLICTOS AMBIENTALES.—I. LA PRIMACIA DE LA PROTECCION DEL MEDIO AMBIENTE EN LA ORDENACION DE LAS OBRAS PUBLICAS: 1. LA REPERCUSIÓN DE LA INCIDENCIA MEDIOAMBIENTAL DE LAS OBRAS PÚBLICAS EN LA DECISIÓN DE REALIZARLAS: A) *Las apreciaciones y determinaciones de la «escala de incertidumbre» sobre el impacto de las obras públicas*. B) *La reducción de la discrecionalidad mediante el establecimiento de procedimientos necesarios, reglas de fondo, participación y pleno control judicial*. C) *La primacía del Derecho comunitario y del principio «pro natura»*. 2. DESCOORDINACIÓN DE LAS REGULACIONES DE LAS OBRAS PÚBLICAS Y DE LA PROTECCIÓN DEL MEDIO AMBIENTE: A) *Descoordinación inicial de las regulaciones del urbanismo, del desarrollo económico y del medio ambiente*. B) *Descoordinación de las regulaciones de las obras públicas, la ordenación del territorio y la protección del medio ambiente*. C) *Las insuficiencias de la ordenación estatal de las obras públicas: a) La Ley de Contratos del Estado; b) La legislación básica y autonómica sobre la protección del medio ambiente*. 3. LA RECONSIDERACIÓN DE LAS OBRAS PÚBLICAS COMO MATERIA DE LEY GENERAL.—II. LOS INCENTIVOS EN LA REGULACION MEDIOAM-

BIENTAL, EN EL DERECHO AMBIENTAL EUROPEO Y EN LAS PROPUESTAS DE REFORMA EN ESPAÑA. 1. LA LENTA RECEPCIÓN EN EL DERECHO AMBIENTAL EUROPEO DE LAS ESTRATEGIAS DE MERCADO: A) *Consideraciones generales*. B) *Referencia a algunas políticas comunitarias en sectores prioritarios*. C) *La conveniencia de implantar el instrumento del Acuerdo normativo («Vereinbarung»)*. 2. PROPUESTAS DE REFORMA EN EL DERECHO ESPAÑOL.—CONCLUSION.

«La configuración jurídica del medio ambiente en el Derecho español», por JOSÉ PÉREZ MARTOS, pág. 169.

SUMARIO: 1. PLANTEAMIENTO.—2. EL MEDIO AMBIENTE EN LA LEGISLACION PRECONSTITUCIONAL.—3. EL MEDIO AMBIENTE EN LA CONSTITUCION. 3.1. EL MEDIO AMBIENTE COMO MATERIA OBJETO DE DISTRIBUCIÓN DE COMPETENCIAS. 3.2. EL MEDIO AMBIENTE EN EL ARTÍCULO 45 DE LA CONSTITUCIÓN: ¿DERECHO O PRINCIPIO RECTOR?: 3.2.1. *Posiciones doctrinales*: A) Posiciones que afirman que el medio ambiente es un principio rector B) Posiciones que afirman que el medio ambiente es un derecho subjetivo. 3.2.2. *La posición de la jurisprudencia*. 3.2.3. *Posición personal*.—4. EL MEDIO AMBIENTE EN LA LEGISLACION POSCONSTITUCIONAL 4.1. NORMAS DE CONTENIDO ÍNTEGRAMENTE AMBIENTAL. 4.2. NORMAS DE CONTENIDO PARCIAL SOBRE MEDIO AMBIENTE.—5. A MODO DE RECAPITULACION.

REVISTA JURIDICA DE CASTILLA-LA MANCHA Número 23 (Marzo 1998)

«Procedimientos judiciales de acogimiento y adopción: la exigencia de consentimientos y su modo de prestación en la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero», por ÁNGEL REBOLLEDO VALERA, pág. 11. (Sin sumario.)

«La legislación autonómica en materia de instituciones de protección de menores: tutela *ex lege*, guarda asistencial y acogimiento», por BEATRIZ ALONSO SÁNCHEZ, pág. 41.

