

REVISTA CRITICA  
DE  
DERECHO INMOBILIARIO

FUNDADA EN 1925

por

**D. Jerónimo González Martínez**

---

Año LXVIII ° Julio-Agosto 1992 ° Núm. 611

---



## CONSEJO DE REDACCION

### PRESIDENTE:

D. Luis Díez-Picazo y Ponce de León.

### CONSEJEROS:

D. José Poveda Díaz.  
D. Carlos M. Hernández Crespo.  
D. Juan Vallet de Goytisolo.  
D. Aurelio Menéndez Menéndez.  
D. Eugenio Fernández Cabaleiro.  
D. Manuel Amorós Guardiola.  
D. José Antonio Nortes Triviño.  
D. José María Chico Ortiz.  
D. Fernando Muñoz Cariñanos.  
D. José Manuel García García.  
D. Juan Manuel Rey Portolés.  
D. Antonio Pau Pedrón.  
D. Juan Pablo Ruano Borrella.  
D. José Luis Laso Martínez.  
D. Alfonso Barcala Trillo Figueroa.  
D. Joaquín Rams Albesa.  
D. Francisco Corral Dueñas.  
D. Juan Sarmiento Ramos.

### COMISIÓN EJECUTIVA:

D. José Poveda Díaz.  
D. Juan Pablo Ruano Borrella.  
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. B. N.. 84-500-5636-5

Depósito legal: M. 968-1958



# SUMARIO

Págs.

## ESTUDIOS

|                                                                                                                                                                                                                             |      |
|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|------|
| “Reflexiones sobre las relaciones de vecindad en Cataluña (Comentario a la Ley 13/1990, de 9 de julio, de la acción negatoria, inmi-<br>siones, servidumbres y relaciones de vecindad)”, por MARTÍN<br>GARRIDO MELERO ..... | 1551 |
| “El control de los administradores en la S.A. tras la reforma de<br>1989”, por MARIANO JAVIER GIMENO GÓMEZ-LAFUENTE .....                                                                                                   | 1619 |
| “Consideraciones sobre el derecho a la igualdad en general y en rela-<br>ción con los extranjeros”, por JOSÉ ANTONIO MIQUEL CALA-<br>TAYUD .....                                                                            | 1683 |
| “Sobre la naturaleza jurídica del <i>leasing</i> o arrendamiento financiero”,<br>por ANTONIO MANZANO SOLANO .....                                                                                                           | 1783 |

## DICTAMENES Y NOTAS

|                                                                                                                                                         |      |
|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|------|
| “La pretendida vinculación del uso o destino de los espacios privativos<br>en el régimen de propiedad horizontal”, por JACINTO GIL RO-<br>DRÍGUEZ ..... | 1817 |
| “Dictamen registral. Art. 355 R.H.”, por JULIO JESÚS FERNÁNDEZ<br>VARA .....                                                                            | 1849 |
| “IX Congreso Internacional de Derecho Registral”, por LA REDAC-<br>CIÓN .....                                                                           | 1873 |

## ACTUALIDAD JURIDICA

|                                                                  |      |
|------------------------------------------------------------------|------|
| Información legislativa y de actividades, por LA REDACCIÓN ..... | 1885 |
|------------------------------------------------------------------|------|

## JURISPRUDENCIA

|                                                                                                                        |      |
|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|------|
| I. Sentencias del Tribunal Constitucional, por FRANCISCO CO-<br>RRAL DUEÑAS .....                                      | 1897 |
| II. Resoluciones de la Dirección General, por ANGEL VALERO FER-<br>NÁNDEZ-REYES y FRANCISCO JAVIER GÓMEZ GÁLLIGO ..... | 1921 |

III. Sentencias del Tribunal Supremo:

I. Derecho Civil:

- b) Obligaciones y contratos, por JOSÉ QUESADA SEGURA . 1961
- c) Arrendamientos, por CATALINO RAMÍREZ RAMÍREZ ... 1968

**INFORMACION BIBLIOGRAFICA**

|                                                                                                                                                  |          |
|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----------|
| “Estudios sobre Derecho de los bienes”, de JOSÉ LUIS DE LOS MOZOS<br>DE LOS MOZOS, por FRANCISCO CORRAL DUEÑAS .....                             | 1979     |
| “El nuevo régimen fiscal de las cooperativas”, de JOSÉ M. <sup>a</sup> MONTOLÍO<br>HERNÁNDEZ y otros, por FRANCISCO CORRAL DUEÑAS .....          | 1981     |
| “Derechos y libertades en la Europa comunitaria”, de MANUEL<br>LÓPEZ-MEDEL Y BASCONES, por JOSÉ M. <sup>a</sup> CORRAL GIJÓN .....               | 1984     |
| “Compendio crítico de Derecho Mercantil”, de F. VICENT CHULIÀ,<br>por JUAN VIDAL PERELLÓ .....                                                   | 1986     |
| “Derecho Registral Inmobiliario (para iniciación y uso de universita-<br>rios)”, de ANTONIO MANZANO SOLANO, por FRANCISCO CORRAL<br>DUEÑAS ..... | 1990     |
| “El expediente de dominio (Legislación, estudio y jurisprudencia)”,<br>de FÉLIX RODRÍGUEZ LÓPEZ, por FRANCISCO CORRAL DUEÑAS .                   | 1992     |
| <br><b>REVISTA DE REVISTAS</b> , por LA REDACCIÓN .....                                                                                          | <br>1995 |

# ESTUDIOS



# Reflexiones sobre las relaciones de vecindad en Cataluña

(Comentario a la Ley 13/1990, de 9 de julio, de la acción negatoria, inmisiones, servidumbres y relaciones de vecindad)

**SUMARIO:** PARTE PRIMERA: DERECHO DE VECINDAD: a) Introducción; b) La vecindad. I.—LA VECINDAD COMO CONTIGÜIDAD Y COLINDANCIA DE LOS PREDIOS: a) Determinación de los límites de las propiedades contiguas; b) Intercomunicación utilitaria de los espacios limitados; c) Las limitaciones ontológicas al Derecho de propiedad derivadas de la contigüedad o vecindad. II.—LA VECINDAD COMO INTEGRACION EN UNA COMUNIDAD SOCIAL. III.—SOBRE LA CONFIGURACION DOGMATICA DE UN DERECHO DE PROPIEDAD: PRECISIONES TERMINOLOGICAS.—PARTE SEGUNDA: LA REGULACION DE LA MEDIANERA DE CARGA: a) Concepto; b) Caracteres de la medianería; c) Contribución de los gastos de construcción y mantenimiento de la medianera; d) Contenido de los derechos y obligaciones derivados de la medianera de carga; e) Presunciones legales favorables y contrarias a la existencia de medianera.—PARTE TERCERA. LA REGULACION DE LAS SERVIDUMBRES PREDIALES: a) Concepto; b) Naturaleza jurídica: acción confesoria; c) Adquisición de las servidumbres; d) Contenido del derecho de servidumbre; e) Extinción de las servidumbres; f) Clases de servidumbres según su forma de constitución; f') Las servidumbres forzosas. 1. Servidumbre de paso y 2. Servidumbre de redes aéreas y de conducciones superficiales y subterráneas; f') Servidumbre voluntaria de luces y vistas.—PARTE CUARTA: LA REGULACION DE LAS INMISIONES Y ACCION NEGATORIA: a) Caracteres de la acción negatoria de la nueva ley catalana; b) Concepto de la acción negatoria; c) Clases de inmisiones; a') Atendiendo al diferente grado de resarcimiento. 1. Según que intervenga o no dolo o culpa de parte del perturbador. 2. Según que sean o no dirigidas especialmente al fundo vecino. 3. Según que sean inocuas o sustanciales. 4. Según que provengan o no de instalaciones autorizadas administrativamente y 5. Según que sean consecuencia o no del uso normal del predio perturbador y afecten exageradamente o no al producto del predio o al uso normal del predio perturbado; b') Atendiendo a las características,

contenido y finalidad de la inmisión o perturbación: 1. Según que afecten directamente a las fincas o a las personas. 2. Según que puedan suponer el ejercicio de un derecho de servidumbre o no y 3. Según que su círculo de influencia sea concreto o generalizado.—PARTE QUINTA: LAS LIMITACIONES AL DERECHO DE PROPIEDAD DERIVADAS DE LA CONTIGÜIDAD DE LOS PREDIOS: LAS RELACIONES DE VECINDAD: a) Naturaleza jurídica: El problema de la prescripción de las limitaciones derivadas de las relaciones de vecindad; b) Supuestos: 1. Derivadas del mismo hecho de los límites entre los predios. 2. Por razón de luces y vistas. 3. De las distancias para ciertas construcciones. 4. De las distancias para plantaciones, y 5. De las aguas que bajan de un predio a otro.

## PARTE I: DERECHO DE VECINDAD

### A) INTRODUCCION

La Ley 13/1990, de 9 de julio, publicada en el *BOE* el día 1 de agosto de 1990 se enmarca en la progresiva y deseable reforma del Derecho civil catalán, desgraciadamente anquilosado en los preceptos de la Ley 40/1960, de 21 de julio, sobre Compilación del Derecho Civil Especial de Cataluña. Aunque resulta novedosa en diversas cuestiones lo cierto es que algunos de sus artículos tienen sus antecedentes en las soluciones aportadas por el Derecho Romano, en las Constitucions y Ordinacions de Sanctacilia (1), recopiladas en el siglo XIV por un práctico conocido con el nombre de Sancta Cilia y posteriormente incluidas en el Libro IV, Título II, capítulo 1.º del volumen 2.º de las Constitucions y altres drets de Catalunya; y, también, fundamentalmente en materia de servidumbres, en el Código Civil español, y de inmisiones en el Código Civil alemán.

A diferencia de los artículos de la Compilación, ahora derogados (artículos 343 y los artículos 283 y siguientes hasta el 295), que no obedecían a una sistemática, y que debían entenderse en el sentido de los compiladores del derecho foral; la ley catalana actual en la materia comentada si pretende conformar un cuerpo único y cerrado, cuya integración se hará

---

(1) Para un análisis histórico ver entre otros JOSÉ PELLA y FORGAS, *Tratado de las relaciones y servidumbres entre las fincas. Examen especial de las Ordinaciones llamadas de Sanctacilia*, Barcelona, 1901. Este mismo autor, en *ob. cit.*, págs. 192 a 196, nos hace un breve estudio histórico de las Ordinaciones, señalándonos cómo todos los tratadistas admiten que las Costumbres de Barcelona sobre servidumbres rigen en todo el Principado, excepto en Tortosa, habiendo influido en Mallorca, donde han regido como formando parte de los privilegios y franquicias admitidas desde antiguo y que respetó Felipe V, llegando a por el "espíritu esencialmente práctico de sus disposiciones, gracias a la fama que gozan entre los constructores, informar algunos artículos del Código Civil español".

tomando en consideración las leyes, las costumbres, la jurisprudencia y la doctrina que constituye la tradición jurídica catalana, de acuerdo con los principios generales que inspiran el ordenamiento jurídico catalán y *sólo de forma supletoria los preceptos del Código Civil*.

La ley dedica cuatro capítulos (de la acción negatoria y las inmisiones, servidumbres, medianera de carga y relaciones de vecindad) y tres disposiciones (una derogatoria de los artículos de la Compilación relativos a la materia; y dos transitorias, relativas a las paredes de carga que son medianeras y a las plantaciones).

## B) LA VECINDAD

Los seres humanos vivimos en sociedad, en comunidad, estamos en contacto unos con los otros en términos jurídicos. Es indudable que la relación jurídica de una persona con otra, aunque tiene que desarrollarse en uno o varios espacios, no tiene su razón de ser en la existencia de dicho espacio, sólo lo utiliza como dimensión y como elemento relevante en la aplicación de un ordenamiento jurídico (un comerciante inglés y un comerciante español se relacionan “desde dentro” de sus espacios territoriales y en un espacio internacional, pero su relación no viene determinada por dicho espacio, aunque si regida por las normas de uno o de otro o de un tercero, inclusive).

### I. LA VECINDAD COMO CONTIGÜIDAD Y COLINDANCIA DE LOS PREDIOS

Las personas en sociedad, acotamos el espacio y ejercemos un señorío sobre dicho espacio. Todo ello plantea una serie de problemas que podemos resumir en:

#### a) *Determinación de los límites de las propiedades contiguas*

“El límite” entre dos fincas no es una cosa corpórea, sino abstracta: el límite carece de espacio por la misma razón de que es la propia definición del espacio. Así pues, un espectador, ajeno a los colindantes, a la vista de una pared de cerramiento o de carga, puede deducir que hay un límite de propiedades, pero no puede saber si dicha pared es de uno de los vecinos o es compartida por los colindantes, si se encuentra en terreno de uno o de dos, o si se encuentra más en el terreno de uno que en el del otro. Y muchas veces, ni siquiera los propios vecinos lo saben ciertamente, al

haber sucedido (*mortis causa* o *inter vivos*) a otros, que puede que no fueran los edificadores de la pared. El espacio de un fundo (entendido como el objeto del señorío del *dominus*) se convierte algo no estático, sino “relativo”, o probabilístico, que va variando en función del tiempo, de la misma forma que el tiempo varía en función del espacio. Por otra parte, la fe pública registral sólo se extiende a la protección del titular registral, pero no da seguridad acerca de los límites o extensión de las fincas. El Derecho intenta, no obstante, dar seguridad a la posible inseguridad proveniente de estos “espacios relativos”, a través de diversas fórmulas:

1. Concediendo la *actio finium regundorum* romana del artículo 384 del Código Civil a los propietarios colindantes para que puedan establecer los límites de sus propiedades (2). Así MARTÍN WOLF (3) nos indica “el deslinde es una transformación de la propiedad posible en propiedad efectiva que se basa en la probabilidad o en la equidad. Este derecho de deslinde y el consiguiente derecho de amojonamiento se basa, como dice algún autor, más que en el derecho de propiedad en ‘le droit du particulier à s’affirmer chez lui’” (4).

2. La tolerancia de las construcciones extralimitadas cuando se den ciertas condiciones, y a través de diversas fórmulas, que derogan en parte el principio básico romano de *superficies solo cedit*, dando lugar a toda la problemática de la accesión invertida (5).

---

(2) Señala HERNÁNDEZ GIL, “Las relaciones de...”, *ob. cit.*, págs. 151 a 165, que el deslinde es una institución jurídica del derecho de vecindad: por una parte, porque no puede hacerse sino con el consentimiento de los colindantes; y por otra, porque se sustenta en la colindancia de los predios y es esta una de las fuentes generadoras del derecho de vecindad. Nos dice este autor que los hitos o mojones son la clase de signos que, por su conexión con la realidad se consideran señales designativas de la colindancia. Y por último, señala HERNÁNDEZ GIL, *ob. cit.*, pág. 163, que el derecho de cerrar las fincas rústicas consiste en separar y apartar por medio de algo tangible y continuado una finca de otra.

(3) MARTÍN WOLF, *ob. cit.*, pág. 379.

(4) ALEX WEILL, citando a J. P. GRIDEL, *ob. cit.*, pág. 241.

(5) Se ha señalado por la doctrina clásica alemana que las construcciones que invaden la finca vecina serían verdaderas limitaciones de dominio. En determinados casos y siempre que se den varios requisitos (traspaso de límites por el propietario del fundo vecino, sin dolo o negligencia, y sin protesta a tiempo del otro vecino), éste ha de *tolerar* la construcción extralimitada. “El deber de tolerancia entra desde entonces en el ‘contenido de la propiedad’ de la finca invadida. Correlativamente se amplía el contenido normal de la propiedad de la finca invasora”, dice MARTÍN WOLF, *ob. cit.*, pág. 366. Una consecuencia importante de esta concepción es que el deber de soportar la construcción extralimitada se extingue con la demolición de ésta y el que la construyó no tiene derecho a reedificarla, no adquiriendo la propiedad del suelo; lo que no ocurre en nuestro Derecho (Sentencias clásicas de 30 de junio de 1923, 16 de mayo de 1959, 17 de junio de 1961).



3. Permitiendo o imponiendo el cerramiento de los espacios para evitar la confusión de los límites entre las fincas, y estableciendo unas presunciones favorables o contrarias a la “medianería”, a la comunidad.

4. Regulando a través de diversas instituciones el régimen jurídico del elemento corpóreo que representa el elemento abstracto del “límite”, bien sea de un propietario o de otro, o de las dos partes iguales o a partes desiguales, o en mancomunidad.

*b) Intercomunicación utilitaria de los espacios limitados*

Pero la definición de los “límites” de las propiedades no conlleva que los espacios definidos se conviertan en independientes. Necesitan la “utilidad”, no necesariamente en términos económicos, del espacio vecino que no tiene porque ser siempre el colindante: a veces, para pasar a través de él; a veces, para trasladar las aguas por el mismo o para verterlas; y en ocasiones, para actividades inmateriales, como ver o recibir luces por dicho espacio. Esta interconexión o intercomunicación de los espacios definidos no puede ser desconocida por el Derecho y, efectivamente, no lo ha sido: el Derecho romano creó y reguló las servidumbres para que un predio pudiera aprovecharse de las “utilidades” parciales del colindante o de los vecinos en general.

En ocasiones, el convenio entre los particulares no es posible, y el Derecho tiene que definir que necesidades de un predio son básicas para el mismo y tienen que ser facilitadas por los vecinos, quieran o no, imponiendo las llamadas servidumbres forzosas de utilidad privada. Al mismo tiempo, el Derecho crea los sistemas de protección frente a estas exigencias del vecino (acción negatoria clásica) o frente a los desconocimientos de estos derechos (acción confesoria).

*c) Las limitaciones ontológicas al Derecho de propiedad derivadas a la contigüidad o vecindad*

La definición de los “límites”, como hemos dicho, no convierte a los espacios definidos en independientes en términos de “utilidad”, ni al dueño de los mismos extraño a las propiedades vecinas. Su derecho de propiedad se encuentra limitado ontológicamente por el derecho de propiedad de los otros dueños; aparece pues frente al límite físico el límite jurídico, frente al espacio limitado, pero interconectado con los otros, el dominio limitado por la vecindad de los otros. Y este límite demanial no puede ser otro que

la concreción del no dañar al otro (6). En este punto el Derecho actúa en doble sentido:

1. Presumiendo *iure et de iure* que determinadas conductas realizadas en el predio de una persona pueden dañar al colindante y, por tanto, prohibiéndolas. Todo ello sin perjuicio de que los colindantes puedan llegar a otros acuerdos, ignorándolas o variándolas (no pueden plantar árboles en una finca a una determinada distancia de la contigua, salvo que los interesados establezcan lo contrario).

2. Protegiendo a los fundos y a las personas de los mismos de las conductas de los vecinos, no necesariamente de los colindantes, que pueden resultar perturbadoras o perjudiciales, aún cuando aisladamente consideradas no representen más que el ejercicio del derecho de propiedad de dicho vecino y, por tanto, limitándole. Esta protección se efectúa especialmente por razones de vecindad y tiene su razón de ser ella, pero no debe impedir otro tipo de responsabilidades extracontractuales (y a veces, contractuales).

## II. LA VECINDAD COMO INTEGRACIÓN EN UNA COMUNIDAD SOCIAL

A las personas se les ha permitido el acotamiento de sus espacios y en cierto modo que puedan establecer sus reglas para relacionarse con sus vecinos; pero no por ello dejan de vivir en comunidad con los otros. En este sentido, podemos decir que toda persona es vecina de otra, miembro de la misma comunidad. Ahora bien, estamos ante dos situaciones muy diferentes que no pueden ni deben confundirse.

En las sociedades agrarias y de pequeñas interrelaciones sociales surgieron las normas reguladoras de la vecindad en el primero de los sentidos expresados, aunque no ignoraron las segundas. Las sociedades industriales y postmodernas han generado numerosas restricciones a la propiedad en aras de su función social, pero no han olvidado aquellas primeras normas

---

(6) HERNÁNDEZ GIL, en "Las relaciones de...", *ob. cit.*, pág. 89. Distingue este autor, en *ob. cit.*, págs. 96 y 97, entre límites, que serían los que conforman normalmente la propiedad; limitaciones, que concurren como los límites a determinar el contenido del derecho de propiedad, si bien no con carácter general, sino ante determinadas situaciones en las que interviene directamente el ordenamiento jurídico para prevenir y resolver conflictos de intereses, bien con el fin de subordinar el interés privado al público o bien con el fin de conciliar los intereses privados; y los derechos reales limitados, que reducirían el contenido del derecho de propiedad sobre el que recaen. Las relaciones de vecindad son limitaciones legales de la propiedad. La clasificación señalada es admitida por la doctrina (así LACRUZ BERDEJO, ALONSO PÉREZ).

surgidas en otro tipo de sociedad, pero que pueden ser perfectamente utilizadas en la nuestra. Prueba de ello es la nueva normativa catalana, modelo de que lo antiguo no está reñido con lo moderno, de que las soluciones de una sociedad de la Baja Edad Media son perfectamente aplicables a una Cataluña de finales del siglo XX. Su lectura nos permite encontrarnos con la problemática clásica de hace dos mil años y a la vez enfrentarnos con las nuevas tecnologías y los avances de la Edad Contemporánea.

Esta distinción entre la vecindad entendida en el sentido vulgar, pero exacto de problemas surgidos de la colindancia y contigüedad de las propiedades y la vecindad como integración en una comunidad social no siempre han sido perfectamente distinguidas por la doctrina, quizá influida por la legislación vigente. En efecto, el legislador de Código Civil configuró dentro de las servidumbres las llamadas de utilidad pública (la llamada servidumbre de interés general de la navegación, la flotación, la pesca y el salvamento y del camino de sirga del artículo 553; la de saca de agua y de abrevadero de los artículos 555 y 556; o bien, la servidumbre de paso para ganado y las de abrevadero, descansadero y majada del artículo 570), contraponiéndolas a las de utilidad privada (que como ha indicado la doctrina y veremos más adelante comprenden servidumbres propiamente dichas y limitaciones del dominio). La doctrina moderna habla de “servidumbres administrativas”, o de “limitaciones de la propiedad por su función social”, para crear una categoría de las antiguas servidumbres de utilidad pública. Pero a pesar de la utilización de una figura jurídica clásica para configurarlas nos encontramos ante otra problemática muy diferente a los problemas derivados de la vecindad, que conllevará la aplicación de un Derecho distinto (Derecho privado y Tribunales comunes, unas; Derecho Administrativo, y Tribunales contencioso-administrativos, otras).

Es cierto que existe una norma de “policía de vecindad”: El “pub” se rige por una normativa administrativa en cuanto a sonidos y horas de apertura y cierre; no se puede edificar sino hasta una altura determinada; o no se pueden vertir las aguas residuales sino en determinadas condiciones marcadas por la correspondiente licencia; o no se pueden plantar andamios en la calzada sino con determinados requisitos fijados por la Administración municipal; o hay que respetar unas distancias cerca de las carreteras o de las autopistas para la edificación o construcción; se fijan la extensión de los huecos y de las aperturas; se reglamenta la responsabilidad de las centrales térmicas o nucleares por la emanación de fluidos y humos, y se les exigen determinadas limitaciones o restricciones a su derecho de propiedad. Todas estas normas públicas de “policía de vecindad” nos recuerdan (y como hemos dicho muchas veces se utiliza la misma técnica jurídica) a

las normas de vecindad "privada"; pero entiendo que el bien protegido en las primeras es la comunidad en general, si bien se aplican concretamente a un sector de dicha comunidad; mientras que las segundas protegen intereses privados. Puede haber concurrencia, pero no debe haber confusión. La nueva ley catalana nos da una imagen de ello al señalar que puede haber inmisiones que provengan de instalaciones administrativamente autorizadas y que, sin embargo, puedan ser objeto de indemnización (artículo 3.5).

### III. SOBRE LA CONFIGURACIÓN DOGMÁTICA DE UN DERECHO DE VECINDAD. PRECISIONES TERMINOLÓGICAS

No dudamos que puede configurarse un derecho de vecindad omnicomprensivo de toda la problemática descrita en los dos apartados anteriores, y desde luego la persona que quiera saber qué es lo que puede hacer y no en su propiedad tiene que acudir al Ayuntamiento y al Notario (permítaseme esta contraposición a efectos puramente dialécticos, pero quizá muy vividos en la calle). Mas entiendo que debemos circunscribir este derecho de vecindad al primero de los aspectos que hemos tratado, es decir, como regulador de los conflictos de intereses privados que pueden surgir como consecuencia de la delimitación, colindancia y contigüidad de los predios (7). La ley catalana que comentamos se dirige a esta última cuestión (8) (8 bis).

---

(7) ALEX WEILL, *ob. cit.*, pág. 228 y siguientes nos señala como por una parte tenemos la propiedad individual y las relaciones de vecindad (*rappports de voisinage*), donde el derecho ha aplicado dos técnicas jurídicas para la armonización de los intereses de los propietarios vecinos: una procedente del derecho de bienes y otra derivada de la responsabilidad civil. En cambio, las técnicas para restringir el derecho de propiedad individual en función del interés colectivo se han obtenido del derecho privado, pero ello no supone que siempre sea así (por ejemplo, las nacionalizaciones o las expropiaciones). Y señala como "*Dès cette époque, il est donc clair qu'il existe des restrictions au droit de propriété individuelle; et il est non moins clair que ces restrictions ne sont pas dues seulement à la nécessité d'aménager de manière harmonieuse, les relations de voisinage. Des considérations de plus grande ampleur expliquent déjà l'existence de restrictions plus ou moins profondes, par exemple en matière maritime ou forestière*" (pág. 278). MARTI BAGUE, *ob. cit.*, hace una configuración cuatripartita al exponer la materia de las servidumbres y limitaciones generales a la propiedad inmobiliaria, servidumbres públicas administrativas; servidumbres legales de interés privado; intervencionismo de la Administración pública en favor de un interés público e intervencionismo de la Administración privada en interés privado (limitaciones de la propiedad).

(8) Precisamente los elaboradores del anteproyecto de ley barajaron varios títulos de la ley. Uno primero, sería "Llei núm.../1988, primera, segona y tercera u de... de... sobre propietat immobiliària", que sugerirían, como dice ISAC AGUILAR, *ob. cit.*, pág. 313, una idea rectora, una política institucional a largo término, manifestando la voluntad de establecer un código inmobiliario en Cataluña sobre los derechos reales.

(8 bis) Así PUIG FERRIOL y ROCA TRIAS, *Institucions*, pág. 234, hablan de que los

Así pues, la expresión “derecho de vecindad” es ambivalente y puede entenderse en un sentido amplio o bien estricto. También lo es la expresión “relaciones de vecindad”, referida en algunos casos a las relaciones que pueden originar este derecho de vecindad y otras, como en la ley catalana, en un sentido de limitaciones derivadas de la contigüidad o proximidad de las fincas.

La doctrina nos ha dado diferentes definiciones del derecho de vecindad, en uno u otro de los sentidos expresados. Así, ANTONIO HERNÁNDEZ GIL (9) señala que “la expresión relaciones de vecindad es un enunciado teórico utilizado para catalogar y explicar ciertas situaciones y efectos que tienen por base la contigüidad o la proximidad en que pueden encontrarse determinados bienes inmuebles, lo que da lugar, como consecuencia, a limitaciones concernientes al contenido y al ejercicio del derecho de propiedad. El concepto, tanto en su dimensión lingüística como jurídica, es ajeno a la terminología, al contenido y al sistema del Código Civil que, sin embargo, configura y dota de regulación a supuestos de hecho principalmente al ocuparse de la propiedad, de las servidumbres legales y de la responsabilidad civil extracontractual, que son perfectamente reconducibles a esta categoría dogmática que, como tal, desconoce”. Y define el derecho de vecindad como el “conjunto de normas que regulan los derechos de exclusión y los deberes de tolerancia que se imponen a los propietarios de los fundos vecinos”.

Señala también HERNÁNDEZ GIL que la proximidad da lugar a las relaciones de vecindad, que pueden entenderse con una significación real, donde la colindancia tiene un significado riguroso, a la vez físico y jurídico, pues hace referencia al efectivo contacto entre fincas distintas; o con un significado obligacional, donde falta una relación previamente establecida como tal y falta también el derecho a declararla constituida y donde la proximidad no se manifiesta como una relación jurídica con presencia en el contenido de la propiedad. En estos casos, la relación de vecindad se desdibuja o desaparece: no hay una relación entre fincas limitativas de los correspondientes derechos de propiedad.

---

límites del derecho de propiedad establecido en interés privado se llaman también relaciones de vecindad.

(9) HERNÁNDEZ GIL, en “Las relaciones de...”, *ob. cit.*, pág. 89.

## PARTE II: LA REGULACION DE LA MEDIANERA DE CARGA

No es ocasión en este trabajo entrar en la naturaleza jurídica de la llamada por el texto común "servidumbre de medianería", pero sí indicar que la totalidad de la doctrina siempre ha estado de acuerdo en que no nos encontramos técnicamente ante una servidumbre (10).

El nuevo texto catalán (11), como hemos indicado anteriormente, separa de la regulación de la servidumbre las situaciones de paredes medianeras, distinguiendo dos situaciones diferentes: por una parte, la pared medianera de carga, que es la que sirve o va a servir de elemento sustentador de una edificación o de una construcción que efectuada en el interior de una finca tiene dicha pared sustentadora en el "límite" con otra y otras fincas (dicha pared tendrá, en principio, "el grueso correspondiente, la mitad en el terreno propio y la otra mitad en el del vecino o vecinos

---

(10) La doctrina ha considerado que nos encontramos ante una propiedad exclusiva de cada mitad de la pared medianera, ostentada por cada uno de los propietarios del suelo donde la pared se alza, existiendo una reciprocidad de restricciones en dichas propiedades, cada una en interés de la otra, y dándose una comunidad de utilización (así PARA MARTÍN, *ob. cit.*, págs. 135 a 137, que tiene en cuenta a ALBADALEJO y PUIG FERRIOL y ROCA TRÍAS). Ya WOLF, *ob. cit.*, pág. 381, con base en la doctrina alemana, había indicado que si la instalación medianera se encuentra en la misma línea divisoria, se aplica el principio de "superficies solo cedit", y cada vecino es propietario exclusivo de la parte que se halle en su terreno, pero ambos vecinos tienen un derecho común de uso sobre toda la instalación. Otros más concretamente hablan de que la medianería no es una servidumbre legal, sino una comunidad especial que tiene una regulación propia, apartada en numerosos puntos de la comunidad de bienes, aunque a ésta debe acudir para completarla en lo que consienta su peculiar objeto (así Díez PICAZO y GULLÓN, "Sistema...", *ob. cit.*, págs. 400 y 401). También JUAN ROCA, *ob. cit.*, pág. 173, dice, considerando que es la doctrina mayoritaria, que nos encontramos ante una institución singular, forma especial de la propiedad basada en las relaciones de vecindad y que supone una comunidad de intereses en su utilización. BORRELL y SOLER, *ob. cit.*, pág. 175, nos indican como los propietarios de fincas vecinas pueden construir paredes juntas, pero cada cual en su terreno, que atribuyen a cada propietario el dominio absoluto de la pared que está construida en su terreno; paredes comunes, que producen un verdadero condominio, sujeto a las reglas de la institución; y paredes medianeras, que constituyen una comunidad especial que los golosadores expresan en la palabra "comunidad pro divisi", y que viene a ser una servidumbre legal recíproca. PUIG FERRIOL y ROCA TRÍAS, *Instituciones*, pág. 245, hablan de que la medianera de carga es una manifestación de las relaciones de vecindad, centrada en el supuesto de una comunidad de utilización de la pared medianera.

(11) La doctrina catalana anterior a la Compilación distingue al tratar de las paredes entre predios vecinos dos situaciones. Por una parte, la comunidad *pro diviso*, que originaba la situación de las paredes medianeras, en las que cada uno de los propietarios podía aprovecharse de las mismas, aunque sólo hasta la mitad de su espesor; y por otra parte, las comunidades *pro indiviso*, en las que los propietarios se comportaban como en una comunidad de bienes normal, pudiendo cargar sobre la misma en todo su espesor, y rigiéndose según las normas de la comunidad (así PUIG FERRIOL y ENCARNACIÓN ROCA TRÍAS, comentado a PELLA, *ob. cit.*, pág. 100). Así también BORRELL y SOLER, *ob. cit.*, en nota anterior.

interesados", según indica el artículo 29.2 *in fine*); y por otra, la pared de cerramiento de patios, huertos, jardines y solares hasta una altura mínima de dos metros, que es la que sirve o va a servir de elemento separador de fincas y que debe entenderse que se realiza, al igual que la anterior, en el "límite" (de ahí que el artículo 34.2 entienda que "el suelo de la pared divisoria será medianero", con lo que implícitamente se está remitiendo a lo dispuesto en el artículo 29.2 *in fine*).

La Ley 13/1990, de 9 de julio, a diferencia del Código Civil y de la legislación foral (12) anterior (13), separa radicalmente las situaciones y las relaciones jurídicas generadas por la existencia de los "límites" entre las propiedades y la necesidad de delimitarlas y aprovecharlos económicamente. La pared medianera de carga queda regulada en el capítulo III de la ley, mientras que las paredes de cerramiento de patios, huertos, jardines y solares, lo son en el capítulo IV, dentro de las relaciones de vecindad de los predios. La medianera de carga se configura con un origen voluntario ("los propietarios confrontados podrán acordar establecer la medianería"), que dará lugar a una situación de comunidad *sui generis*; mientras que el cerramiento de patios, huertos, jardines y solares se configura con un eminente carácter forzoso, derivado de las exigencias del derecho de propiedad y de los límites ontológicos del mismo ("la medianería será forzosa", dice el artículo 34.1), aunque también se llegará a una situación de comunidad *sui generis*, en la que podrán aplicarse alguna de las normas del capítulo III, relativo a la medianera de carga. No obstante, puede convenirse también el régimen jurídico de las paredes de cerramiento entre los propietarios de las fincas colindantes.

---

(12) Señalan PUIG FERRIOL y ENCARN Roca TRÍAS, *ob. cit.*, págs. 101 y 102, cómo el carácter forzoso de la medianería no era muy claro antes de la Compilación. Las *Ordinacions* imponían la medianería con respecto a ciertas paredes, como en las paredes de cierre de terrados de igual altura, huertas o jardines (0: 12, 22, 23, 43, 45): se podía obligar al vecino a tener que dejar la mitad del terreno para la edificación de la pared. También cuando alguien quería edificar en su terreno y encontraba levantada en el límite la pared del vecino, podía constituirse una medianería con carácter forzoso. Pero fuera de estos casos no era forzosa. No obstante, PELLA y FORGAS, *ob. cit.*, págs. 227 y 228, manifiestan que el derecho catalán supone una excepción radical y profunda sobre el derecho romano, que tiene sus orígenes en el derecho consuetudinario de la Edad Media (excepto Castilla, que en su Fuero Real, sólo admitía el carácter forzoso en las paredes de cierre de heredades), como en las costumbres de París, Orleans, Roma, Urbino, o la costumbre catalana de Perpiñán. Todo ello prueba, dice PELLA y FORGAS, una corriente poderosa del derecho consuetudinario que se impuso y borró el derecho clásico, sin duda, impulsada por la necesidad de reducirse las ciudades a causa de las fortificaciones.

(13) Las *Ordinacions* recogen una norma de derecho consuetudinario muy antigua y de carácter general y permitieron la constitución obligatoria de la medianería entre edificios colindantes, y todo ello sin perjuicio del carácter voluntario o contractual que también puede tener.

A pesar de esta radical separación entre la medianera de carga y las paredes de cerramiento de patios, huertos, jardines y solares hasta la altura mínima de dos metros, lo cierto es que éstas pueden llegar a convertirse posteriormente en medianeras de carga y que aquélla no deja de ser una pared de cerramiento en algunos casos.

Los aspectos más significativos de la medianera de carga son:

*a) Concepto (artículo 27)*

Artículo 27. Será pared medianera de carga a la que se eleve en el límite de dos o más fincas con la finalidad de servir de elemento sustentador de las edificaciones o de otras obras que en ella se realicen.

Se define legalmente que se considera como pared medianera (14).

*b) Caracteres de la medianería (artículo 29)*

Artículo 29. 1. La pared medianera será del tipo adecuado, tendrá los cimientos, gruesos y altura pertinentes, en relación con los proyectos o la finalidad de las edificaciones pactadas y tendrá la apariencia de muro exterior o de fachada, según exija la normativa urbanística.

2. A falta de previsiones específicas en el pacto constitutivo, las características de construcción de la pared medianera serán las usuales en el lugar y de acuerdo con la obra que ha de edificarse, según las reglas del arte en el momento de la construcción. El propietario que construya primero la pared medianera lo hará de acuerdo con sus necesidades. Dicha pared tendrá el grueso correspondiente, la mitad en el terreno propio y la otra mitad en el del vecino o vecinos interesados.

Desde el punto de vista fáctico, las características de la pared medianera serán las establecidas en el título constitutivo de la misma; y en caso de no existir tales previsiones, habrá que ir al uso, atendiendo al lugar y a la obra que ha de edificarse (y, por tanto, a las necesidades del que primero construya). Por otra parte, ha de ser del tipo adecuado y tendrá los cimientos, grueso y altura pertinentes, como dice la ley, en relación con los proyectos o la finalidad de las edificaciones pactadas, teniendo la apariencia de muro exterior o de fachada. En suma: la pared medianera de carga debe construirse de acuerdo con la finalidad de necesidades del

---

(14) Se ha preferido, como dice ISAC AGUILAR, *ob. cit.*, pág. 329, definir la pared medianera por su función y no por sus características constructivas.



constructor, pero siempre en el marco de las limitaciones administrativas derivadas del derecho urbanístico, por una parte, y de lo previsto en el título constitutivo generador de la comunidad, por otra. No veo ningún motivo para que estas normas de construcción sean utilizadas, debidamente adaptadas, a la construcción de las paredes de cerramiento de patios, jardines, huertos y solares hasta la altura mínima de dos metros.