SUMARIO. I. LAS COMPETENCIAS DE LAS COMUNIDADES AUTONOMAS EN MATERIA DE PROTECCION Y TUTELA DE MENORES.—II. LA TUTELA *EX LEGE* DE MENORES: 1. ENTIDAD PÚBLICA COMPETENTE EN MATERIA DE TUTELA Y PROTECCIÓN DE LOS MENORES. 2. SITUACIÓN DE DESAMPARO Y TUTELA DEL MENOR: a) *El concepto de «desamparo» en la legislación autonómica de protección de menores*; b) *Supuestos de situación de desamparo que integran la institución de la tutela administrativa*. c) *Procedimiento de declaración de desamparo y de asunción de la tutela automática*. 3. EJERCICIO DE LA TUTELA ADMINISTRATIVA: MEDIDAS DE PROTECCIÓN A ADOPTARSE.—III. LA GUARDA ASISTENCIAL: 1. CONSTITUCIÓN DE LA GUARDA ASISTENCIAL: CAUSAS Y PROCEDIMIENTO. 2. EJERCICIO DE LA GUARDA 3. CESE DE LA SITUACIÓN DE GUARDA ASISTENCIAL.—IV. EL ACOGIMIENTO DE MENORES: 1. SUPUESTOS CONSTITUTIVOS Y CRITERIOS DE ACTUACIÓN DEL ACOGIMIENTO. 2. CLASES DE ACOGIMIENTO. 3. EL ACOGIMIENTO FAMILIAR SIMPLE. 4. EL ACOGIMIENTO FAMILIAR PREADOPTIVO.

«De la Ley de 11 de noviembre de 1987 a la de 15 de enero de 1996: diez años de tutela *ex lege*, acogimiento y adopción en las sentencias de nuestras Audiencias Provinciales», por M^a DE LOS ANGELES ZURITA CARIÑANA, pág. 79

SUMARIO: I. INTRODUCCION: PRINCIPIOS RECTORES EN MATERIA DE TUTELA *EX LEGE*, ACOGIMIENTO Y ADOPCION.—II. LA TUTELA *EX LEGE*: 1. LA NECESIDAD DE DESAMPARO PREVIO. 2. LA TUTELA *EX LEGE* EN LOS FALLOS DE LAS AUDIENCIAS PROVINCIALES. 3. EFECTOS DE LA DECLARACIÓN DE DESAMPARO Y DE LA TUTELA *EX LEGE* SOBRE LA PATRIA POTESTAD. 4. PROBLEMÁTICA PROCESAL. 5. POSIBILIDAD DE ACCESO DE LA TUTELA *EX LEGE* AL REGISTRO CIVIL.—III. EL ACOGIMIENTO: 1. NATURALEZA JURÍDICA. 2. CLASES DE ACOGIMIENTO. 3. PROBLEMÁTICA PROCESAL.—IV. LA ADOPCION: 1. NOVEDADES MÁS RELEVANTES INTRODUCIDAS POR LA LEY DE 15 DE ENERO DE 1996. 2. CONSENTIMIENTO, ASENTIMIENTO Y MERA AUDIENCIA EN EL EXPEDIENTE DE ADOPCION. 3. LA INTERVENCIÓN DE LOS PADRES EN EL PROCEDIMIENTO DE ADOPCION: PROBLEMÁTICA: a) *El asentimiento de los padres no privados de la patria potestad*; b) *El trámite de audiencia de los padres incursos en causa de privación de la patria potestad*. 4. MODO DE APRECIAR QUE LOS PADRES ESTÁN INCURSOS EN CAUSA DE PRIVACIÓN DE LA PATRIA POTESTAD: POSICIÓN DE LAS AUDIENCIAS. 5. LA ADOPCION DEL HIJO DEL CONVIVIENTE *MORE UXORIO* CON EL ADOPTANTE.—BIBLIOGRAFIA.

«El acogimiento de menores», por FEDERICO RODRÍGUEZ MORATA, pág. 129.

SUMARIO: I. EL ACOGIMIENTO DE MENORES EN LA LEY ORGANICA 1/ 1996, DE 15 DE ENERO —II. EL ACOGIMIENTO RESIDENCIAL: 1. CONCEPTO Y CARACTERES. 2. CONSTITUCIÓN. 3. CONTENIDO Y EXTINCIÓN.—III. EL ACOGIMIENTO FAMILIAR 1. ANTECEDENTES. 2. CONCEPTO Y CARACTERES. 3. EL ACOGEDOR FAMILIAR 4. EL SUJETO ACOGIDO. 5. CLASES: a) *acogimiento familiar simple transitorio*; b) *acogimiento familiar preadoptivo*; c) *acogimiento familiar permanente*; d) *acogimiento familiar provisional*. 6. CONSTITUCIÓN: a) *convencional*; b) *judicial*. 7. EXTINCIÓN.

«La situación legal de desamparo», por NAZARETH PÉREZ CASTRO, pág. 153. (Sin sumario.)

«La competencia legislativa en materia de protección de menores», por JULIO I. IGLESIAS REDONDO, pág. 173.

SUMARIO: I. INTRODUCCION. II. LA INSTRUMENTACION NORMATIVA DEL REPARTO COMPETENCIAL ENTRE EL PODER ESTATAL Y LOS PODERES AUTONOMICOS EN MATERIA DE PROTECCION DE MENORES: A) EL ARTÍCULO 149.1.8. DE LA CE COMO TÍTULO DE ATRIBUCIÓN AL ESTADO Y DE LEGITIMACIÓN DE LA ASUNCIÓN POR PARTE DE TRES COMUNIDADES AUTÓNOMAS DE LA COMPETENCIA EXCLUSIVA PRINCIPAL SOBRE LA PARTE SUSTANTIVA DE LA MATERIA DE PROTECCIÓN DE MENORES: 1. *Competencias del Estado en materia de protección de menores. El concepto de legislación civil como parámetro competencial*. 2. *Competencias de las Comunidades Autónomas en materia de protección de menores en virtud de la conservación, modificación y desarrollo de sus respectivos Derechos civiles, forales o especiales* B) LOS ARTÍCULOS 148.1.20 DE LA CE Y PRIMER PÁRRAFO DEL 149.3 DE LA CE COMO TÍTULOS DE LEGITIMACIÓN

DE LA ASUNCIÓN DE UNA COMPETENCIA EXCLUSIVA RESIDUAL SOBRE LA PARTE SUSTANTIVA DE LA MATERIA DE PROTECCIÓN DE MENORES, POR PARTE DE TODAS LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS. C) LOS ARTÍCULOS 149.1.1, 2, 5 Y 17 DE LA CE COMO TÍTULOS DE ATRIBUCIÓN DE UNA COMPETENCIA EXCLUSIVA RESIDUAL SOBRE LA PARTE SUSTANTIVA DE LA MATERIA DE PROTECCIÓN DE MENORES AL ESTADO. D) EL ARTÍCULO 149.1.6 DE LA CE COMO TÍTULO DE ATRIBUCIÓN AL ESTADO Y DE LEGITIMACIÓN DE LA ASUNCIÓN POR PARTE DE TRES COMUNIDADES AUTÓNOMAS DE LA COMPETENCIA EXCLUSIVA SOBRE LA PARTE PROCESAL DE LA MATERIA DE PROTECCIÓN DE MENORES.—III. CONCLUSION: LA COMPETENCIA LEGISLATIVA EN MATERIA DE PROTECCIÓN DE MENORES.—IV. RECAPITULACION: AMBITO ESPACIAL DE LAS LEYES 21/1987, DE 11 DE NOVIEMBRE, Y ORGANICA 1/1996, DE 15 DE ENERO.

«La política de infancia y del menor en Castilla-La Mancha», por JOSÉ LUIS MARTÍNEZ GULJARRO, pág. 213. (Sin sumario.)