Desde el punto de vista jurídico, la pared medianera de carga tiene carácter voluntario, separándose de la obligatoriedad impuesta en los antecedentes legales. En efecto, el artículo derogado de la compilación número 285 señalaba que "todo propietario que se proponga edificar en su predio podrá construir una pared de obra de grueso correspondiente mitad en solar propio y mitad ocupando el del vecino"; y el siguiente configuraba tal derecho como forzoso, excepto para el supuesto del artículo 285, párrafo segundo, al decir que "será asimismo forzosa la medianería en las paredes de cerramiento de patios, huertos, jardines y solares". Ahora, la nueva regulación no habla en el artículo 34 (correlativo al anterior 286 de la Compilación) de que el establecimiento de la pared medianera de carga sea forzoso y, por otra parte, reitera la necesidad de pacto en los diversos artículos reguladores de la medianera de carga ("a falta de previsiones específicas en el pacto constitutivo"-artículo 29.2; "los propietarios confrontados podrán acordar"-artículo 28; "coste fijada en el pacto constitutivo de la medianería", "excepto pacto en contrario", "la cantidad pactada"-artículo 30; o, el mismo artículo 31 que señala que todo lo dispuesto en sus apartados 1, 2 y 3 será sin perjuicio de lo pactado). Ello viene totalmente confirmado por la exposición de motivos de la ley que de forma terminante establece que "se suprime la medianera forzosa excepto en el caso de las paredes de cerramiento de huertos, patios y jardines. Hasta ahora en materia de edificaciones un propietario podía imponer la medianería a la otra: a partir de ahora deberá pactarla" (15).

Ahora bien, se reitera, como hemos venido indicando, al igual que en el texto de la Compilación derogada (artículo 286), su carácter forzoso en las paredes de cerramiento de patios, huertos, jardines y solares hasta la altura mínima de dos metros.

---

(15) Es la opinión también de los comentaristas del anteproyecto (ver ISAC AGUILAR, *ob. cit.*, págs. 329 a 333), donde nos señala que el criterio propuesto por la nueva ley va más allá de la propuesta adoptada en la Junta de Gobierno del Colegio de Arquitectos de Cataluña de fecha 3 de diciembre de 1987 sobre modificación de diversos artículos de la Compilación.

*c) Contribución a los gastos de construcción y mantenimiento de la medianera: artículos 31.1, 2, 4*

Artículo 31. 1. Hasta el momento en que el vecino realice la carga, los gastos de construcción y conservación de la pared medianera serán a cargo del propietario que ha levantado la misma.

2. A partir de aquel momento, cada propietario contribuirá en la proporción pactada o, si no se ha pactado, en proporción al uso que haga de ella.

4. Todo lo dispuesto en los apartados 1, 2 y 3 será sin perjuicio de lo pactado.

El criterio general, concordante con el texto derogado (artículo 286, párrafo segundo, artículo 287, párrafo primero) es que hasta que el vecino no realice la carga sobre la pared medianera no contribuirá a los gastos de construcción y mantenimiento de la medianera. En suma: hasta que la medianera no le sea útil no debe contribuir a la misma. Sin embargo, el carácter voluntario y pactado de la medianera de carga, hará que en la práctica los propietarios de los fundos colindantes podrán convenir —y será lo usual— que ya desde el principio los gastos de construcción y mantenimiento de la pared sean de cargo de ambos, sin esperar al momento en que el que no ha construido quiera hacerlo (admitido en el número 4 del artículo 31). Este supuesto no se dará por su carácter de forzoso en las paredes de cerramiento de patios, jardines, huertos y solares, tal como nos indica el artículo 34.2; sin perjuicio de que puede llegarse también aquí a un convenio entre los particulares.

El texto legal común impone la obligación de costear las obras de reparación y construcción de las paredes medianeras y el mantenimiento de los vallados, setos vivos, zanjas y acequias medianeros por los dueños de las fincas que tengan a su favor la medianería (artículo 575, párrafo segundo), pero no nos indica el momento. El Código Civil plantea el problema de si el legislador común intentó que los gastos de construcción y mantenimiento de la medianera (o los motivados por dar mayor elevación, profundidad o espesor) debían ser satisfechos en el momento de realizarse o si por el contrario, a semejanza del derecho foral catalán, sólo en el momento en que el propietario no constructor quiera utilizar la pared. Debemos inclinarnos por la primera alternativa y separarnos en esto de la regulación catalana tradicional así como de la actual (16).

---

(16) Algunos autores, con referencia al texto derogado, habían señalado que la obligación de pago a la mitad del coste nace en el momento en que se produzca la carga (PARA MARTÍN, *ob. cit.*, pág. 141). Ahora con el nuevo texto, hay que pensar que será

d) *Contenido de los derechos y obligaciones derivados de medianera de carga: artículos 30, 32 y 33*

a.1) Debemos señalar que con relación al vecino, que no ha contribuido a la construcción de la medianera de carga, y que, por tanto, no la utiliza, podrá:

Artículo 30. 1. No se podrá cargar sobre la pared medianera que el vecino haya edificado sin haber pagado la parte de coste fijada en el pacto constitutivo de la medianería.

2. Los interesados, excepto pacto en contrario, podrán solicitar al Juez la rectificación de las cantidades que deben pagarse teniendo en cuenta la naturaleza, la antigüedad, el estado de conservación y las condiciones de obra de la pared medianera.

3. En el caso de ejercer la facultad consignada en el apartado 2, la tramitación del procedimiento no impide que, mientras tanto, el vecino que ha pagado la cantidad pactada pueda cargar sobre la pared medianera.

Artículo 32. El vecino que construya sin hacer uso de la pared medianera deberá pagar la parte del coste que le corresponda según lo pactado y de acuerdo con lo establecido en el artículo 30. Además tomará las medidas de construcción adecuadas para evitar perjuicios al propietario que ha levantado la pared. Si se producen dichos perjuicios estará obligado a indemnizar.

1. *Querer usar de la medianera de carga:* Deberá necesariamente pagar la parte de coste fijada en el pacto constitutivo de la medianería. Tal obligatoriedad se daba en el artículo 287 de la Compilación; si bien ahora se establece, salvo pacto en contrario, la posibilidad de solicitar del Juez la rectificación de las cantidades que deban pagarse teniendo en cuenta la

---

así en el caso de las paredes de cerramiento de patios, jardines, huertos y solares, pero no en la medianera de carga, donde su origen es contractual y no forzoso. No sería aplicable a la medianera de carga lo señalado por algún autor (PARA MARTÍN, *ob. cit.*, pág. 145) acerca de que si por las razones que fuera el que quiere utilizar la pared paga la mitad de su coste antes de iniciar la obra, estaríamos ante una situación en la que no cabría hablar técnicamente de pago, puesto que se daría antes del nacimiento de la obligación y entonces la entrega del dinero debería considerarse como una garantía de cobro futuro de un crédito que no nacería hasta que efectivamente no se utilizara la medianera, con la consecuencia de que si el medianero ya ha entregado el importe convenido y pierde el interés en edificar, utilizando la medianería, procedería la devolución de la suma. Esta solución ya no puede ser aplicable a tenor de lo dispuesto en el artículo 32.

naturaleza, la antigüedad, el estado de conservación y las condiciones de obra de la pared medianera; pudiendo mientras dura el procedimiento pagar o consignar la cantidad pactada y cargar sobre la medianera de carga (17).

Entiendo que igualmente el propietario que construyó la medianera podrá acudir al Juez para solicitar la rectificación de las cantidades pactadas cuando por diversas causas, además de las expresadas legalmente, hayan variado las condiciones contractuales iniciales. Por ejemplo, por variaciones del valor del dinero.

2. *No querer usar de la medianera de carga:* En el derecho del Código Civil todo propietario, y salvo en el caso de que la pared medianera sostenga un edificio suyo, puede dejar de contribuir a los gastos de mantenimiento o no costear los gastos de construcción, mediante una renuncia a la medianería, que no es más que una aplicación de la renuncia de un comunero en una comunidad, de conformidad con lo señalado en el párrafo segundo del artículo 575 (o bien, no contribuir a los gastos de conservación de la pared, en lo que esta se haya levantado o profundizado sus cimientos respecto como estaba antes, haciendo uso, en este caso, de la pared sólo en proporción al derecho que tenía antes de las obras de elevación, profundización o mayor espesor, es decir, renunciando a los derechos de medianería sobre las partes nuevas de la pared, de conformidad con los artículos 577 y 578).

¿Qué ocurre en el derecho actual de Cataluña? El caso se contempla para la medianera de carga, indicando que el propietario que no quiera usarla, construyendo su edificio, debe pagar la parte del coste que le corresponda en la pared medianera de carga, según lo pactado, y además tomar las medidas de construcción adecuadas para evitar perjuicios al propietario que ha levantado la pared, indemnizando, en el caso de que se hubiesen producido dichos perjuicios. Hay que entender que en este caso el propietario que no quiere usar dicha medianera de carga al pagar conserva sus derechos en dicha pared y, por tanto, en el futuro podrá utilizarla para las necesidades de su predio. Dicho de esta otra forma, no hay propiamente en este artículo una renuncia jurídica a la medianería, a la comunidad, sino una renuncia económica a beneficiarse de la misma

---

(17) En la doctrina clásica catalana se había discutido con anterioridad a la Compilación si la cantidad a pagar era el coste actual (PELLA), o el coste primitivo (BASEGODA). Analizando la cuestión PUIG FERRIOL y ROCA TRÍAS, *ob. cit.*, pág. 108. Sobre el particular, es interesante la problemática expresada por PELLA y FORGAS acerca de si el muro se encuentra en ruina, en el que la indemnización consistirá simplemente en el pago del valor actual de los materiales; o si por el contrario, es lujoso, en cuyo caso será necesario pagar según algunos autores su coste o sólo lo necesario para el sustento del que quiere edificar (ver PELLA y FORGAS, *ob. cit.*, págs. 230 a 231).

(un derecho que puede ejercitar o no) (18). Si realmente quisiera renunciar a dicha medianería entiendo que será válida la solución señalada para el Código Civil, y la medianera de carga dejará de ser común y pasará a ser del primer constructor, pero ¿tendrá que resarcir además al propietario del fundo vecino con el cual convino la construcción de dicha medianería de carga posiblemente realizada pensando en la carga de los dos edificios colindantes y, por tanto, con realización de unos gastos superiores a las necesidades del primero? A mi entender tal obligación de resarcimiento, que puede ser aplicable al derecho común, aunque no lo diga el Código, es una consecuencia del incumplimiento contractual (artículo 1.1101) y debe moderarse según los Tribunales atendiendo a la utilidad que dicha medianera preste al primer constructor y hasta el montante máximo previsto en el artículo 32 de la Ley.

¿Qué ocurrirá en el mismo supuesto que el planteado anteriormente en las paredes de cerramiento de huertos, jardines, patios y solares? ¿Cualquiera de los comuneros colindantes puede renunciar a la propiedad de la pared de cerramiento? Solución admitida en el Código Civil a tenor de lo señalado en el artículo 575, párrafo segundo, que no habla de una obligación de resarcimiento por parte del renunciante. Nada se indica respecto a la legislación catalana: nos podemos encontrar con que la construcción se ha realizado en base a un convenio entre los vecinos, que dará lugar a la aplicación de las soluciones señaladas para la medianera de carga. O bien, no ha habido convenio y, por tanto, uno de los vecinos en un momento determinado se ha amparado en el carácter forzoso de la medianería para exigir al otro que contribuya a su construcción, a costa de ambos, en cuyo caso no habrá devolución de lo ya pagado por el renunciante; o ha optado por construirla a su costa, ante la negativa del otro, en donde nos encontraremos con que el renunciante ha incumplido una obligación *ex lege*, de la cual podrá quedar liberado mediante la correspondiente renuncia a entrar en la comunidad, perdiendo la parte del terreno suyo (siendo más difícil en este caso, debido a la propia pared de cerramiento, entender que el constructor ha tenido que realizar unos gastos superiores a los necesarios).

a.2) Con relación al propietario que ha construido la medianera de carga, vendrá obligado a costear los gastos de construcción y mantenimiento de la misma, como ya se ha indicado, y además se le concede un derecho a derribar la medianera, pero distinguiendo:

---

(18) Sin embargo, ISAC AGUILAR, *ob. cit.*, pág. 332, nos indica que el artículo supone la admisión de la resolución unilateral del vínculo contractual que da origen en el nuevo sistema al régimen de la medianería.

Artículo 31. 3. Si una construcción cargada sobre la pared medianera se derriba, quien lo realice deberá dejarla en estado adecuado para la utilización futura y con la apariencia de muro exterior o de fachada que corresponda, de acuerdo con su configuración originaria.

4. Todo lo dispuesto en los apartados 1, 2 y 3 será sin perjuicio de lo pactado.

Artículo 33. 1. El propietario que primeramente ha levantado y pagado la pared medianera podrá derribarla en cualquier momento anterior al inicio de las obras de construcción del edificio que deberá cargar encima.

2. El derribo sólo se podrá realizar si el vecino no ha pagado la parte del coste que le corresponde y si, una vez notificada fehacientemente al vecino la intención de derribarla, éste, dentro del plazo de treinta días, no se opone a ello pagando o consignando el pago de aquella parte del coste.

1. *Antes de iniciar las obras de construcción del edificio que deberá cargar encima:* Puede derribar la pared en cualquier momento, siempre que el vecino no haya pagado la parte proporcional del coste que le corresponde. Ahora bien, tiene que comunicar la intención del derribo de forma fehaciente (por ejemplo, a través de carta enviada por conducto notarial o mejor aún por acta de notificación) y esperar un plazo de treinta días, en los que el vecino puede oponerse al derribo pagando o consignando el pago de aquella parte del coste (artículo 33).

¿Se podrá por el que ha costeado la pared darle mayor espesor o cimentación más profunda para hacerla soportar mayor elevación o carga o en general reforzar la pared medianera sin necesidad de la comunicación establecida para el derribo por el artículo 33 de la ley nueva? Así se admitía en el artículo 289 de la Compilación (correspondiente al artículo 577 del Código Civil), con la obligación de dar el mayor espesor sobre el terreno propio. Desaparecido este artículo de la nueva regulación, en donde sólo se contempla el derribo, cabe entender que dichos actos no pueden ser realizados por uno de los colindantes sin el consentimiento del otro o de los otros, y esto se haya costeado o no la pared inicial por todos (interpretación extensiva del término “derribo” del artículo 33 de la Ley para recoger estas actuaciones), o simple aplicación del artículo 397 del vigente Código Civil.

2. *Después de construido el edificio que carga sobre la medianera de carga:* Se puede derribar el edificio y como consecuencia la medianera de carga, pero con la obligación de dejarla en estado adecuado para la utilización futura y con la apariencia de muro exterior o de fachada que corresponda. La posibilidad del derribo del edificio se mantenía en el Código Civil en su artículo 576.

a.3) No tiene sentido ya en la medianera de carga, dado su carácter voluntario, lo dispuesto en el artículo 288 de la Compilación acerca de cuando la pared medianera, por sus defectos o mal estado, resultare insuficiente para sostener las cargas, podrá cualquiera de los medianeros exigir que se refuercen sus cimientos o se reconstruya la pared a expensas comunes. Ahora será necesario siempre un nuevo convenio entre los vecinos. No obstante, debe entenderse aplicable la solución a las paredes de cerramiento de patios, huertos, jardines y solares hasta la altura mínima de dos metros.

e) *Presunciones legales favorables y contrarias a la existencia de medianera*

Por lo visto hasta ahora podemos deducir que la llamada “medianería” tiene dos finalidades distintas, pero complementarias: una servir como elemento delimitador de las propiedades (ello se ve claramente en las paredes de cerramiento, pero también en las medianeras de carga) y otra, servir para una mejor utilización económica de los predios (no es necesario que los vecinos construyan cada uno por su cuenta una pared para sostener el edificio que se eleve en cada finca, sino que pueden ponerse de acuerdo en tener en común una única pared, ganando terreno y evitando costes). También, por lo visto, podemos deducir que sea cual sea la finalidad pretendida en cada supuesto y el origen de la misma, contractual —medianera de carga— o *ex lege* o contractual —paredes de cerramiento de patios, jardines, huertos y solares—, “la medianería” resultante es en realidad el objeto de una comunidad de bienes.

Ahora bien, no siempre que nos encontremos ante una pared de carga o ante una pared de cerramiento nos encontramos ante una “medianería”, ante una situación de cotitularidad, en el sentido anteriormente expresado, aunque la pared seguirá sirviendo como elemento delimitador de las propiedades. Debemos proceder:

1. Verificar si los propietarios colindantes tienen algún título acerca de la titularidad o cotitularidad de la pared. Al configurarse la pared medianera de carga como voluntaria en la Ley 13/1990 es muy posible que quede constancia de los necesarios convenios entre los vecinos. En ellos se aclarará cuál es la titularidad de dicha pared.

2. A falta del anterior, acudir a cualquier medio de prueba admitida en Derecho que pueda indicarnos si nos encontramos ante una pared común o privativa.

3. Y, por último, presumir que la pared es o no “medianera”. El nuevo texto nos señala dos presunciones:

- La pared de cerramiento entre dos edificios se presume siempre medianera (artículo 34.3).
- Los márgenes o ribazos entre predios vecinos, así como las paredes que, en su caso, los revistan, se presumirán de propiedad del titular del predio superior (artículo 38). Se ha transcrito literalmente el artículo 291 de la Compilación.

¿Son aplicables las presunciones establecidas en el artículo 572 y 573 del texto común a Cataluña? Parece que no hay ningún inconveniente, y así cuando hay “un signo exterior contrario a la servidumbre de medianería” nos encontramos con que el Derecho prescinde de la cotitularidad para resolver el límite de las propiedades colindantes y presume que la pared (sea de carga o de cerramiento) sea dentro del terreno del favorecido por la presunción (19).

Por otra parte, es aplicable al derecho catalán al artículo 581 del Código Civil, que es una aplicación de considerar la medianería como una comunidad de bienes.

### PARTE III: LA REGULACION DE LAS SERVIDUMBRES PREDIALES

La regulación de las servidumbres se efectúa en tres secciones que recuerdan la sistemática del Código Civil español: una primera, dedicada a las disposiciones generales, al igual que el capítulo primero, título VII, Libro II, del CC; una segunda, a las llamadas servidumbres forzosas, al igual que el capítulo segundo del CC; y una tercera, que se dedica a las servidumbres de luces y vistas, voluntaria, que correspondería al capítulo tercero del CC, que se refiere a las servidumbres voluntarias en general (20).

Las correlaciones y diferencias con el CC son las siguientes:

---

(19) Así PARA MARTÍN, *ob. cit.*, pág. 150; CASTÁN, *ob. cit.*, pág. 187, que indica como es PLANAS y PELLA, uno de los primeros expositores en entender aplicable al Derecho catalán las presunciones del Código Civil. Sobre el particular, ver PELLA y FORGAS, *ob. cit.*, págs. 231 a 239, en cuya obra, así como en su “Tratado de las relaciones y servidumbres entre las fincas”, hace un largo comentario a las presunciones a favor y en contra de la medianería, señalando como el Código debería haber partido de un principio común como el de suponer que son signos contrarios a la medianería todas aquellas obras que las leyes y ordenanzas prohíben que se hagan en los muros medianeros: de cuyo principio general se derivaría que como nadie puede abrir, por ejemplo, ventana en pared medianera, la existencia de huecos o ventanas debiera ser necesariamente indicio de que la pared tenía la calidad opuesta a la medianería.