«Actuaciones de protección de menores en la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha (A propósito de la Ley Orgánica 1/96, de Protección Jurídica del Menor)», por FEDERICO DIEGO ESPUNY, pág. 227.

SUMARIO: I. INTRODUCCION.—II. EL NIÑO MALTRATADO Y EL ADOLESCENTE INFRACOR.—III. ACTUACIONES DE PROTECCION AL MENOR EN CASTILLA-LA MANCHA: 3.1. PROGRAMA DE INTERVENCIÓN FAMILIAR ANTE LA SITUACIÓN DE RIESGO: EVALUACIÓN Y ACTUACIONES. 3.2. PROGRAMA DE ACOGIMIENTO (FAMILIAR O RESIDENCIAL) ANTE LA SITUACIÓN DE DESAMPARO: EVALUACIÓN Y ACTUACIONES. 3.3. PROGRAMAS DE ADOPCIÓN. 3.4. PROGRAMAS DE JUSTICIA DE MENORES ANTE SITUACIONES DE CONFLICTO: EVALUACIÓN Y ACTUACIONES. 3.5. PROGRAMAS DE EMANCIPACIÓN.—IV. HACIA UN MODELO DE INTERVENCIÓN SOCIOEDUCATIVA: 4.1. PRINCIPIOS PARA UNA METODOLOGÍA. 4.2. ASPECTOS QUE CONFORMAN LA METODOLOGÍA.—V. CONCLUSION.—VI. BIBLIOGRAFIA.

«Jueces y fiscales en los procedimientos de protección de menores», por OLAYO E. GONZÁLEZ SOLER, pág. 253.

SUMARIO: I. INTRODUCCION.—II. EL JUEZ EN LOS PROCEDIMIENTOS DE PROTECCION DE MENORES: A) PROCEDIMIENTOS DE JURISDICCION VOLUNTARIA EN GENERAL. B) PROCEDIMIENTOS DE JURISDICCION VOLUNTARIA DE PROTECCION DE MENORES: 1. *Tutela automática*. 2. *Tutela ordinaria*. 3. *Acogimiento*. 4. *Adopción*. 5. *Otras medidas de protección*.—III. EL FISCAL EN LOS PROCEDIMIENTOS DE PROTECCION DE MENORES: A) AMBITO EXTRAJUDICIAL. B) AMBITO JURISDICCIONAL: 1. *Procedimientos de protección propiamente dichos*. 2. *Otros procedimientos*.—IV. EL JUEZ Y EL FISCAL EN LOS PROCEDIMIENTOS SOBRE RETORNO DE MENORES EN LOS SUPUESTOS DE SUSTRACCION INTERNACIONAL.

«Sobre la adopción internacional», por CARLOS ESPLUGUES MOTA, LL.M., MSc, pág. 281. (Sin sumario.)

«Interferencias entre la jurisdicción penal ordinaria y la especializada de menores», por JULIÁN PÉREZ-TEMPRANO JORDÁN y JOSÉ M.^a TORRES FERNÁNDEZ DE SEVILLA, pág. 309.

SUMARIO: 1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA.—2. AMPLITUD DEL PROBLEMA.—3. TRATAMIENTO DOCTRINAL DEL PROBLEMA.—4. PRONUNCIAMIENTOS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.—5. PRONUNCIAMIENTOS DEL TRIBUNAL SUPREMO.—6. RESUMEN Y CONCLUSIONES.

REVISTA JURIDICA DE CATALUÑA

Número 1 (1998)

«A propòsit de l'art. 2.2 de la Llei 10/1996, de 29 de juliol, d'aliments entre parents: la distinció entre "aliments institucionals" i "aliments autònoms" i les seves interferències», por ANNA CASANOVAS I MUSSONS, pág. 9.