(20) La teoría general de las servidumbres estaba regida por el Derecho romano, con la única excepción del modo de adquirirlas en que resultan de aplicación normas nuevas locales como el *Usatge omnes causae*, confirmado por las *Ordinacions de*



a) *Concepto: artículo 4*

Artículo 4. 1. La servidumbre es un derecho real que grava parcialmente a un inmueble en beneficio de otro. El inmueble a favor del que está constituida la servidumbre se denomina predio dominante, y el que la sufre predio sirviente.

2. El titular del predio dominante podrá utilizar al sirviente en la medida determinada por el título constitutivo o por la ley.

3. El titular del predio sirviente no podrá realizar los actos ni ejercer los derechos para los que estaría legitimado de no existir la servidumbre.

Podemos señalar que:

1. La definición como derecho real no como un gravamen sin especificar la naturaleza del mismo. La consideración de derecho real en cuanto dotado de una acción confesoria aparece recalcado en el artículo 5, al decir que "el titular del predio dominante tendrá acción real".

2. El señalamiento de que se trata de un gravamen parcial sobre los fundos, que no pueden agotar el contenido del derecho de propiedad.

3. La supresión del requisito de que los predios deben pertenecer a distintos propietarios (21), tal como prescribía el CC, admitiéndose la

*SANCTACILIA* y por el *Recognoverunt procures*. La teoría especial tenía muchas disposiciones del derecho local que, sobre todo, en materia urbana dio lugar a prácticas y usos completamente separados de las leyes romanas, permitiendo afirmar, dice CASTÁN, en *ob. cit.*, pág. 181, que el Derecho catalán ha ampliado el concepto de derecho de servidumbre y se ha anticipado a la transformación que dicho concepto fue experimentando en el Derecho romano; constituyendo las *Ordenacions* más que un código de servidumbre un tratado bastante completo de las relaciones de vecindad entre los predios y principalmente un tratado de reglas de edificación en beneficio de los dueños de los predios vecinos.

(21) El derecho real de servidumbre se configura como *in re aliena*, pero ya los comentaristas habían observado como un condómino del predio dominante puede ser dueño del sirviente y viceversa, con lo que sería más exacto decir (como dice BORRELL y SOLER, *ob. cit.*, pág. 156), que una finca no puede prestar servidumbre a ella misma. ya que lo esencial es el elemento real de las fincas, siendo cosa accidental, quien sea su propietario. Sobre los problemas del condominio en el derecho común cuando uno de los comuneros es dueño del predio dominante y del sirviente, ver JUAN ROCA JUAN, *ob. cit.*, págs. 19 y 20. También en base al artículo 541 algunos comentaristas, basándose en las teorías germánicas y suizas, que habían configurado la categoría dogmática de los derechos reales en cosa propia, habían intentado aplicar tal figura al Derecho Español (ver BONET CORREA, *ob. cit.*, pág. 91, que recoge diversas teorías interpretativas del artículo 541, señalando que sólo nos encontramos ante una presunción *iuris tantum*). E inclusive algunos autores han mantenido que el principio clásico solamente es válido si el propietario tiene actualmente "las facultades a que la servidumbre se refiere" (por ejemplo, en el supuesto del usufructo del predio sirviente atribuido a un tercero, ALBADALEJO, citado por JUAN ROCA JUAN, *ob. cit.*, pág. 18). No obstante, la doctrina catalana, basándose en Derecho romano de aplicación en Cataluña mantenía los principios de NULLI RES SUA SERVIT y NULLUM PRAEDIUM IPSUM SIBI SERVIRE (así PELLA y FORGAS, *ob. cit.*, pág. 201).

servidumbre del propietario —*eigentümerdienstbarkeit* (contra lo dispuesto en el artículo 546.1 y 530 del CC) (22).

4. La no regulación de las servidumbres personales o irregulares que quedan fuera de la definición cerrada de la ley (23).

*b) Naturaleza jurídica: acción confesoria: artículo 5*

Artículo 5. 1. El titular del predio dominante tendrá acción real para mantener y restituir el ejercicio de la servidumbre establecida para utilidad de su predio contra el titular del predio sirviente que se oponga a él.

2. El actor deberá probar la existencia de la servidumbre y la lesión causada a ese derecho.

3. La acción confesoria prescribirá al cabo de treinta años a contar desde la producción del acto obstativo.

La naturaleza de la acción confesoria queda configurada como real, y en su doble vertiente de mantenimiento y restitución del ejercicio de la servidumbre. También se pediría subordinadamente la reparación de los daños producidos al desconocer o impedir el ejercicio de la servidumbre (24).

---

(22) ISAC AGUILAR, *ob. cit.*, pág. 320, ha manifestado que no se ha considerado necesario introducir una regla especial permisiva de la servidumbre del propietario, pero que sí se podían incluir alguna norma como “El propietari de diverses finques pot constituir les servituds que tingui per convenient damunt d’alguna d’elles a favor d’alguna o totes les altres, però només seran eficaces si el predi dominat i el servent arriben a pertànyer a diferents persones” o, por ejemplo, “Les servituds que hagin de recaure sobre finques pertanyents al mateix propietari i que presumiblement hagin de pertànyer a diferents titulars encara que s’exterioritzin per signes aparents, només podran constituir-se sotmetent-les a condició suspensiva”. En el derecho común, aunque no se admite la servidumbre del propietario, se puede consignar en un documento público (previo a otro y otros donde se va a documentar una transmisión), la existencia de un signo aparente de servidumbre, que se convertirá en tal servidumbre una vez se haya otorgado la correspondiente escritura pública de compraventa; o bien, una servidumbre sometida a condición. Pero, en realidad, todas estas fórmulas son utilizadas por no admitir el Derecho romano y el Código Civil la servidumbre del propietario.

(23) Ahora bien, no hay duda de que podrán configurarse en el Derecho catalán derechos reales del tipo de las servidumbres personales gracias al principio del *numerus apertus* en materia de derechos reales que rige en nuestra legislación.

(24) La doctrina llamó a la confesoria y a la acción negatoria acciones de servidumbre. Corresponde la confesoria al titular de la servidumbre, o sea, al propietario del fundo dominante, y por extensión se da utiliter al enfiteuta, al superficiario y al acreedor hipotecario. En cuanto al usufructuario del fundo dominante, algunos le dan la posibilidad de ejercitar la acción confesoria, mientras otros piensan que podrá ejercitar la acción de usufructo, que llevará embebida la acción confesoria; en cambio, el que tiene servidumbre sobre finca en usufructo debe ejercitar la acción contra el nudo propietario

El texto catalán se refiere como que se encuentra legitimado para el ejercicio de dicha acción “el titular del predio dominante”; pero tal expresión no hay que entenderla en términos absolutos y extenderla a otras personas (el usufructuario, el comunero en beneficio de la comunidad o el fiduciario) (25).

El plazo de prescripción sigue siendo de treinta años, en concordancia con lo señalado en el artículo 344 Comp., no derogado, y relativo a la prescripción extintiva.

*c) Adquisición de las servidumbres: artículos 6, 7 y 11*

Artículo 6. Las servidumbres se constituirán por título por usucapión y por disposición de la ley.

Artículo 7. La existencia de un signo aparente de servidumbre entre dos fincas pertenecientes a un único propietario no se considerará, si se transmite una de ellas, título suficiente para que continúe la servidumbre, si en el acto de enajenación no se dispone así.

Artículo 11. La adquisición de las servidumbres por usucapión tendrá lugar mediante la posesión, pública, pacífica e ininterrumpida, en concepto de titular del derecho de servidumbre por un período de treinta años.

1. Todas las servidumbres pueden adquirirse en virtud de título (doctrina sustentada por los artículos 537, 538 y 539 del CC). En suma, pueden adquirirse por contrato sin necesidad de tradición o casi tradición, o bien por acto de última voluntad.

---

(así, BORRELL y SOLER, *ob. cit.*, págs. 208 a 210). La acción confesoria como la negatoria se extiende no sólo a la declaración de la existencia de la servidumbre, sino también a indemnizar al titular del predio dominante por los perjuicios ocasionados y puede llegar a que se pida caución por la posibilidad de lesiones futuras (así, BORRELL y SOLER, *ob. cit.*, pág. 210). Así, JUAN IGLESIAS, *ob. cit.*, pág. 341. BIONDI, *ob. cit.*, pág. 1.185, nos señala como el tema de la acción confesoria y negativa es el mismo y el derecho que se alega en juicio siempre es el mismo, esto es la existencia de la servidumbre. La negatoria se encuadra en la función propia de la confesoria, aunque sea indirectamente. Y así BIONDI declara que no hay realmente inversión de la prueba en una con respecto a la otra: es siempre el titular el que debe probar la existencia de la servidumbre, tanto si acciona con la confesoria, cuanto si es demandado, habiendo solamente una distinta situación procesal derivada de una distinta iniciativa.

Desde el punto de vista pasivo se dirige la acción contra toda persona que se oponga al derecho de servidumbre, y no sólo frente al titular del derecho de servidumbre (así PUIG FERRIOL y ROCA TRÍAS, *Instituciones*, pág. 259).

(25) Así la doctrina, como JUAN ROCA JUAN, *ob. cit.*, pág. 11, citando a diversas sentencias del Tribunal Supremo.

2. Todas (26) las servidumbres pueden adquirirse en virtud de la usucapión, pero siempre que puedan darse los requisitos de la misma, posesión pública, pacífica e ininterrumpida, en concepto de titular de servidumbre (27) por un periodo de treinta años (28).

¿Se ha suprimido del derecho catalán la diferenciación entre servidumbres continuas y discontinuas, así como aparentes y no aparentes en orden a la posibilidad de usucapión del derecho real de servidumbre (29), a

---

(26) La doctrina había puesto de manifiesto el principio general de usucapibilidad del derecho de servidumbre. Antes de la promulgación de la Compilación se había señalado (BORRELL y SOLER, *ob. cit.*, pág. 202), que en Cataluña todas las servidumbres se pueden usucapir, excepto algunas que, por disposición de la ley, no se puede poseer (cuasi poseer) o que no se pueden ganar por posesión. En el mismo sentido PUIG FERRIOL y ROCA TRÍAS, *ob. cit.*, pág. 116, manifiestan que todas las servidumbres pueden constituirse por medio de la posesión continuada en concepto del titular, de ello resultará que si el legislador, por razones de orden público o conveniencia, excluye la posibilidad de que determinadas servidumbres puedan constituirse por usucapión, esta exclusión se hace pensando que pueden no ser susceptibles de ser poseídas en concepto de titular del referido derecho.

(27) Sobre la adquisición de las servidumbres mediante la posesión *ad usucapionem* y sus requisitos, ver PARA MARTÍN, *ob. cit.*, págs. 105 a 121. La doctrina indica que el ejercicio del derecho de servidumbre no tiene que hacerse necesariamente por el dueño del predio dominante o su representante, sino que es suficiente que se cuasiposea con ánimo de tenerla como propia del predio (así BORRELL y SOLER, *ob. cit.*, pág. 203).

(28) El problema de la aplicación de la usucapión ordinaria del Código Civil a Cataluña ha sido objeto de un debate doctrinal y jurisprudencial, tanto antes como después de promulgada la Compilación. Aunque, la doctrina, como dice PARA MARTÍN, *ob. cit.*, págs. 103 a 105, y en especial en la nota 26 de la pág. 104, citando a diversos autores, FIGA FAURA, GASSIOT, FAUS-CONDOMINES, REBES SOLÉ, PUIG FERRIOL y ROCA TRÍAS, ha estado de acuerdo que el antiguo artículo 342 recogía la tradición catalana del *usage omnes causae* y, por tanto, no se aplicaba en Cataluña la usucapión prevista para el Código Civil. Discrepancias jurisprudenciales se dieron entre la Sentencia de 12 de noviembre de 1970 y la de 3 de diciembre de 1973, que admitía la prescripción del artículo 1.957 del Código Civil (PARA MARTÍN, *ob. cit.*, págs. 104 y 105). Otro problema se ha planteado en torno a la usucapión inmemorial de las servidumbres discontinuas en el territorio catalán (PARA MARTÍN, *ob. cit.*, págs. 120 a 128), en el sentido expresado por el artículo 343, párrafo segundo de la Compilación, ahora derogado. ¿Qué ocurre en la actualidad? Hay que entender que debe aplicarse la usucapión general catalana y que se ha variado la tradición catalana en cuanto a este supuesto.

(29) La doctrina había señalado las diferencias existentes entre el Derecho catalán y el castellano al definir las servidumbres aparente. El antiguo artículo 283, número 8, decía que eran no aparentes "las que no sean fácilmente visibles desde el interior del predio" (se entiende el sirviente), lo que discrepaba del artículo 532 del vigente Código Civil, aunque podría interpretarse este último en el sentido del primero (así, por ejemplo, lo hace PARA MARTÍN, *ob. cit.*, págs. 98 a 101). Parece, pues, que puede llegarse a una solución parecida partiendo de uno o de otro texto. Por otra parte, el concepto de aparente o no puede ser útil para comenzar a contar el tiempo para la usucapión: las servidumbres positivas y aparentes comienzan a usucapirse desde que se ejercita la servidumbre o bien desde que se realizan actos que harán posible tal ejercicio; y las servidumbres negativas y no aparentes, desde que se realiza algún acto obstructivo a la libertad del dominio del fundo sirviente (así BORRELL y DURÁN, *ob. cit.*, pág. 203).

diferencia de lo señalado para el Código Civil? (30). Hay que entender que la clasificación de las servidumbres no es ahora, como realmente tampoco lo fue en el derecho tradicional catalán, el instrumento para conocer si una servidumbre es o no usucapible, sino que tenemos que ver si se dan o no en el caso concreto los requisitos de la posesión (cuasiposesión) *ad usucapionem* (31); sin perjuicio, de que el conocimiento de si una servidumbre es continua o discontinua, aparente o no (32), pueda facilitarnos el saber si se dan o no tales requisitos. Por tanto, es indiferente que la servidumbre sea continua o discontinua, dado que el uso intermitente de esta última puede perfectamente darse al exterior y ser público, si bien es cierto que puede llegar a resultar dudoso, en algún supuesto, el cumplimiento del requisito de posesión ininterrumpida; poco importa que la servidumbre sea aparente o no aparente, en el sentido señalado por el artículo 532 CC, dado que su no apariencia no está reñida con la exteriorización de la posesión, si bien también es cierto que en el caso concreto será muy difícil distinguir la posesión pública de la no apariencia de las servidumbres (33).

---

(30) Así PARA MARTÍN, *ob. cit.*, págs. 94 a 97, nos indica cómo el Código Civil, a diferencia de la legislación catalana, partía de la clasificación de las servidumbres para declarar susceptibles de usucapión unas y no susceptibles de usucapir otras, lo cual no deja de ser imperfecto y ha planteado serias dudas doctrinales fundadas: no es seguro el afirmar que no queda la usucapión ordinaria de las servidumbres discontinuas o de las continuas no aparentes (ver los autores que cita el autor, en notas núm. 2, 3 y 4 de la pág. 95), no es seguro afirmar que la prescripción de veinte años no sea aplicable en general a todos los casos de servidumbres no aparentes, presupuesta la posibilidad de usucapión de las servidumbres negativas. También en JUAN ROCA JUAN, *ob. cit.*, págs. 58 a 67.

(31) Para PARA MARTÍN lo más sencillo es dejar al arbitrio judicial la decisión de si concurren o no en cada supuesto los requisitos de la posesión *ad usucapionem* (*ob. cit.*, pág. 96).

(32) La publicidad puede darse sin ningún tipo de problemas en las servidumbres discontinuas, pues el uso intermitente puede darse perfectamente al exterior; y también con respecto a las servidumbres no aparentes, pues su no apariencia no está reñida con la exteriorización de la posesión, nos dice PARA MARTÍN, *ob. cit.*, pág. 113. Señala este autor cómo se daba una antinomia entre el artículo 343, 3.º y 283, 8.º de la Compilación, resuelto por la doctrina a favor de la tradición jurídica catalana que partía del principio general de la usucapibilidad del derecho real de servidumbre: quien posee una servidumbre negativa o no aparente sin exteriorizarla por actos opuestos a la libertad del dominio del predio sirve, no posee *ad usucapionem*. Pero desde el momento en que realiza dichos actos reveladores comienza a usucapir (pág. 120). En un sentido parecido, PUIG FERRIOL y ROCA TRÍAS, *ob. cit.*, pág. 53, nos dice cómo la usucapibilidad de las servidumbres no aparentes era la regla general del derecho anterior, concordante con el artículo 343.1, siendo una novedad el artículo 287.7, que no se encontraba recogido en las *Ordinacions*; siendo usucapibles las servidumbres discontinuas por prescripción inmemorial en Derecho catalán, siempre que los intervalos que separan los actos de ejercicio de la servidumbre correspondan a los que median entre los actos de ejercicio normal de un derecho y no puedan ser considerados como interrupción de la posesión.

(33) Ello supone más que una innovación, un regreso a las concepciones del Derecho romano, en el cual no existía la categoría de servidumbres aparentes y no aparentes.

La adquisición *ad usucapionem* del derecho de servidumbre queda, a mi modo de ver, correctamente circunscrito a probar por el actor que se ha poseído el derecho de servidumbre cumpliendo los requisitos clásicos de la usucapición, quedando convertido en una cuestión eminentemente probatoria, a cargo del que pretende tener a su favor el derecho. Ahora bien, el texto, a mi modo de ver, no deroga la tradición catalana sino que la continúa.

¿Es posible una prescripción ordinaria, inmemorial o extraordinaria de los casos anteriormente señalados en la Compilación, en su artículo 283, como no sujetos a prescripción, ni siquiera inmemorial? ¿Cuándo debe empezar a contarse el tiempo para la prescripción? La derogación de los artículos 283 y 343 de la Compilación puede suponer, a simple vista, la admisión de la usucapibilidad de tales servidumbres, pero en realidad, el legislador catalán sólo pretende establecer un marco general de regulación de las servidumbres y de las limitaciones al dominio por razón de las relaciones de vecindad, dentro del marco y de la tradición jurídico catalana, no muy bien reflejada en la Compilación. De acuerdo con esto podemos indicar que:

- La regulación de los supuestos del artículo 283, número 1, por una parte, y del artículo 283, número 2, 3 y 4 (34), por otra, quedan dentro del ámbito de las limitaciones por razón de las distancias para ciertas plantaciones, y de las luces y las vistas, respectivamente, al que nos remitimos. Con las salvedades allí indicadas, especialmente en materia de árboles, los consideramos vigentes.
- La regulación del supuesto del artículo 283, número 5 (35), tiene

---

Tal clasificación surge con los glosadores y posglosadores, que además tampoco intentaron crear una categoría general de las servidumbres, como hace el Código Civil, sino que se tuvo en cuenta dos cuestiones: en el caso de venta de un fundo gravado con servidumbre, en el que la apariencia era un dato acerca del consentimiento del adquirente del fundo gravado que aceptaba, por tanto, la servidumbre; y en el caso de distinguir entre un ejercicio "iuris familiaritatis", de mera tolerancia, y un ejercicio "iuris servitutis", si el ejercicio se verificaba de un modo visible y aparente (así JUAN ROCA JUAN, *ob. cit.*, pág. 39, citando a su vez a LUCAS FERNÁNDEZ).

(34) La servidumbre de luces y vistas es, según la jurisprudencia, a los efectos de la usucapición, continua y aparente o no, según se revele por balcones, ventanas, voladizos o no (ver nota anterior y cita allí señalada). Por otra parte, la servidumbre es positiva si los huecos están abiertos en pared medianera, o negativa, si están contruidos en pared propia del predio dominante (sobre este problema y la posición de la jurisprudencia, ver JUAN ROCA JUAN, *ob. cit.*, págs. 46 a 49).

(35) Artículo 283, número 5, derogado, señalaba que no pueden constituirse por usucapición, ni siquiera inmemorial, las servidumbres siguientes: "5.—La de desagüe por canal o vertedero de agua de una casa sobre predio vecino, si remueve o levanta las tierras de ésta, o la de verter aguas sobre el predio vecino que resulte de deterioros, imperfecciones o insuficiencias de los canales, conducciones, márgenes o compuertas".

en realidad dos partes: la primera, que más que recoger un supuesto de no usucapibilidad, establece un caso de extinción; y la segunda, que se refiere a actos de tolerabilidad. La solución es aplicable al derecho actual: la primera, porque implícitamente se admite por el artículo 15 de la nueva ley, igual al antiguo 284 de la Compilación; y la segunda, en función del principio general de la prescripción adquisitiva en cuanto a los actos tolerados.

- La regulación del artículo 283, número 6, puede llevarse a las limitaciones, al derecho de propiedad por razón de las distancias para ciertas construcciones.
- La regulación del artículo 283, número 7 (36), se basa en casi todos los supuestos en actos tolerados, que no pueden servir para la usucapción. Si así no fuera, serían perfectamente usucapibles (37).
- La regulación del artículo 283, número 8, relativo a que no eran usucapibles las servidumbres no aparentes, había sido muy criticado por la doctrina catalana. Su supresión obedece a la vuelta a los principios de la tradición jurídica catalana.

El tiempo para la prescripción debe contarse, a pesar de la derogación del artículo 313, distinguiendo si la servidumbre es positiva o negativa, y no si es aparente o no. La cuasiposesión de las servidumbres negativas no pueden empezar sino desde que se realiza algún acto obstativo a la libertad del dominio del fundo sirviente, dado que la sola abstención de hacer uso

---

El texto se basaba en las *Ordinacions* número 44, que señalaba que si alguien tuviera canal por el que pase agua que vierta sobre el predio del otro, si aquel de algún modo altera la servidumbre, con ello la pierde y no puede volver a recobrarla. Era, como dice, PUIG FERRIOL y ROCA TRIAS, *ob. cit.*, págs. 116 a 120, un caso en el que se sancionaba un supuesto de extinción, pero no se decía que no se pudiera usucapir.

(36) El artículo 283, número 7, indicaba que no podrán constituirse por usucapción, ni siquiera inmemorial, las servidumbres siguientes: "7 —La urbana de paso por hueco de pared que lo proporcione sobre vía pública o pasaje particular y de una casa a otra por medio de puentes, arcos, entablados u otros medios aptos; la que es consecuencia de permanecer abierto el portal de una casa o predio o de no hallarse éste cercado, y la de paso circunstancial entre fincas rústicas usado sólo en época de labores agrícolas". Tiene sus antecedentes, como señala PUIG FERRIOL y ROCA TRIAS, *ob. cit.*, págs. 116 a 120, en las *Ordinacions* 10 y 61 que declaraban que no eran usucapibles cuanto sirva de paso a casa o albergue del vecino o de ventana o agujero por donde pueda pasar un hombre al predio vecino.

(37) En el derecho común, la jurisprudencia ha entendido que la servidumbre de paso es discontinua, porque el ejercicio de la misma, la actuación del contenido del derecho de la servidumbre, requiera un acto del hombre, que por su propia naturaleza no es continuo, lo que no ocurre en la servidumbre de luces y vistas, donde el fundo dominante obtiene la utilidad del sirviente sin necesidad de acto alguno del hombre. La de paso sí puede ser aparente (así en JUAN ROCA JUAN, *ob. cit.*, págs. 37 a 42, citando a su vez a CAEPOLLA y diversas sentencias del Tribunal Supremo).

de alguna de las facultades que concede el ser propietario, no puede interpretarse en que no lo hace porque no puede hacerlo.

3. La adopción de un criterio opuesto al regulado en el artículo 541 CC en torno al signo aparente de servidumbre, que la doctrina había indicado que se aplicaba a Cataluña (38).

4. Las servidumbres pueden establecerse en virtud de disposición de la ley (servidumbre legales) (39).

---

(38) Parece que la jurisprudencia posterior al Código Civil había aplicado esta disposición común al Derecho catalán, en contra de lo dispuesto por el Derecho romano que partía del criterio de presumir la libertad del fundo. Ver jurisprudencia citada en BORRELL y DURÁN, *ob. cit.*, págs. 197 y 198, nota 5; en donde se indica que el criterio de aplicar el Código Civil a Cataluña podía basarse en la costumbre 59 de SANCTACILIA y una sentencia de los ediles de Barcelona de 1600. Igualmente, PELLA y FORGAS, *ob. cit.*, págs. 203 a 205, citando a CANCER, nos comenta un caso de un propietario que lo era de dos casas contiguas y todo el agua de una vertía en la otra, el cual vendió esta última, no sin que el comprador viese los canales del agua que vertía; más algún tiempo después dicho comprador ejerció la acción negatoria de servidumbre y pidió se librase de ella su casa. CANCER sostiene la opinión contraria, fundándose en la Ley Binas del Digesto de SERVITUTES URBANORUM PRADIORUM y en el comentario que Pablo de Castro hace a la Ley 47, tit. 3, lib. 39, D., señalando que así se resolvió por los ediles en Barcelona en una sentencia del mes de enero de 1600.

No obstante, la cuestión no ha sido pacífica ni en la doctrina, ni en la jurisprudencia, y así una sentencia de la Audiencia Territorial de Cataluña de 18 de diciembre de 1975, entendió que no era aplicable a Cataluña este modo de adquirir la servidumbre, recurrida ante el Tribunal Supremo, no fue aclarada en la Sentencia del Alto Tribunal de 10 de diciembre de 1976, que se inhibió del problema, tal como dice PUIG BRUTAU, *ob. cit.*, pág. 464. Para un estudio de dicha sentencia ver el artículo de JOSÉ BONET CORREA, "La inaplicabilidad de la constitución de servidumbre por signo aparente en Cataluña, comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de diciembre de 1976", en *ACD*, 1978. PUIG FERRIOL y ENCARNI Roca TRÍAS, comentando las dudas doctrinales y jurisprudenciales manifiestan su opinión en contra de la aplicación del artículo 541 del Código Civil a Cataluña, aún con la vigencia de la Compilación (así, *ob. cit.*, pág. 122). Estos últimos autores, en *Institucions*, pág. 255, aun reconociendo que la Sentencia de 31 de enero de 1990 se inclina claramente por la vigencia en Cataluña del artículo 541, indican que no ha habido un cambio de criterio, sino más bien una interpretación correcta al problema de la aplicación del artículo 541 del Código Civil, con lo que el actual artículo 7 se aplicará a las situaciones anteriores a la entrada en vigor de la ley.

Hay que entender que el artículo 7 de la nueva ley catalana expresa una simple presunción *iuris tantum*, que como tal admite prueba en contrario, y que sería la opuesta a la establecida en el Código Civil. Tanto uno como otro texto legal partiría de considerar cierta apariencia (el signo externo de servidumbre), aunque con un valor diferente. Ya había indicado BONET CORREA, *ob. cit.*, pág. 95, que la equiparación de los signos externos a un título (voluntario) no supone una ficción, sino que es la consecuencia de una valoración de las actitudes antes y después de la enajenación (ver para un estudio crítico del artículo 541 y la posición de la doctrina clásica la obra citada de BONET CORREA).

(39) También pueden constituirse por sentencia judicial, en el caso de las servidumbre forzosas o en el caso de aquellas que declarada la existencia del título, se manden judicialmente constituir en cumplimiento de éste. Aunque entiendo que no es un modo de constitución propiamente hablado. La jurisprudencia ha señalado como "las servi-



*d) Contenido del derecho de servidumbre: artículos 8, 9, 10, 12 y 16*

Artículo 8. La servidumbre se constituirá para utilidad exclusiva del predio dominante y no se extenderá más allá de lo que sea necesario para alcanzarlo.

Artículo 9. 1. La servidumbre se ejercerá de la manera más adecuada para obtener la utilidad del predio dominante, y a su vez de la manera menos incómoda y lesiva para el predio sirviente.

2. El titular del predio sirviente tendrá derecho a la indemnización correspondiente por los daños y perjuicios causados por el uso de la servidumbre, de conformidad con la presente ley, que no sea consecuencia necesaria de su ejercicio.

Artículo 10. 1 El propietario del predio dominante podrá realizar en el predio sirviente las obras y trabajos necesarios para el uso y la conservación de la servidumbre, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 9.

2. Corresponderá al propietario del predio dominante el pago de los gastos de establecimiento y mantenimiento de las instalaciones necesarias para el uso de la servidumbre.

3. Sin embargo, si la servidumbre tiene también utilidad para el propietario del predio sirviente, éste deberá contribuir proporcionalmente.

4. El propietario del predio sirviente no podrá realizar ninguna obra que perjudique o dificulte el ejercicio de la servidumbre.

5. Lo dispuesto en los apartados 1, 2, 3 y 4 se entenderá sin perjuicio de pacto entre los interesados.

Artículo 12. Si por razón del puesto asignado primeramente o de la forma establecida para el uso de la servidumbre, el ejercicio de la misma se convierte en excesivamente gravoso o incómodo para el propietario del predio sirviente o le impide la realización de obras, reparaciones o mejoras, éste podrá exigir, a su cargo, las modificaciones que crea convenientes, siempre que sean las adecuadas para que no disminuya el valor de la servidumbre ni perjudique su uso.

Artículo 16. 1. La división del predio dominante no extingue la servidumbre, pero tampoco podrá hacer más molesto su ejercicio.

2. Si la servidumbre sólo es útil para algunas de las fincas que resultan de la división, el titular o los titulares del predio sirviente podrán exigir su extinción respecto a las otras.

---

dumbres pueden constituirse por contrato, por testamento o por el uso" (Sentencia 2 de junio 1969; ver también Sentencias del Tribunal Superior de Justicia de 13 de diciembre de 1990 y la 5 de febrero del mismo año).

3. En el caso de división o segregación, los titulares de la finca o fincas resultantes que no tengan utilidad alguna para el predio dominante podrán exigir la extinción de la servidumbre respecto de aquellas fincas.

El principio básico de la constitución y mantenimiento del derecho de servidumbre es la utilidad que reporta la misma al predio dominante. Tal característica reconocida en el Derecho romano y en el Código Civil, se manifiesta terminantemente en el artículo 8 de la Ley 13 “se constituirá para utilidad exclusiva del predio dominante”.

Se transportan a la Ley 13 normas ya existentes en el Código Civil, inclusive con cierta semejanza literaria. Así:

1. Los derechos del titular del predio dominante se extienden a todo lo que sea necesario para el uso de la servidumbre (art. 542 CC, art. 8, *in fine, a sensu contrario*, de la Ley 13).

2. Los derechos del titular de la servidumbre a hacer las obras necesarias para el uso y conservación de la servidumbre (40) (art. 543 CC y art. 10.1 y art. 9 de la Ley 13) (41).

3. Gastos de la constitución de la servidumbre (art. 544 CC, art. 10.2 y 3). Entiendo que resultará de aplicación lo señalado en el artículo 599 del CC, por el carácter supletorio del mismo, y el titular del predio sirviente que se haya obligado voluntariamente a costear los gastos de la servidumbre, podrá librarse de esta carga “abandonando” su predio al titular del dominante (la doctrina entiende que sólo la parte del fundo afectado por la servidumbre).

4. El deber del titular del predio sirviente de no impedir el ejercicio de la servidumbre (art. 545 CC, art. 10.4 de la Ley 13).

5. La facultad de cambiar el lugar asignando primitivamente a la servidumbre cuando se den determinados requisitos (art. 545, párrafo segundo del CC, art. 12 de la Ley 13) (42).

---

(40) Se ha señalado que el texto recoge la regulación tradicional catalana, que se basaba en el artículo 543 del Código Civil; así como lo dispuesto por el artículo 741 del Código Civil suizo y el parágrafo 1.020 y siguientes del Código Civil alemán (así ISAC AGUILAR, *ob. cit.*, pág. 323).

(41) ¿Tendrá que ser indemnizado el titular del predio sirviente por las obras que se realicen en su finca para el mantenimiento de la servidumbre? Este problema se ha planteado también en el derecho común (ver JUAN ROCA JUAN, *ob. cit.*, pág. 82). En el nuevo Derecho catalán parece deducirse este deber de indemnización, dado que son indemnizables los daños y perjuicios causados por “el uso de servidumbre, ..., que no sean consecuencia necesaria de su ejercicio”, según el artículo 10.1, y las obras y trabajos se autorizan siempre que “sean necesarios para el uso y la conservación de la servidumbre, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 9”. Podría tener su fundamento en el artículo 569 del Código Civil.

(42) La invariabilidad absoluta de las servidumbres estaba establecida en Cataluña para la de DEGOTIS, en la Costumbre 42 de SANCTACILIA, pero en el Derecho romano

6. La indivisibilidad de las servidumbres. La ley catalana mejora la redacción del texto del Código Civil y establece criterios ya señalados por los comentaristas del CC (43). En caso de que como consecuencia de la división o segregación se pierda la utilidad de la servidumbre para alguno de los fundos resultantes de dichas operaciones hipotecarias. Es decir, se consagra el principio romano básico de la necesaria utilidad de la servidumbre y su extinción en caso contrario (44).

7. ¿Es posible que el dueño del predio sirviente pueda liberarse de costear las obras necesarias para el uso y la conservación de la servidumbre, si se hubiera obligado a ello en el momento de su constitución, abandonando el predio al dueño del dominante? No veo ningún motivo para la aplicación a Cataluña de lo previsto en el artículo 599 del Código Civil. Así se reconocía con anterioridad incluso a la promulgación de la Compilación de Derecho especial (45).

*e) Extinción de la servidumbre: art. 13, 14 y 15*

Artículo 13. Las servidumbres se extinguirán:

- a) Por el no uso durante treinta años.
- b) Por el cumplimiento del término, en las temporales, o por el cumplimiento de la condición, en las condicionales.
- c) Por renuncia del titular del predio dominante.
- d) Por la redención convenida entre los titulares de los predios dominantes y sirvientes.

Artículo 14. 1. Si el ejercicio de la servidumbre resulta imposible, el titular del predio sirviente podrá exigir su extinción.

2. La imposibilidad de exigir la servidumbre se determina en función de la naturaleza de la servidumbre a la que afecta, pero en ningún caso se tendrá en cuenta la que dura menos de un año completo.

3. El titular del predio que fue dominante tendrá derecho a reclamar

---

en varios textos (como dice BORRELL y SOLER, *ob. cit.*, pág. 206, nota 5) permitía variar la forma cuando esta variación, lejos de hacerla más gravosa, la hace más ligera. Ahora hay que entender que la facultad de variar se aplica a todas las servidumbres, incluida la de degotis.

(43) Se ha señalado la influencia de los parágrafos 1.025 del BGB y 734 y 744 del Código suizo (así ISAC AGUILAR, *ob. cit.*, pág. 324).

(44) Se había afirmado el error del artículo 535 y la aparente contradicción del mismo: cada nuevo propietario de los fundos divididos o segregados no debe sufrir la servidumbre, sino sólo tolerarla en la parte del predio que le corresponda (así JUAN ROCA JUAN, *ob. cit.*, pág. 50 a 55).

(45) Admitido implícitamente entre otros por BORRELL y SOLER, *ob. cit.*, pág. 205.

al titular del que fue sirviente el restablecimiento, sin indemnización, de la servidumbre, si antes de transcurrido el tiempo necesario para la prescripción, las circunstancias de los predios dominante y sirviente permiten nuevamente su ejercicio.

Artículo 15. 1. La servidumbre de luces consistente en la lucerna, o sea, el vacío que mide una anchura constante en el parámetro externo de 12 centímetros y una altitud mínima de 45 centímetros y máxima de 70 centímetros, y la de “degotis” o desagüe adquiridas por usucapión se extinguirán cuando, por voluntad del dueño del predio dominante, se haga desaparecer el signo exterior, ventana, canal o conducción mediante el cual se ejercía.

2. De haber sido constituidas dichas servidumbres por título, sólo se extinguirán por no uso durante treinta años.

Artículo 17. La servidumbre no se extinguirá por el sólo hecho de que se consiga reunir en una sola persona a los propietarios de los predios dominante y sirviente, pero el interesado podrá manifestar su voluntad de extinguirlo y obtener su cancelación registral.

Son recogidas las mismas causas de extinción que las señaladas en el CC (46), con las siguientes diferencias (47):

1. La admisión de la llamada servidumbre del propietario, que se consagra explícitamente en la Ley 13, en su artículo 17.

2. La adaptación de la prescripción extintiva del CC a la prevista en la legislación catalana tradicional, desde los tiempos medievales, que sigue siendo treinta años (48).

3. El señalamiento que la imposibilidad de exigir la servidumbre se determinará en función de la naturaleza de la servidumbre a la que afecta, pero que en ningún caso se tendrá en cuenta la que dura menos de un año

---

(46) También se ha señalado por algunos autores que las servidumbres forzosas, como no se basan en la simple utilidad para el dominante, la desaparición de la necesidad que movió su constitución debe permitir al dueño del predio sirviente liberar su finca del gravamen que le ha sido impuesto, probando el hecho extintivo de que la necesidad ya no existe (así JUAN ROCA JUAN, *ob. cit.*, pág. 95). No veo inconveniente en aplicar esta causa de extinción al Derecho catalán.

(47) Ver BORRELL y SOLER, *ob. cit.*, págs. 210 a 216, en cuanto a la aplicación de las causas de extinción del Código Civil a Cataluña en el derecho anterior a la Compilación.

(48) Todo ello sin perjuicio de la USUCAPIO LIBERTATIS (del que creyó con buena fe y justo título adquirir, y adquirió pro prescripción, un derecho de propiedad libre de la servidumbre), que puede ser admitida como causa independiente de extinción de las servidumbres.

completo (planteándose la duda de que si debe contarse seguido o a intervalos).

4. Se retiene de los artículos de la Compilación lo previsto acerca de la extinción de la servidumbre de luces consistentes en la lucerna (49) y la *degotis* o desagüe (50), según se adquiriesen en virtud de título (se extinguen sólo por el no uso durante treinta años) o por usucapión (se extinguen por desaparición de los signos externos de las mismas) (51).

#### f) Clases de servidumbres según su forma de constitución

La nueva ley, después del estudio de las disposiciones generales aplicables a las servidumbres, dedica dos secciones más a las servidumbres: una a las servidumbres forzosas y otra a la voluntaria de luces y vistas. Ahora bien, las servidumbres forzosas reguladas pueden ser también constituidas de forma voluntaria; y la regulada por la nueva ley no es la única posible, sino que hay que entender aplicable a Cataluña el principio del *numerus apertus* en materia de constitución de servidumbres. Igualmente no creo que la ley abarque todas las servidumbres forzosas, sino que será de aplicación supletoria el Código Civil (por ejemplo, para la imposición de la servidumbre de desagüe de aguas pluviales, regulada por el artículo 589 de dicho cuerpo legal).