SUMARIO: 1. INTRODUCCIO: PRESENTACIO I DELIMITACIO DE LA MATERIA OBJECTE D'ESTUDI.—2. ELS ALIMENTS LEGALS DE BASE FAMILIAR: CONSIDERACIONS GENERALS: 2.1. ELS ALIMENTS/NECESSITATS. LA DISTINCIÓ ENTRE ALIMENTS «CIVILS» I «NATURALS». 2.2 ELS ALIMENTS/RECURSOS: ELS DIVERSOS SISTEMES DE FINANÇAMENT.—3. LES RELACIONS ENTRE EL MODEL LEGAL «AUTONOM» DELS «ALIMENTS ENTRE PARENTS» I ELS «INSTITUCIONALS» DELS «DEURES D'ASSISTENCIA ENTRE CONJUGES I ENTRE PARES I FILLS».—4. LA RECONDUCCIO A LES CARREGUES DEL MATRIMONI DELS ALIMENTS ALS FILLS O ALS PARENTS D'UN DELS CONJUGES —5. LA RECLAMACIO D'ALIMENTS AL CONJUGE.

«Inoponibilidad de las donaciones en el Derecho civil catalán», por MAXIMINO I LINARES GIL, pág. 41

SUMARIO: 1. INTRODUCCION.—2. LA ESPECIAL PROTECCION DE LOS ACREEDORES EN EL DERECHO HISTORICO CATALAN: LA CONSTITUCIO PER TOLRE FRAUS: A) REFERENCIA AL DERECHO ROMANO. B) DERECHO INTERMEDIO. C) LA CONSTITUCIO *PER TOLRE FRAUS*.—3. EL ARTICULO 340 DE LA COMPILACION CATALANA DE 1960: SU CONSIDERACION USUAL COMO VERSION CATALANA DE LA ACCION PAULIANA.—4. PROPUESTA DE RECONSIDERACION DEL ARTICULO 340 CCAT: INOPONIBILIDAD A LOS ACREEDORES DE LA DONACION CATALANA: A) INTERPRETACION DEL ARTICULO 340.3 DEL CODIGO CIVIL. COMPARACION CON LA C. *PER TOLRE FRAUS*. B) EL ARTICULO 340.3 RECOGE UN SUPUESTO DE INOPONIBILIDAD. C) RELACION ENTRE LA INOPONIBILIDAD Y ACCION PAULIANA RESPECTO DE LA DONACION. D) RELACION ENTRE AMBAS INSTITUCIONES.—5. INOPONIBILIDAD DE LA DONACION EN EL PROCEDIMIENTO DE APREMIO: A) CONSECUENCIAS DE LA INOCUIDAD. B) EL EMBARGO DE LOS BIENES DONADOS: SU ANOTACION REGISTRAL.—6. RECHAZAR LA INOPONIBILIDAD TRAE CONSECUENCIAS JURIDICAS ODIOSAS: RELACION PARTICULAR CON EL ALZAMIENTO DE BIENES.—7. PROPUESTA FINAL.

«Las licencias municipales en el Reglamento de obras, actividades y servicios de las entidades locales», por VITELIO TENA PIAZUELO, pág. 83.

SUMARIO: INTRODUCCION.—NATURALEZA JURIDICA DE LA LICENCIA Y PROBLEMAS PARA LA ELABORACION DEL CONCEPTO.—PRINCIPIOS GENERALES DEL ROAS: PRINCIPIO DE LEGALIDAD Y FUNDAMENTACION CONSTITUCIONAL SUSTANTIVA DE LA ACTIVIDAD.—LA COMUNICACION PREVIA COMO ALTERNATIVA.—INCIDENCIA DEL ROAS SOBRE LAS LICENCIAS ESPECIALES O SECTORIALES.—LAS DENOMINADAS AUTORIZACIONES REGLAMENTADAS.—REGIMEN GENERAL DE LAS LICENCIAS: A) PROCEDIMIENTO DE SOLICITUD Y DE OTORGAMIENTO: a) *Iniciación*; b) *Instrucción*; c) *Terminación (en particular, las licencias presuntas)*. B) EFECTOS DEL OTORGAMIENTO. C) VICISITUDES DE LA LICENCIA: a) *Modificaciones en el ejercicio de la actividad autorizada*; b) *Incumplimiento de las condiciones impuestas en la licencia*; c) *Transmisión*, d) *Caducidad*; e) *Anulación o revocación*.