---

(49) Nos dice PELLA y FORGAS, *ob. cit.*, págs. 240 a 248, que las *Ordinacions* establecen una clasificación completa de ventanas, a saber: lluhernas (lucernas), rejaleras, croeras, ventana a cantó y ventanas prospectivas. La lluherna era la ventana alta de dos o tres palmos de destre y ancha sólo de medio palmo de destre, según la *Ordinacions* número 50 (el palmo de destre tiene 0,235 metros). No permite su escaso ancho otra utilidad, sino la de recibir luz, como sucede con las saeteras de que trata la Constitución de Zenón, a las que se parece y con las cuales las confunde el Código de las Costumbres de Gerona. También en el artículo de MELÓN INFANTE, *ob. cit.*, págs. 122 a 125 se mencionan las diferentes servidumbres de luces y vistas, señalando que tras la Compilación quedan reducidas a dos: servidumbre de luces mediante lucerna y todas las demás servidumbres de luces y vistas. La diferenciación se hace en función del diferente régimen de las servidumbres en cuanto a su adquisición.

(50) Nos dice PELLA y FORGAS, *ob. cit.*, págs. 250 a 253, que el *sticllcidio* es el *degotis* catalán o vertiente de tejados, aquella servidumbre que obliga al vecino a recibir el agua pluvial que cae sobre nuestro tejado; siendo la opuesta *STICLLCIDIUM NON AVERTENDI*, o sea el derecho de prohibir al vecino que recibe el agua de sus tejados para que esto resulte en utilidad mía, por ejemplo, para llenar mi cisterna. La servidumbre *FLUMINIS RECIPIENDI* es la que obliga al vecino a recibir el agua que llega por canal y con ímpetu.

(51) Se hecha de menos, como nos dice JUAN ROCA JUAN, *ob. cit.*, pág. 3, un precepto que hiciera posible la prevención de verdaderas necesidades que pudieran presentarse en casos concretos, valorables judicialmente como suficientes para exigir la constitución forzosa de una servidumbre de interés privado. Es criticable, por tanto, esta limitación en la fijación de los tipos de las servidumbres legales.

Por otra parte, muchas de las limitaciones del dominio por razón de la contigüidad de los predios pueden solucionarse mediante convenios entre los particulares, dando lugar a servidumbres voluntarias.

*f') Las servidumbres forzosas: artículos 18 a 24*

Artículo 24. 1. Las servidumbres forzosas a que se refieren los artículos 18 y siguientes hasta el 22 se regularán en lo que no determina en el título constitutivo, por lo que establecen las normas para las servidumbres voluntarias contenidas en los artículos 8 y siguientes hasta el 17, que les sean de aplicación.

2. La servidumbre forzosa de acueductos se regirá por la legislación de aguas.

Dentro de las llamadas servidumbres legales del capítulo segundo del título dedicado a las servidumbres ya el Código Civil distinguía entre las establecidas para utilidad pública o comunal, de las que estaban establecidas en interés de los particulares, o por causa de utilidad privada. La Ley 13 sólo regula las servidumbres legales o forzosas establecidas en interés de los particulares, aplicándose las normas de las servidumbres en general (artículo 551 CC, artículo 24 de la Ley 13), salvo para la servidumbre de acueducto que se rige por la legislación en materia de aguas (artículo 563 del CC, art. 24.2 de la Ley 13), es decir, la Ley de 2 de agosto de 1985 sobre regulación de las aguas.

Son reguladas las siguientes servidumbres forzosas:

*1. Servidumbre (52) de paso (53)*

Artículo 18. 1. El propietario de una finca que para su debida utilización necesita una salida a camino público, podrá exigir a sus vecinos previo acuerdo de una indemnización por los perjuicios causados.

---

(52) Se ha señalado refiriéndose al Derecho alemán que no nos encontramos ante una servidumbre forzosa, sino más bien ante una limitación legal del contenido mismo de la propiedad (así MARTIN WOLF, *ob. cit.*, pág. 370). MARTIN WOLF nos indica que “el derecho de paso es parte del contenido de la propiedad de la finca aislada, y el deber de tolerarlo del vecino pertenece al contenido de la propiedad de éste, igual que sucede con los vecinos afectados por las inmisiones permitidas o por las construcciones extralimitadas. No existe en ello una servidumbre predial de carácter legal, sino una extensión y limitación, respectivamente, del contenido de una y otra propiedad. Si el necesitado utiliza el paso por mi finca, no ejerce con ello un derecho que grave mi propiedad, sino su propio derecho de dominio; si se lo impido, tiene en méritos de tal violación de su

2. La anchura y las características del paso se fijarán en función de las necesidades de cultivo o la utilización normal del predio dominante.

3. La indemnización consistirá en el precio del terreno afectado, a excepción de que lo utilice también el propietario del predio sirviente, en cuyo caso la indemnización se reducirá proporcionalmente a la utilización respectiva prevista.

4. El paso se dará por el punto menos perjudicial o incómodo para los inmuebles grabados y a su vez más beneficioso para el predio dominante.

Artículo 19. El titular del predio sirviente podrá exigir la extinción de dichas servidumbres si la salida a la vía pública es inutilizada por un acto arbitrario del titular del predio dominante; éste podrá, sin embargo, reclamar el restablecimiento de la servidumbre pagando de nuevo la indemnización correspondiente.

Artículo 20. Si a consecuencia de un acto de disposición sobre una o más partes de una finca resulta alguna parte sin salida los titulares de las que sí tengan concederán paso sin indemnización a la parte sin salida.

Artículo 21. La servidumbre de paso es accesoria de las servidumbres principales de acueductos, de acequia, de pastos, de leñas y de las redes áreas y conducciones superficiales y subterráneas a las que se refiere el artículo 22.

2. También será accesoria para realizar las instalaciones necesarias para establecer una servidumbre y para realizar en ella trabajos de reparación y conservación.

Regulación idéntica, en esencia, a la establecida por el texto del Código

---

derecho de propiedad, una pretensión negatoria e imprescriptible dirigida a que se tolere el uso del paso" (*ob. cit.*, pág. 373). PÉREZ GONZÁLEZ y ALGUER, en ENNECERUS, KIPP y WOLF, señalan que en nuestro derecho el paso aparece como el derecho a una concesión forzosa de una servidumbre predial, salvo en dos supuestos: el acceso forzoso para obras y reparaciones a que se refiere el artículo 599 y la llamada servidumbre de paso de ganados (artículo 570).

(53) Parece que el núcleo más antiguo de las servidumbres se produjo en el ámbito de lo rústico y concretamente la de paso y acueducto, aunque la concepción originaria no fue la de configurarlas como *iura in re aliena*, sino la pertenencia de porciones de terreno al propietario del fundo al que sirven, sin excluir una especie de condominio con el propietario del fundo atravesado, llegándose al concepto de *iura* sobre fundo ajeno, con la progresiva determinación de los derechos que antiguamente venían absorbidos en el genérico poder soberano del "pater familias" (así en JUAN ROCA JUAN, *ob. cit.*, pág. 7, citando a GROSSO DEIANA, en "Servitù prediali". JUAN IGLESIAS, *ob. cit.*, pág. 332, nos dice que la idea actual de que la antigua servidumbre se concibió como "propiedad" tiene que ser rechazada: "los romanos no conciben que una cosa sea a la vez dos cosas y a esta consecuencia llegaríamos si dijéramos que la servidumbre es un fundus".

Civil español (54), aunque se ha dicho que hay una cierta influencia del BGB (55) y de ciertos criterios romanos (56):

- a) El presupuesto que da lugar a la aparición de la servidumbre: la necesidad de salida al camino público. Ahora bien, la ley catalana habla de que para “su debida utilización necesite una salida a un camino público”, no de que se encuentre enclavada “sin salida a camino público”, como dice el texto del Código. Ello permite afirmar que podrá establecerse la servidumbre forzosa de paso aún en los supuestos de que la finca tenga una salida a camino público, pero éste no permita la debida utilización del fundo, y ello en virtud del carácter eminentemente social de la propiedad (art. 18.1 de la Ley 13, art. 565 del CC) (57).
- b) La anchura del paso en función de las necesidades del predio dominante (art. 18.2 de la Ley 13, art. 566 del CC).
- c) El lugar del paso en función del menor perjuicio para el predio sirviente (art. 18.4 de la Ley 13, art. 565 del CC).
- d) La obligación de indemnización como consecuencia del establecimiento de la servidumbre (art. 18.3 de la Ley 13, art. 654 del CC). Tal obligación de indemnización no se exige cuando la situación es creada como consecuencia de un acto de disposición (art. 20 de

---

(54) En el Derecho catalán la servidumbre de paso para personas solas apenas se usa, salvo que sea para camino de SACRAMENTO, o como accesoria constante de la acequia o acueducto, y a la cual la costumbre 9 de SANCTACILIA señala el ancho de dos palmos y medios de destre; también se conocían la de CAMI RAMALER, EL CARRAL, CARRERERA O PASO DE CARRO, LA CARRERADA o paso para ganado. Entre las servidumbres urbanas, el Derecho catalán conocía los LLAMADOS PUENTES O CORREDORES de casa a casa, no permitiendo que se adquirieran por usucapción, según la costumbre 10 de SANCTACILIA, citado por BORRELL y SOLER, *ob. cit.*, pág. 165 a 167. PELLA y FORGAS, *ob. cit.*, págs. 216 a 225, nos estudia las servidumbres de caminos en Derecho catalán, diciéndonos como la regulación de las mismas ha sido elogiada por la doctrina al ser la legislación catalana una de las más prácticas y completas que se conocen.

(55) Se ha indicado la influencia de lo dispuesto en el parágrafo 917 y 918 del BGB (así ISAC AGUILAR, *ob. cit.*, págs. 326 y 327).

(56) En el Derecho romano se configuraban como servidumbres rústicas de paso la ITER, ACTUS y VIA. Ahora bien, la doctrina ha puesto de manifiesto que aunque puede señalarse un texto de ULPIANO como el origen de la servidumbre de paso forzosa (*iter ad sepulcrum*), lo cierto es que es creación del Derecho posterior, dado que el sistema romano de la *limutatio*, en los fundus rústicos (que dejaba siempre una zona neutra para el paso), y el del *ambitus*, que rodeaba las edificaciones urbanas “insula”, la hacían innecesaria (así JUAN ROCA, *ob. cit.*, págs. 154 y 155, donde señala antecedentes en las Partidas, en los Fueros municipales y en las costumbres municipales de Amiens y Lille, que pasan al Código francés).

(57) La solución ya se ha apuntado para el derecho común por la doctrina y la jurisprudencia (ver JUAN ROCA, *ob. cit.*, págs. 156 y 157).



la Ley 13, art. 567 del CC). El artículo 20 de la Ley mejora sustancialmente la redacción del artículo 567 al aplicarse también al enclave del predio retenido por el transmitente y a los casos de enajenación de parcelas a distintos adquirentes, que no eran contemplados directamente por el derecho supletorio, aunque analógicamente, y no sin problemas, quedaban comprendidos en la norma (58).

- e) La extinción de la servidumbre por desaparición del presupuesto legal para su aparición presenta diferencias entre el CC y la legislación catalana. En el Código Civil, si el paso deja de ser necesario por voluntad del dueño del predio dominante, el del sirviente puede pedir su extinción, pero da lugar a la devolución de la indemnización; en la ley catalana, sin embargo, sólo se contempla el supuesto de que la salida a la vía pública sea "inutilizada por un acto arbitrario del titular del predio dominante", dando derecho al titular del sirviente para que pueda pedir la extinción de la servidumbre.

Nada dice la ley catalana acerca de si la servidumbre se extingue en caso de que se abra un camino que dé acceso a la finca enclavada, o de que el titular del predio dominante reúna su predio a otra finca que sea contigua a camino público, pero hay que entender que supletoriamente es aplicable el texto común (art. 568, párrafo 2 del CC).

- f) La servidumbre se configura como accesorio de otras servidumbres de una manera expresa en la ley catalana, tal como se indicó por la doctrina para el Código Civil (art. 21 de la Ley 13) (59).

## 2. *Servidumbre de redes aéreas y de conducciones superficiales y subterráneas*

Artículo 22. 1. El propietario de un inmueble permitirá a cambio de la indemnización correspondiente la instalación a través de su finca y en beneficio de otra, de redes aéreas y de conducciones superficiales y subterráneas si la conexión a las conducciones públicas no se puede realizar por

---

(58) El Código Civil parte de que el predio enclavado sea el que se enajena, pero, como dice JUAN ROCA, *ob. cit.*, págs. 162 y 163, puede darse igualmente el supuesto contrario, enclave del predio retenido por el transmitente, planteándose el problema de si hay derecho a indemnización o no en el caso de adquisiciones gratuitas, que él lo resuelve aplicando analógicamente el artículo 567.

(59) Ver nota 23.

otro lugar sin gastos desproporcionados y si los perjuicios ocasionados no son sustanciales.

2. Si el interesado necesita sólo conectar su predio a la conducción que discurre por el predio vecino tendrá derecho a realizarla si paga los gastos de la conexión y la parte proporcional de la que al principio pagó el propietario afectado.

3. El dueño del predio por el que discurra la conducción podrá exigir que ésta se realice de forma que él también pueda servirse de la misma. En dicho caso, contribuirá proporcionalmente a los gastos producidos por la conexión.

4. Los interesados contribuirán al mantenimiento de la instalación proporcionalmente al uso que hagan de la misma.

5. En el caso de que las instalaciones a que se refieren los apartados 1, 2, 3 y 4 produzcan perjuicios, el beneficiado por la servidumbre deberá indemnizarlos.

Aparece como una novedad legal esta servidumbre, que de forma atípica, y en virtud del criterio del *numerus apertus*, se había convertido en usual en la práctica.

La ley catalana se limita a establecer el sistema de contribución al establecimiento y mantenimiento de la servidumbre, que no deja de ser una aplicación de la regla general señalada para todas las servidumbres (art. 22 de la Ley 13).

### 3. *Servidumbre de acueducto*

Artículo 23. 1. La servidumbre forzosa de acueducto permitirá al propietario del predio dominante conducir al agua a través del predio sirviente.

2. Dicha servidumbre atribuirá al propietario del predio dominante las facultades especificadas en la ley y en el título constitutivo y, en todo caso, las siguientes.

- a) Construir acequia, mantenerla, limpiarla de barro y otros residuos y dejarlos al margen.
- b) Hacer reparaciones y mejoras que no hagan más molestas la servidumbre y no perjudiquen el predio sirviente.

3. El titular del predio dominante será responsable de los perjuicios causados por inmisiones, filtraciones y otros defectos de construcción.

Queda configurada más técnicamente el contenido de la servidumbre de acueducto, en cuanto que el titular del predio dominante puede construir acequia, mantenerla, limpiarla de barro y otros residuos y dejarlos al margen, a la vez que hacer reparaciones y mejoras que no hagan más molesta la servidumbre y no perjudiquen el predio sirviente. Los comentaristas del CC ya habían apuntado tales derechos, aún cuando no recogían, como ahora se hace para Cataluña, en el texto legal (60).

Nada se dice acerca de la indemnización de los predios sobre los que transcurran las aguas; aunque debe interpretarse que es una omisión del legislador. Parece que supletoriamente son de aplicación los artículos 559 y 560 del texto común (61).

### *f'') Servidumbre voluntaria de luces y vistas*

Artículo 25. 1. La servidumbre voluntaria de luces permitirá recibir la luz que entra por el predio sirviente y pasa al predio dominante.

2. La servidumbre voluntaria de vistas comprenderá la de luces y permitirá abrir ventanas.

---

(60) La servidumbre de acueducto ya se encontraba regulada en el derecho civil catalán tradicional, en las *Ordinacions* 9 y 57. Decía la primera que si alguno deba dar paso a aguas para conducir las a otros predios, debe dejar espacio o senda de dos palmos y medio de destre, además del cauce donde pase el agua y junto a éste (así PELLA y FORGAS, *ob. cit.*, págs. 214 y 215).

(61) El artículo 46 de la Ley 2 de agosto de 1985, reguladora de las aguas señala como: 1. Los Organismos de Cuenca podrán imponer, con arreglo a lo dispuesto en el Código Civil y en el Reglamento de esta ley, la servidumbre forzosa de acueducto, si el aprovechamiento del recurso o su evacuación lo exigiera. 2. Con arreglo a las mismas normas, los Organismos de Cuenca podrán imponer las servidumbres de saca de agua y abrevadero, de estribo de presa y de parada o partidor, así como las de paso cuando se trate de garantizar el acceso o facilitar el mismo a zona de dominio público de los cauces, para usos determinados, incluyendo los deportivos y recreativos, y en general cuantas servidumbres estén previstas en el Código Civil. 3. El expediente de constitución de servidumbre deberá reducir, en lo posible, el gravamen que la misma implique sobre el predio sirviente. 4. La variación de las circunstancias que dieron origen a la constitución de una servidumbre dará lugar, a instancia de parte, al correspondiente expediente de revisión que seguirá los mismos trámites reglamentarios que los previstos en el de constitución. 5. El beneficiario de una servidumbre forzosa deberá indemnizar los daños y perjuicios ocasionados al predio sirviente de conformidad con la legislación vigente. También es interesante el artículo 6 de la ley que reglamenta una servidumbre para uso público en los márgenes de los cauces públicos, así como una zona de policía de cien metros de anchura en la que se condicionará el uso del suelo y las actividades que se desarrollen.

Hay igualmente una norma sobre titularidad demanial en el artículo 47 en el que se dice que en toda acequia o acueducto, el cauce, los cajeros y los márgenes serán considerados como parte integrante de la heredad o edificio a que vayan destinadas las aguas, o en caso de evacuación, de los que procedieran.

Artículo 26. 1. Si un predio tiene constituida a su favor una servidumbre de luces y vistas, el dueño del predio sirviente que quiera edificar deberá dejar ante la aberutra la androna a que se refiere el artículo 40, excepto que el título constitutivo establezca otra cosa, no obstante, podrá abrir ventanas que reciban la luz por dicha androna.

2. Si la servidumbre es solamente de luces, el dueño del predio sirviente podrá también edificar dentro del espacio de la androna hasta el borde inferior del hueco que da luces.

Los artículos 25 y 26 de la Ley 13 recogen lo ya establecido por el artículo 295 de la Compilación de Derecho civil de Cataluña en cuanto a esta servidumbre (62).

#### PARTE IV: LA REGULACION DE LAS INMISIONES Y ACCION NEGATORIA

Innovador respecto al ordenamiento general del Estado en materia privada resulta el capítulo I de la ley que venimos comentando, dedicado a la acción negatoria y las inmisiones en fundo ajeno. La acción negatoria aparece, como dice la Exposición de Motivos, como el marco general donde van a desarrollarse las demás instituciones.

Es cierto que los comentaristas del Código Civil, amparándose en diversos preceptos del mismo (artículo 1.908, especialmente en su número segundo, artículo 590, 7.2 y 3.1) habían intentado configurar una teoría general que respondiese a la cuestión de que hasta que punto está obligado el propietario de una finca a soportar una forma de utilización o aprovechamiento del predio ajeno que le cause molestias o bien que desvaloreice de cualquier forma su propiedad (63).

---

(62) Sobre la adquisición de esta servidumbre por prescripción se dice que "Item, que algún qui finestra haura, no la pot obtenir per prescripció, si doncs no la ha ab carta de son vehí, ans es feta en frau de la altra part" (Ordinacions 62).

(63) La norma del Código Civil más encuadrable como relación de vecindad de carácter obligacional figura en el artículo 1.908 del Código Civil, donde se declara la responsabilidad de los propietarios por los humos excesivos que sean nocivos a las personas o a las propiedades (hay que entender que la restricción del agente al propietario es excesiva y no puede entenderse en términos literales. Como nos dice HERNÁNDEZ GIL, "Las relaciones de...", *ob. cit.*, págs. 167 a 170, cualquier humo o inmisión no son suficientes para generar la responsabilidad, sino que se encuentra implícito aquí el dato social de la normalidad del uso: la especial sensibilidad de una persona no puede ser la medida de lo excesivo ni, correlativamente, la de lo tolerable. Por otra parte, no es indispensable la prueba de una conducta culpable o negligente para que exista el deber de indemnizar.

Y antes que estos comentaristas los clásicos habían fomulado diversas soluciones a la mencionada cuestión (actos de emulación: todo el mundo puede hacer en su predio aquello que quiera, con tal que no lo haga con ánimo de causar daño al vecino; la teoría de la inmisión: el fundo vecino no debe soportar inmisiones de los colindantes, sino en cuanto sean indirectas; la teoría de la normal tolerancia de IHERING o la teoría del uso normal; la teoría de la necesidad del uso de BONFANTE (64).

Falta en el texto común una regulación sistemática de las inmisiones y de la protección jurídica frente a las perturbaciones jurídicas o materiales en un predio procedentes de los vecinos. Es en este sentido, de ordenación sistemática, donde se encuentra el carácter innovador del texto catalán, que separa las relaciones de vecindad (que habría que entenderlas con el significado anteriormente expresado de real), de las inmisiones (que habría que entenderlas con el significado anteriormente expresado de obligatorio).

a) *Caracteres de la acción negatoria de la nueva ley catalana (artículos 1 y 2)*

Artículo 1. 1. El propietario de un inmueble tendrá acción para hacer cesar las perturbaciones ilegítimas de su derecho que no consistan en la privación o el retenimiento indebido de la posesión. Tendrá asimismo acción para exigir la abstención de perturbaciones futuras y previsibles del mismo género.

2. No corresponderá la acción:

a) Si los hechos actuales que se pretendan cesar o los futuros que se pretendan evitar no perjudican el interés del propietario en su propiedad.

b) Si por disposición de la ley o por negocio jurídico el propietario debe soportar la perturbación.

---

(64) Para un estudio de la evolución histórica de la dogmática en esta materia, ver HERNÁNDEZ GIL, "Las relaciones de...", *ob. cit.*, págs. 101 a 125. También muy interesante es el estudio de ALONSO PÉREZ, *ob. cit.*, págs. 367 y 386, donde nos señala como los antecedentes deben encontrarse en el Derecho romano (D. 8, 5, 8, 5), donde ULPIANO dice que *in sou enim alii hacenus facere licet, quatenus nihill in alienum immitat*. Se trataba de un caso en que un tal VITALIS arrienda a un municipio romano una fábrica de elaboración de quesos, y en consecuencia, se propongan humos y olores altamente nocivos a los pisos superiores. Los juristas consultados dicen que salvo servidumbre constituida no son lícitas las inmisiones de sólidos (piedras), líquidos (aguas) o gases (humos). JUAN IGLESIAS, *ob. cit.*, pág. 250, nos indica como no es clásica la doctrina de la prohibición de la INMISSIO IN ALIENUM, cuando reviste notable importancia, sino que el principio de la prohibición fue formulado por los justineanos, a través de una serie de interpolaciones.

Artículo 2. 1. La acción negatoria tendrá como objeto la protección de la libertad del dominio de los inmuebles y el restablecimiento de la cosa al estado anterior a una perturbación jurídica o material.

2. En el ejercicio de la acción negatoria, además del cese de la perturbación, podrá reclamarse la indemnización correspondiente por daños y perjuicios producidos.

3. En el ejercicio de la acción negatoria no será necesario que el actor pruebe la ilegitimidad de la perturbación.

4. La acción negatoria será incompatible con la reivindicatoria.

5. La acción negatoria prescribirá a los cinco años a partir de que el propietario tenga conocimiento de la perturbación ilegítima.

De los preceptos de la Ley 13/1990 pueden deducirse como características de la acción las siguientes:

1. La acción corresponde al propietario del inmueble. Toda la doctrina ha puesto de manifiesto cómo se encontrarán legitimados también los titulares de derechos reales sobre el fundo (65).

2. Tiene por objeto la protección de la libertad del dominio de los inmuebles frente a cualquier clase de perturbación, sea jurídica o material (artículo 2.1). Hay que entender que el legislador ha pretendido ampliar el ámbito de aplicación de la acción negatoria, como señalan LLUIS PUIG FERRIOL y ENCARNA ROCA TRÍAS, aunque de la lectura de diversos autores puede observarse que no es claro cuál era el campo actual de dicha acción (66).

---

(65) La acción negatoria, dice BORRELL, *ob. cit.*, pág. 149, corresponde al propietario de una casa frente al tercero que casi posea indebidamente algún derecho real sobre la misma; y también se da utiliter al poseedor, al enfiteuta, superficiario y hasta al acreedor hipotecario. La acción negatoria corresponde, dice BORRELL y SOLER, *ob. cit.*, pág. 149, al propietario y utiliter al poseedor, al enfiteuta, superficiario y hasta al acreedor hipotecario.

(66) Así ISAC AGUILAR nos dice que el objeto tradicional de la acción negatoria es el constituido por las ingerencias jurídicas y materiales (ISAC AGUILAR, *ob. cit.*, pág. 318). No obstante, JUAN ROCA JUAN, *ob. cit.*, pág. 12, nos señala, por ejemplo, que la acción negatoria se ejercita contra quien pretenda o afirme tener a su favor un derecho de servidumbre, ejercitando los actos *materiales* que correspondan al ejercicio de este derecho, y no contra cualquier perturbador frente al que pueden ejercitarse otras acciones de defensa. Y BORRELL y SOLER, *ob. cit.*, pág. 149, nos declara que la lesión del dominio que no consistiese en la cuasiposesión de un derecho real, con corpus y animus, sino en la lesión de carácter transitorio, no provocaría esta acción, sino la derivada del hecho.

En otro sentido, PUIG BRUTAU, *ob. cit.*, págs. 152 a 161, nos indica como la acción negatoria no será procedente cuando el propietario quiera eliminar una perturbación de hecho, pues tendrá los cauces de los interdictos. GONZÁLEZ PORRAS, en BIONDI, *ob. cit.*, pág. 1.126, nos comenta cómo en el Derecho romano la acción negatoria se destinaba a la defensa de la propiedad contra las servidumbres que otro le atribuía, pero a través

El legislador catalán contrapone las perturbaciones jurídicas a las materiales, estableciendo que tanto unas como las otras darán lugar a la acción negatoria. ¿Qué se quiere decir exactamente? ¿Dónde se encuentra la diferencia? ISAC AGUILAR (67) manifiesta al comentar el artículo 1 del anteproyecto que la acción frente a las perturbaciones jurídicas se ejercerá contra quien alega ser propietario o titular de un derecho real, como, por ejemplo, de una servidumbre; y en el caso de las perturbaciones materiales, frente a quien introduce objetos en la finca o provoca inmisiones sustanciales, así como también se comprenderán los casos de perturbaciones sin inmisión ni introducción (fotografías en fundo ajeno), perturbaciones negativas (privación de señales de telecomunicación, vistas panorámicas) o perturbaciones ideales como la del tipo estético. La doctrina había hablado en otro sentido de perturbaciones de hecho frente a perturbaciones jurídicas (68).

A mi modo de ver, la contraposición jurídico-material realizada por la ley no es del todo correcta, aunque puede servir para entender el espíritu del legislador. Toda perturbación en fundo ajeno o es relevante desde el punto de vista jurídico o no lo es. En realidad, la perturbación es un hecho del mundo de la realidad, que cuando es tomado en cuenta por el Derecho, para derivar consecuencias jurídicas, se convierte en jurídico y, por tanto, toda perturbación, todo hecho, que cae bajo la ley comentada es por esa misma razón jurídico. Ahora bien, hay hechos o perturbaciones (jurídicas) que bien aisladamente o bien en unión de otros hechos son expresivos del ejercicio de una servidumbre (la instalación de un conducto de desagüe a través de la finca próxima es una perturbación, que puede además repre-

---

de la evolución del Derecho común la acción negatoria se amplió hasta el punto de poder utilizar para oponerse a cualquier perturbación de un predio, además de la procedente de querer ostentar sobre el mismo un derecho de servidumbre. Y el mismo BIONDI, *ob. cit.*, págs. 1.122 a 1.124, nos dice como el ámbito de la negatoria se encontrará en las limitaciones legales por razón de las relaciones de vecindad, llámese como se quiera la acción. Y terminantemente ALONSO PÉREZ, *ob. cit.*, pág. 368, escribe que toda invasión puede dar motivo al ejercicio de la acción negatoria de la perturbación. Ver también la nota 8.

(67) ISAC AGUILAR, *ob. cit.*, pág. 316.

(68) Así Díez PICAZO, en "Fundamentos...", págs. 733 a 735, nos dice que podríamos hablar de perturbaciones de mero hecho, frente a las perturbaciones que afectan a la situación jurídica o perturbaciones jurídicas. La perturbación de hecho consiste en atacar el señorío posesorio, tendiendo a provocar una disminución material en el goce de la cosa y caracterizándose fundamentalmente porque el que la realiza no pretende ostentar un derecho sobre la cosa (que tendría su amparo en el Código Civil en el artículo 1.560); mientras que en las perturbaciones jurídicas, el tercero que las provoca realizaría, frente al titular del derecho, actos que son o que pretender ser de ejercicio de otro derecho (que tendría su amparo en el artículo 1.502 del Código Civil). También nos encontraríamos, dice este autor, con situaciones en que sin modificación alguna del estado posesorio anterior se niega o desconoce el derecho.

sentar el ejercicio del contenido de un derecho real de servidumbre); y hay otros hechos o perturbaciones (también jurídicas) que no representan tal ejercicio directamente (el ruido procedente de la casa del vecino). El legislador se refiere a perturbaciones jurídicas en el primero de los sentidos expresados, y a perturbaciones materiales, en el segundo; pero olvida que muchas de las perturbaciones materiales pueden llegar a convertirse en perturbaciones jurídicas: uno, empieza a realizar actos emulativos sobre fundo ajeno y después pretende que dichos actos son como consecuencia del ejercicio de un derecho real de servidumbre.

En el marco de las perturbaciones materiales se encontrarían las inmisiones, tal como son definidas por la doctrina (68 bis).

Entiendo, pues, que la acción negatoria se ejercitará, según el nuevo texto, frente a cualquier perturbación; lo cual no debe impedir, a mi modo de ver, que puedan utilizarse otras acciones cuando no sea posible el ejercicio de la misma (por ejemplo, no veo inconveniente en que cuando se produzca la existencia de humos en una propiedad, procedentes del vecino, pueda ejercitarse la acción de responsabilidad extracontractual además de la negatoria.

3. No se aplicará a aquellas perturbaciones que consistan en la privación o en el retenimiento indebido de la posesión (artículo 1.1), precisamente porque el propietario o el poseedor de un inmueble ya se encuentra protegido frente a estas perturbaciones por otros cauces procesales —los interdictos de retener y recobrar la posesión o la antigua acción publiciana. La acción se considera incompatible con la acción reivindicatoria (artículo 2.4).

4. Las perturbaciones, jurídicas o materiales, han de ser ilegítimas (artículo 1.1), en el sentido de que el propietario no tiene que estar por la ley o por negocio jurídico con el perturbador (o con el propietario del fundo que motiva la perturbación) obligado a soportarlas (artículo 2 b). Pero, al igual que en el artículo 1.908, párrafo segundo, del texto común, la responsabilidad es objetiva, aquí nos encontramos con que es suficiente que la acción perturbadora sea antijurídica, sin exigir una intención dolosa o culposa en su autor (69).

---

(68 bis) PUIG FERRIOL Y ROCA TRÍAS, *Institucions*, pág. 235, definen las inmisiones como “invasió de la finca vena, que es produeix per mitjà de la penetració de substàncies molestes, com poden ésser per exemple sorolls, vibracions, fums, gasos, olors, pols, calor, cendres, nocives per a les activitats que es desenvolupen en el predi veí i perjudicials per a la salut de les persones o perilloses per raó dels riscos que comporten”.

(69) La doctrina se ha preguntado acerca del fundamento de la responsabilidad. Así ALEX WEILL, *ob. cit.*, págs. 270 a 274, nos dice como no puede ser que la responsabilidad derive de una especie de cuasicontrato de vecindad, como se creyó inicialmente sobre la base de un texto de POTHIER; ni tampoco en el abuso del derecho de propiedad, pues esta requiere una falta del propietario, y en algunos casos de responsabilidad, como



No obstante, el actor no tiene que probar la ilegitimidad de la perturbación, correspondiendo, por tanto, la prueba de que puede hacerse tal inmisión al demandado (artículo 2.3). La doctrina tradicional predicaba tal característica de la acción negatoria al presumirse el dominio libre de cualquier limitación o servidumbre, teniendo sólo el actor que justificar su derecho de propiedad y probar la perturbación que el demandado le haya causado en el goce de su propiedad (70).

5. Las perturbaciones pueden ser actuales, pero también puede exigirse el cese de las perturbaciones futuras y previsibles del mismo género (artículo 1.1 *in fine*). Se enmarcaría así dentro de la acción negatoria algunas acciones tradicionales como la de daño temido (*damni infecti*) (71).

6. Las perturbaciones tiene que ser importantes, no dándose la protección jurídica para aquellos casos en que sean inocuas o no causen perjuicios no sustanciales en el fundo, es decir, cuando los hechos actuales que se pretenden cesar o los futuros que se pretendan evitar no perjudiquen el interés del propietario en su propiedad [artículo 2 a) y artículo 3]. Ahora bien, las inmisiones dirigidas especial o artificialmente contra la propiedad

---

en los supuestos de autorización administrativa para la instalación de una fábrica, no podemos entender que se dé tal falta. Estaría según la jurisprudencia francesa en el "dépassement des inconvénients normaux du voisinage". El autor señalado indica se pregunta con muy buen criterio. Unité ou pluralité des fondements? Peut-on dégager en la matière l'existence d'un fondement unique? Ne vaut-il pas mieux admettre qu'au pluralisme des responsabilités, correspond une pluralité de fondements?

(70) MARTÍN WOLF, *ob. cit.*, pág. 355, nos indica como las limitaciones legales del contenido de la propiedad inmobiliaria en cuanto a las inmisiones pueden modificarse por contrato. Los vecinos interesados pueden otorgar contratos obligatorios sin eficacia frente a los ulteriores propietarios (a menos que exista una cesión o una asunción de deuda); y contratos reales de modificación que tendrían por contenido la constitución de un derecho real de servidumbre predial, consistente en la reducción o aumento de las inmisiones legales. Estos últimos requerirían en nuestro Derecho documento público e inscripción en el Registro de la Propiedad para poder afectar a los terceros propietarios de las fincas afectadas (artículo 1.280 del Código Civil). Señala también MARTÍN WOLF como se puede regular por contrato tanto la mediada de las inmisiones, como el establecimiento o exclusión de pretensiones de indemnización.

(71) La doctrina había señalado para el derecho común como los artículos 389 a 391 (edificios ruinosos y árboles que amenacen ruinas) son limitaciones de la propiedad, que puede traducirse, como es lo normal, en una relación de vecindad porque los propietarios de los fundos vecinos son los más afectados, aunque no sean el interés de éstos el único protegido. Por tanto, como dice HERNÁNDEZ GIL, *ob. cit.*, págs. 142 a 146, el hecho de que el artículo 391 remita a los artículos 1.907 y 1.908, reguladores de la responsabilidad civil, no quiere decir que el único efecto de los artículos 389 a 390 sea el indemnizatorio. En este sentido, MARTÍN WOLF, *ob. cit.*, pág. 357, nos indica como el parágrafo 908 del BGB da una protección preventiva frente a las amenazas de derumbarse una casa o desprenderse una parte de la misma, sustituyendo a la *cautio damni infecti* del derecho común.

ajena no deben tolerarse (artículo 3.6), como tampoco aquellas que tengan una intención de dañar (artículo 3.1) (72).

No es definido por el legislador que debe entenderse por “sustancial”, aunque se ha señalado que debemos acudir a criterios económicos.

7. La acción se configura con un cuádruple fin: poner fin a la perturbación producida, evitar el daño futuro previsible, resarcir o indemnizar (artículo 2.2, 3.1, 3.4 y 3.5) y compensar económicamente de los daños que puedan producirse en el futuro (artículo 3.4) (73).

8. La acción es prescriptible, teniendo en el nuevo texto un plazo de ejercicio de cinco años, contados desde el momento en que el propietario tenga conocimiento de la perturbación ilegítima (artículo 2.5) (74).

Por otra parte, si el titular de un predio perturba jurídicamente el predio vecino mediante el establecimiento de un signo o, en general, la realización de un acto propio del contenido del derecho de servidumbre, el titular del fundo que ha sufrido la perturbación podrá ejercitar la acción negatoria por un plazo de cinco años, a contar de que tenga conocimiento de la perturbación ilegítima, volviendo las cosas al estado original. El no ejercicio de tal acción durante dicho plazo, hace que no pueda ejercitarla, al haber prescrito, pero no le impide eliminar los signos exteriores del ejercicio de dicha servidumbre, siempre que tal eliminación no suponga una inmisión en el fundo dominante o en otro. Una vez adquirida la servidumbre por usucapión, si se pretendiese eliminar dichos signos externos, el titular del predio sirviente podrá ejercitar la acción confesoria (salvo y por expresa mención del artículo 15 de la ley, antiguo 284 de la Compilación, en las servidumbres de luces o lucerna y de degotis o degaüe).

Estamos totalmente de acuerdo con la crítica que realiza LLUIS PUIG FERRIOL y ENCARNA ROCA TRÍAS a esta variación del plazo de prescripción de la acción negatoria de treinta años a cinco: “Les diferències entre un termini de trenta anys i un termini de cinc anys, per unes institucions regulades en un mateix text legal i que, per consegüent, cal pensar que es fonamenten en uns mateixos principis comuns, són massa considerable i no semblen fàcilment justificables” (pág. 264).

(72) ISAC AGUILAR, *ob. cit.*, pág. 318.

(73) Se ha indicado que sería distinta la acción de cesación de la acción de responsabilidad civil (así ISAC AGUILAR, *ob. cit.*, pág. 317). No obstante, la acción negatoria también da lugar a la exigencia de la correspondiente indemnización.

(74) Con relación a desde que momento se cuenta en los casos de perturbaciones continuadas y permanentes, ver SANTOS BRIZ, *ob. cit.*, págs. 643 a 645, donde cita diversas sentencias del Tribunal Supremo. Señala que en estos casos, el día inicial de la prescripción será no el del comienzo del hecho, sino el de su verificación total. Distingue también el autor, basándose en CALVILLO, a los efectos de la prescripción entre daños continuados, actos instantáneos con efectos permanentes y daños progresivos.