DERECHO Y REFORMA AGRARIA

Número 28 (1997)

- «Derecho agrario y ambiente», por RAMÓN VICENTE CASANOVA, pág. 11.
 «Mérida Forestal», por ANÍBAL LUNA LUGO, pág. 19.
 «Elementos para un análisis de la caficultura latinoamericana», por JEAN-CHRISTIAN TULET, pág. 27.
 «Los aspectos sociales y humanos en el Derecho agrario», por BARBARA KOZLUWSKA, pág. 45.
 «Visao Agro-social do Mercosul», por RAYMUNDO LARANJEIRA, pág. 57.
 «Algunos argumentos metodológicos para la comprensión del Derecho consuetudinario indio», por CARLOS DURAND ALCÁNTARA, pág. 85.
 «El proceso agrario para la adjudicación por herencia de la tierra y los bienes agropecuarios en Cuba», por ROLANDO PAVO ACOSTA, pág. 101.
 «Los Tribunales Unitarios Agrarios en el nuevo Derecho mexicano», por GUILLERMO GABINO VÁZQUEZ ALFARO, pág. 133.
 «El neoliberalismo y sus efectos frente al sector obrero-campesino. Caso Venezuela», por OSCAR DAVID SOTO, pág. 149.
 «Ramón Quijada, el agrarista», por ARMANDO GONZÁLEZ, pág. 167.
 «La reforma agraria en el asentamiento campesino "El Estanquillo", Municipio Sucre del Estado Mérida», por FLAVIO AECIO RIVERA C., pág. 179.

REVUE DE DROIT UNIFORME

Número 4 (1997)

- «Unification législative internationale récente en matière d'insolvabilité et de faillite», por ERNEST KRINGS, pág. 657.
 «Vers une Convention à vocation mondiale en matière de compétence juridictionnelle internationale et d'effets des jugements étrangers», por CATHERINE KESSEDJIAN, pág. 675.
 «Interpretation of Uniform Law Instruments According to Principles of International Law», por MARIANNE ROTH-RICHARD HAPP, pág. 700.

**REVISTA NOTARIAL DEL COLEGIO DE ESCRIBANOS
DE BUENOS AIRES
Número 926 (Enero-Abril 1997)**

- «La mediación como cultura», por MARÍA ROSA BENCHETRIT, MARÍA INÉS AJURIA GUERRA, SUSANA N. CORTELEZZI y SUSANA LUISA FERNÁNDEZ, pág. 21.
«La simulación, el distracto y, otra vez, las donaciones a extraños», por GASTÓN R. DI CASTELNUOVO, pág. 41.
«Menores y la intervención notarial (Segunda parte)», por COMISIÓN DE CONSULTAS-COMITÉ DE REDACCIÓN REVISTA NOTARIAL, pág. 51.
«A modo de comentario Acerca del distracto», por FERNANDO J. LÓPEZ DE ZAVALLA, pág. 73.

**REVISTA DEL NOTARIADO DE LA REPUBLICA
ARGENTINA
Número 849 (Abril-Septiembre 1997)**

- «Garantías y mecanismos financieros en el proceso de securitización», por HORACIO TEITELBAUM, pág. 19.
«Vigencia de la delegación notarial de la guarda», por PEDRO DI LELLA, pág. 37.
«Acerca de la necesidad de integrar la responsabilidad civil en el derecho de sociedades con la responsabilidad penal por delitos societarios», por ANA PIAGGI DE VANOSI, pág. 43.
«Nuevas tecnologías y registro de la propiedad inmueble», por LILIANA NOEMÍ DIEZ, pág. 51.
«Régimen de actuación y trámite en materia de automotores e implicancias registrales (cuarta parte)», por JORGE HUGO LASCALA, pág. 57.

Número 850 (Número aniversario)

- «Derecho real de superficie», por JORGE HORACIO ATERINI, pág. 9.
«Algunas disquisiciones sobre la forma jurídica», por JOSÉ CARLOS CARMINIO CASTAGNO, pág. 23.
«Función del notario en cuanto a la dación de fe de conocimiento. Responsabilidad que asume y sus límites razonables», por MIGUEL NORBERTO FALBO, pág. 49.
«La función notarial en el mundo del derecho comercial», por EDUARDO FAVIER DUBOIS (h.), pág. 73.
«El escribano como tercero neutral», por ELENA I. HIGHTON, pág. 87.
«Las profesiones jurídicas frente al Mercosur», por AÍDA KEMELMAJER DE CARLUCCI, pág. 103.
«Calificación registral de instrumentos judiciales», por LUIS MOISSET DE ESPANÉS, pág. 125.
«Los componentes públicos de la función notarial», por ANTONIO RODRÍGUEZ ADRADOS, pág. 147.

- «Ciencia del derecho y notariado latino», por JUAN BMS. VALLET DE GOYTISOLO, pág. 165.
 «Introducción a la Teoría General de la Apariencia Jurídica», por LEÓN HIRSCH, pág. 177.

BOLETIN MEXICANO DE DERECHO COMPARADO

Número 88 (Enero-Abril 1997)

- «Una visión comparativa del régimen de Seguridad Social», por SANTIAGO BARAJAS MONTES, pág. 13.
 «La evolución legislativa penal mexicana», por ALVARO BUNSTER, pág. 45.
 «Esbozo para un estudio comparado de las Constituciones centroamericanas», por JAIME F. CÁRDENAS GRACIA, pág. 61.
 «Derechos económicos, sociales y culturales: aportación de México», por LUIS T. DÍAZ MULLER, pág. 79.
 «El derecho constitucional en la integración económica y política de Iberoamérica. La experiencia europea», por JOSÉ JOAQUÍN FERNÁNDEZ ALLES, pág. 93.
 «El derecho en un período de transición entre dos épocas», por CARLOS FERNÁNDEZ SESSAREGO, pág. 111.
 «En torno a la "Ley Helms-Burton" de 1996», por ALONSO GÓMEZ-ROBLEDO VERDUZCO, pág. 129.
 «El Estado pluricultural de derecho: Los principios y los derechos indígenas constitucionales», por JORGE ALBERTO GONZÁLEZ GALVÁN, pág. 169.
 «Contenido normativo del convenio colectivo en España», por NURIA GONZÁLEZ MARTÍN, pág. 191.
 «Obligatoriedad de las resoluciones de la Organización de las Naciones Unidas en el derecho nacional A propósito del 50.º aniversario de la entrada en vigor de la Carta de San Francisco», por M.ª DEL PILAR HERNÁNDEZ, pág. 211.
 «El principio democrático como límite de la jurisdicción constitucional», por RUBÉN HERNÁNDEZ VALLE, pág. 221.
 «Las relaciones del derecho y los tribunales internos colombianos con el derecho y los tribunales internacionales», por CÉSAR MOYANO BONILLA, pág. 259.
 «Una "perspicaz" reforma del régimen de horizontalidad y una jurisprudencia que, felizmente, rectifica», por EDUARDO VÁZQUEZ BOTE, pág. 321.

Número 89 (Mayo-Agosto 1997)

- «La sentencia de conformidad en el procedimiento abreviado cubano», por JOSÉ CANDIA FERREYRA, pág. 415.
 «Los objetos de las leyes, los reenvíos legislativos y las derogaciones tácitas. notas de técnica legislativa», por MIGUEL CARBONELL, pág. 433.
 «El discurso de los derechos humanos, un discurso político», por OSCAR CORREAS y ANA MARÍA DEL GESSO CABRERA, pág. 447.
 «Personas jurídicas de derecho público en México», por JORGE FERNÁNDEZ RUIZ, pág. 465.

- «Visión tridimensional de la persona jurídica», por CARLOS FERNÁNDEZ SESSAREGO, pág. 501.
- «Derecho civil, *common law* y el Tratado de Libre Comercio de América del Norte», por H. PATRICK GLENN, pág. 511.
- «Una filosofía del derecho indígena: desde una historia presente de las mentalidades jurídicas», por JORGE ALBERTO GONZÁLEZ GALVÁN, pág. 523.
- «Modelos históricos y proyectos actuales en la formación de un futuro derecho europeo», por PAOLO GROSSI, pág. 539.
- «En torno a las normas sobre la producción jurídica», por RICARDO GUASTINI, pág. 547.
- «El trabajo de los niños. Realidad y legislación», por PATRICIA KURCZYN VILLALOBOS, pág. 559.
- «Principios para una nueva cultura en el viejo mundo del trabajo», por JOSÉ MANUEL LASTRA LASTRA, pág. 603.
- «El "velo islámico" y la neutralidad de la escuela pública en Francia», por DOMINIQUE LE TOURNEAU, pág. 623.
- «Síntesis de derecho procesal civil español», por JUAN MONTERO AROCA, pág. 633.
- «Aguas blancas, estudio de un caso de aplicación del segundo párrafo del artículo 97 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos», por MARTA MORINEAU, pág. 795.
- «La pobreza y los derechos sociales», por GABRIELA SÁNCHEZ LUNA, pág. 813.
- «El derecho constitucional de huelga y el Estado desertor», por HÉCTOR SANTOS AZUELA, pág. 829.
- «La muerte del legislador», por FERNANDO DE TRAZEGNIES GRANDA, pág. 849.

Número 90 (Septiembre-Diciembre 1997)

- «Hacia una nueva concepción de la suspensión provisional del acto administrativo en Colombia», por ANTONIO BARRERA CARBONELL, pág. 899.
- «Principios y reglas de la libertad sindical en Iberoamérica», por NÉSTOR DE BUEN, pág. 913.
- «Consideraciones en torno de la dogmática penal», por ALVARO BUNSTER, pág. 935.
- «Una reflexión y una propuesta de cara a la posible revisión del Estatuto normativo de la CNDH (El *ombudsman* mexicano)», por FRANCISCO JAVIER ACUÑA LLAMAS, pág. 951.
- «Tecnología y derecho a la intimidad. Nuevos desafíos jurídicos», por LUIS T. DÍAZ MULLER, pág. 989.
- «La concepción del derecho en las corrientes de la filosofía jurídica», por IMER BENJAMÍN FLORES MENDOZA, pág. 1001.
- «Los derechos humanos. Un enfoque regional», por FRANCISCO GONZÁLEZ DE COSSÍO y M. FRANCISCO GONZÁLEZ DE COSSÍO G., pág. 1037.
- «El protocolo de investigación jurídica», por JORGE ALBERTO GONZÁLEZ GALVÁN, pág. 1073.
- «El protocolo como instrumento de formalización del trabajo de investigación», por M^a DEL PILAR HERNÁNDEZ, pág. 1093.
- «Asistencia social pública y privada El trabajo voluntario», por PATRICIA KURCZYN VILLALOBOS, pág. 1119.

- «Cámaras y Confederaciones de Industria y Comercio», por ELVIA ARCELIA QUINTANA ADRIANO, pág. 1135.
- «Obligaciones fiscales», por GREGORIO RODRÍGUEZ MEJÍA, pág. 1185.
- «¿Derechos morales o derechos naturales? Un análisis conceptual desde la teoría jurídica de Ronald Dworkin», por JAVIER SALDAÑA, pág. 1207.
- «Población, desarrollo y su marco jurídico», por GABRIELA SÁNCHEZ LUNA, pág. 1227.
- «Autonomía colectiva y funciones actuales de la huelga», por HÉCTOR SANTOS AZUELA, pág. 1247.