*b) Concepto de la acción negatoria*

Podemos definirla como aquella acción que tiene el propietario de un inmueble para hacer cesar las perturbaciones ilegítimas, jurídicas o materiales o exigir la abstención de perturbaciones futuras y previsibles del mismo género, que no consistan en la privación o el retenimiento indebido de la posesión y siempre que perjudique el interés de dicho propietario en su propiedad, así como para reclamar la indemnización correspondiente por los daños y perjuicios producidos y el restablecimiento de la cosa al estado anterior a dicha perturbación jurídica o material.

*c) Clases de inmisiones (artículo 3)*

Artículo 3. 1. Las inmisiones producidas por actos ilegítimos del vecino que causen daños al inmueble quedarán prohibidas y generarán responsabilidad por el daño causado. El propietario del inmueble afectado por una inmisión dolosa o culposa tendrá acción negatoria para hacerla cesar y derecho a recibir la indemnización correspondiente por los daños causados.

2. Todo propietario deberá tolerar las inmisiones que provengan de una finca vecina, si éstas son inocuas o si causan perjuicios no sustanciales.

3. Igualmente, tolerará las inmisiones que produzcan perjuicios sustanciales si son consecuencia del uso normal del predio vecino, según la costumbre local, y si la cesación comporta un gasto económicamente desproporcionado. Asimismo podrá adoptar las medidas procedentes para atenuar los daños a cargo del propietario vecino.

4. En dicho caso el propietario afectado tendrá derecho a la indemnización por los daños producidos en el pasado y a una compensación económica, fijada de común acuerdo o judicialmente, por los que se produzcan en el futuro si estas inmisiones afectan exageradamente al producto del predio o al uso normal del mismo, según la costumbre local.

5. Las inmisiones sustanciales provenientes de instalaciones autorizadas administrativamente facultarán solamente al propietario vecino afectado para solicitar la adopción de las medidas técnicamente posibles y económicamente razonables para evitar consecuencias dañosas.

Si aún así las consecuencias no pudiesen evitarse, el propietario podrá reclamar la indemnización correspondiente por los daños y perjuicios sufridos.

6. Ningún propietario estará obligado a tolerar inmisiones dirigidas especialmente o artificialmente contra su propiedad.

a') *Atendiendo a su admisión o no, así como al diferente grado de resarcimiento del daño producido por unas u otras podemos clasificarlas en diferentes grupos:*

1. *Según que intervenga o no dolo o culpa de parte del perturbador*

Anteriormente hemos indicado al definir las características de la acción negatoria que la responsabilidad es objetiva, prescindiendo del grado de culpabilidad del autor. Ello no hace más que continuar la doctrina tradicional de los comentaristas del Código que hablaron de una responsabilidad objetiva en alguno de los supuestos del capítulo II del título XVI del Código Civil, relativo a las obligaciones que nacen de culpa o negligencia (en especial el artículo 1.908, número 2) (75).

Sin embargo, el nuevo texto catalán, en su artículo 3.1 se refiere a que “el propietario del inmueble afectado por una inmisión dolosa o culposa tendrá acción negatoria para hacerla cesar y derecho a recibir la indemnización correspondiente por los daños causados”. ¿Quiere esto decir que sólo se dará cuando en la inmisión intervenga dolo o culpa del actor? No es ésta la intención del legislador, si se compara este último párrafo del artículo 3.1 con el inicio del mismo artículo o simplemente con los demás supuestos del mismo, en donde se prescinde de la intencionalidad del agente provocador. Entiendo que el supuesto comentado se está refiriendo a aquellos casos en que se produce una inmisión en el fundo ajeno con intención (con dolo o con culpa o negligencia) de dañar y se encuadraría en los actos emulativos del Medioevo; no exigiéndose, por tanto, ni que la inmisión sea sustancial, ni que se realice de una forma o por un conducto especial. Por otra parte, el resarcimiento de daños y perjuicios podría variar en función del mayor o menor grado de culpabilidad (a semejanza del incumplimiento contractual del artículo 1.107 del Código) (76).

(75) En el derecho medieval la doctrina de la *aemulatio* se basó en el principio de *Quod ali nocet et sibi non prociat*. Cino de Sinibuldi, sobre fórmulas de BALDO DE UBALDIS, en el siglo XIV, en un informe sobre la apertura de una ventana molesta sobre la finca del vecino, manifestó que se prohíbe al propietario de una finca aquellos actos que sin reportarle una utilidad, se realizan con ánimo de perjudicar al vecino. Así pues, en el Medioevo, por influencias canonistas, se dio importancia a la intención del sujeto provocador; pero en el Derecho moderno, como nos dice ALONSO PÉREZ, *ob. cit.*, págs. 272 a 274, la doctrina de la *aemulatio* pierde su protagonismo al no permitir resolver múltiples conflictos vecinales en los que no queda o es difícil demostrar la intención de causar daño. Por otra parte, nos dice este autor, como la “doctrina de la *aemulatio* no es otra cosa que una especial forma de la *inmissio*, dado que el requisito del daño es común a ambas categorías”, así como que “si del acto se infiere la inutilidad y el propósito de dañar, constituirá para el agente una hipótesis más de responsabilidad civil por culpa”.

(76) Estas conductas deben situarse dentro del ejercicio antisocial de un derecho. Así el BGB, en su párrafo 226, declara “el ejercicio de un derecho es inadmisibile

2. *Según que sean o no dirigidas especialmente al fundo vecino (artículo 3.6)*

Se inspira el precepto en el derecho alemán cuando dice el número 3 del párrafo 906 del BGB que “Die zuführung durch eine besondere leitung ist unzulässig”, es decir, no está permitida la penetración a través de un conducto especial.

El legislador catalán prohíbe las inmisiones dirigidas “especialmente o artificialmente”, mientras que el alemán se refiere a las inmisiones a través de un conducto especial. Tanto uno como otro texto intentan prohibir aquel tipo de penetración o inmisión en fundo ajeno que se realiza de una forma directa (así si una persona para eliminar los humos de su casa, construye una canalización que desemboca en la casa vecina, está dirigiéndose indiscriminadamente a un vecino y no a otro, por una parte, e invadiendo directamente el fundo ajeno, por otra). La artificiosidad será una prueba de que se está realizando un acto emulativo en la propiedad del vecino, pero no toda inmisión artificial necesariamente se dirige especialmente a la finca vecina. Quizá, por tanto, hubiera sido preferible prohibir toda inmisión dirigida especialmente de una forma artificial o simplemente toda inmisión especial.

3. *Según que sean inocuas o sustanciales (artículo 3.2)*

El legislador catalán, basándose en el derecho alemán, expresa que no habrá acción en caso de que la perturbación no perjudique el interés del propietario en su propiedad [artículo 1.2 a)], admitiendo como tolerables aquellas perturbaciones que sean inocuas o no causen perjuicios sustanciales (77).

---

cuando sólo puede tener por fin causar daño a otro”. El artículo 2 del Código suizo proclama que “Cada uno está obligado a ejercer sus derechos y a ejecutar sus obligaciones según las reglas de la buena fe. El abuso manifiesto del derecho no está protegido por la ley”. Y el artículo 833 del Código italiano señala que “El propietario no puede realizar actos que sólo tengan el fin de dañar o causar molestias a otros”. Como señala HERNÁNDEZ GIL, “Las relaciones de...”, *ob. cit.*, pág. 118 es el suizo quien realiza una enunciación del principio más amplia, al apartarse de la intencionalidad en el ejercicio.

(77) Así el BGB manifiesta que: Der eigenthümer eines grundstücks kann die zuführung von gasen, dämpfen, gerüchen, rauch, russ, wärme, geräusch ers chüttierungen und ähnlliche von einem anderen grundstück ausgehende einwirkungen insoweit nicht verbieten, als die einwirkung die benutzug seines grundstücks nicht oder nur unwesentlich beeinträchtigt (el propietario de una finca no puede impedir la propagación de gases, vapores, olores, humos, hollín, calor, trepidaciones, ruido e inmisiones parecidas procedentes de otra finca, siempre que la inmisión no perjudique o sólo de modo no sustancial al aprovechamiento de su finca).

La sustanciabilidad del perjuicio será indudablemente una cuestión probatoria que en última instancia quedará al arbitrio del juzgador de instancia. Hay que pensar que la valoración de si una perturbación es o no sustancial a la finca debe realizarse en función de criterios económicos, atendiendo a la naturaleza y a la finalidad propia de la finca vecina y no a la persona del vecino, más o menos sensible (78).

4. *Según que provengan o no de instalaciones autorizadas administrativamente (artículo 3.5)*

Cuando la inmisión en el fundo ajeno proceda de una instalación en el vecino que ha sido autorizada administrativamente (cumpliendo entonces los requisitos de derecho administrativo exigidos), se puede llegar a producir una colisión entre el Derecho Privado y el Público (79). Si la inmisión no es sustancial debe tolerarse (y ello esté autorizado o no el vecino para dicha instalación, sin perjuicio, es este caso, de la correspondiente reclamación en vía administrativa); pero si es sustancial el perjudicado debe también tolerarla y sólo puede, si es posible, “solicitar la adopción de las mediadas técnicamente posibles y económicamente razonables para evitar consecuencias dañosas”, y en última instancia, “si aún así las consecuencias no pudieran evitarse, el propietario podrá reclamar la indemnización correspondiente por los daños y perjuicios sufridos” (artículo 3.5) (80).

---

(78) Así MARTÍN WOLF, *ob. cit.*, pág. 351. También ISAC AGUILAR, *ob. cit.*, pág. 318, comentando la nueva ley catalana señala que los perjuicios deben entenderse en términos económicos. Igualmente, PUIG FERRIOL, *Institucions*, pág. 235, señala como se habrá de tener en cuenta fundamentalmente la naturaleza y finalidad propia de la finca que sufre la inmisión.

(79) Ya en el Derecho alemán MARTÍN WOLF, *ob. cit.*, pág. 353, nos indica como una vez establecida una instalación industrial con licencia de la autoridad, conforme a la ley industrial, el vecino no tiene pretensión alguna para que se suspenda la explotación, aunque produzca influencias considerables y contrarias al uso de la localidad. Sólo puede exigir que se suprima todas las molestias que quepa evitar y se instalen en su caso dispositivos de protección (por ejemplo, chimeneas más altas, sordinas). En otro orden de cosas, nos dice que la pretensión de indemnización en este caso no es de naturaleza delictual, sino basada en la pretensión de libertad de la propiedad en grado atenuado.

(80) SANTOS BRIZ, *ob. cit.*, págs. 645 y 646, nos comenta la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de marzo de 1981, en la que dio el supuesto de explotación por la demanda de una fábrica de cemento colindante con el inmueble propiedad del actor, en cuyo arbolado causaron daños las emanaciones de polvo procedentes de la fábrica. La demandada señaló que los daños no se habían producido de forma antijurídica, declarándose por el Tribunal Supremo que la relación o juicio de antijuricidad no se basa exclusivamente en ser el acto inculminado contrario a una concreta norma jurídica (normativa administrativa sobre la instalación fabril), precisamente porque si se dieron

¿Puede reclamar una compensación económica por los perjuicios que se van a producir en el futuro, además del resarcimiento de los ya producidos? El texto catalán omite esta compensación (a diferencia de lo expresado en el número anterior de este artículo), pero no veo ninguna objeción para que admita que aunque la perturbación sea autorizada por un acto administrativo puede dar lugar a una indemnización por los daños causados hasta el momento de la reclamación civil, no deba extenderse la tutela judicial a la compensación económica de los futuros.

5. *Según que las inmisiones sean consecuencia o no del uso normal del predio perturbador y afecten exageradamente o no al producto del predio o al uso normal del predio perturbado (artículo 3.3 y 4)*

Toda inmisión sustancial no debe tolerarse, a excepción de las autorizadas administrativamente, y de las mencionadas anteriormente.

El texto catalán se inspira directamente en el BGB cuando dice que “Das gleiche gilt landsweit, als eine wesentliche beeinträchtigung durch eine ortsübliche benutzung das anderen grundstücks herbeigeführt wird und nicht durch massnahmen verhindert werden kann, die benutzern dieser art wirtschaftlich zumutbar sind. Hat der eigentümer hiernach eine einwirkung zu dulden, so kann er von dem benutzer des anderen grundstücks einem angemessenen ausgleich in geld verlangen, wenn die einwirkung eine ortsübliche benutzung seines grundstücks oder dessen ertrag uber das zumutbare mass hinaus beeinträchtigt” (se aplicará la misma disposición —es decir, la tolerabilidad de la inmisión— cuando se produce un perjuicio sustancial por un aprovechamiento de la otra finca de acuerdo con los usos locales y que no se puede impedir mediante la adopción de medidas exigibles económicamente a quienes tiene un aprovechamiento de esta índole. Si el propietario debe soportar, en consecuencia, la inmisión, puede exigir igualmente de quien tiene la otra finca una adecuada compensación pecuniaria, cuando la inmisión perjudique un aprovechamiento de su finca conforme a los usos de la localidad o perjudique el aprovechamiento de aquella por encima de la medida tolerable).

---

los daños es que las garantías adoptadas conforme a esas disposiciones no fueron suficientes. De ahí, dice el autor mencionado, que “la antijuricidad, como requisito de la responsabilidad extracontractual, no se elimine al presuponer un acto conforme a las normas, sino que se integra por faltar el mandato general de diligencia al actuar frente a bienes jurídicos protegidos” En otras ocasiones, se ha acudido por el Tribunal Supremo para justificar el deber de indemnizar más que a la antijuricidad del acto, que hasta cierto punto no sería contrario a derecho, a la exigencia de justicia conmutativa de que el perturbador ha defendido su derecho en su interés y en perjuicio del otro, sin respeto a la propiedad ajena y todo ello aún siendo autorizado por la normativa administrativa.

Como dice MARTIN WOLF (81), comentando el derecho alemán, el concepto de lo "usual en la localidad" no hace referencia a un derecho consuetudinario local, sino a usos de hecho, dotados de virtud normativa. Las molestias usuales de la localidad, aunque produzcan daños de consideración son, sin embargo, legítimas. Deben ser consideradas como actividades normales y ser aceptadas por todos los vecinos sin que éstos tengan pretensiones de indemnización o de defensa. A veces, podrán adoptarse medidas protectoras, pero será necesario valorar y sopesar el coste de las medidas y la gravedad de las molestias sufridas. En cualquier caso si no pueden adoptarse tales medidas si será posible una indemnización cuando se den las circunstancias marcadas en la ley.

*b) Atendiendo a las características, contenido y finalidad de la inmisión o perturbación podemos distinguir:*

Ya hemos indicado anteriormente cómo el legislador catalán y también algunos autores hablan de perturbaciones jurídicas y perturbaciones materiales, estableciendo entre ellas una contraposición. Entiendo que podríamos hablar de:

*1. Según que afecten directamente a las fincas o a las personas*

Toda perturbación, como todo derecho, se da sólo entre las personas. Una perturbación es producida por una persona frente a otra. Ahora bien, hay inmisiones que son de carácter personal y afectan directamente a las personas e indirectamente a los inmuebles; y hay otras que se dirigen a la casa, aunque a través de ella influyen en la persona. Pensamos, por ejemplo, en el ruido (82) o en las trepidaciones (contemplado expresamente en el BGB o en el Código austriaco), como una perturbación encuadrable

---

(81) MARTÍN WOLF, *ob. cit.*, págs. 352 y ss. Nos dice este autor cómo hay que tener en cuenta los avances en la técnica y el desarrollo del tráfico, que no es posible detener por la simple alegación de los que ha sido usual hasta ahora. Hay que tolerar las molestias que son usuales en el lugar, no las que lo fueron un tiempo, ni tampoco las que acaso lo sean pronto.

(82) Sobre la problemática del ruido en la nueva sociedad y sus correlaciones con los artículos 1.907 a 1.909, ver SANTOS BRIZ, *ob. cit.*, págs. 647 a 657. ALONSO PÉREZ, *ob. cit.*, pág. 385, nos habla cómo la jurisprudencia alemana ha considerado como inmisiones en fundo ajeno el sonido extemporáneo de las campanas de una iglesia, excesivo croar de las ranas, los ruidos de los niños en un kindergarten, el graznido nocturno de los ánades, o tocar el piano pasada las once de la noche en un restaurante, los ruidos procedentes de una bolera, o la música y canciones en una casa de huéspedes que impide dormir a los vecinos.



dentro de las primeras, y que afecta directamente a las personas (aunque puede llegar a tener incidencias en la propiedad: así la discoteca situada en una planta baja de un inmueble puede llegar a hacer disminuir el valor económico de las fincas próximas a ella).

La defensa frente a las inmisiones de carácter personal se ha configurado tradicionalmente en el derecho común dentro de la responsabilidad extracontractual (por riesgo o no, según los supuestos), acudiéndose a los principios de buena fe o de abuso del derecho.

## 2. *Según que puedan suponer el ejercicio de un derecho de servidumbre o no*

Hay perturbaciones que no suponen el ejercicio de un derecho de servidumbre: todas las que afectan directamente a las personas, pero también muchas de las que afectan directamente a los predios. Redactando este comentario fui requerido como Notario por dos personas que eran inquilinos de los pisos bajos de una casa en el centro de mi población de residencia para que observase el estado de los pisos superiores: personado en el lugar se constató que las ventanas se encontraban abiertas y habían entrado las palomas, constituyendo todo el edificio, excepto los locales arrendados, un verdadero palomar. Los inquilinos me decían que el propietario del inmueble había realizado la abertura de las ventanas para forzarles a pactar un nuevo contrato de alquiler o inclusive para que se fueran y así poder vender el edificio a una inmobiliaria. Es indudable que nos encontrábamos ante una inmisión en fundo ajeno, con intención maliciosa de dañar a los arrendatarios. Al margen de la problemática de si en este supuesto podían los arrendatarios de los bajos utilizar la negatoria contra el propietario de los mismos, o si la acción correspondiente era la contractual derivada del arrendamiento o la de responsabilidad aquiliana, lo cierto es que si no nos hubiésemos encontrado con unos propietarios de los bajos distintos de los pisos altos, no estaríamos en presencia del ejercicio de los actos propios de un derecho de servidumbre.

## 3. *Según que su círculo de influencia sea concreto o generalizado*

La doctrina moderna ha configurado como inmisiones inadmisibles, basadas en las relaciones de vecindad o en un derecho de vecindad, las derivadas de fenómenos generalizados, consecuencia de la era industrial (la radiación procedente de las centrales nucleares, la polución atmosférica,

o en general, el deterioro del medio ambiente). Y así, ALONSO PÉREZ (83) nos dice cómo “el Derecho de vecindad intenta superar la doctrina clásica, que veía en los conflictos vecinales concretos dañadores asentados en predios contiguos, para prevenir, vigilar y corregir los riesgos que amenazan al ser humano procedentes de múltiples inmisiones generalizadas y altamente nocivas”. Quizá, como hemos dicho anteriormente, sea excesivo dar al derecho de vecindad un alcance tan amplio, sin perjuicio de que las soluciones aportadas por el derecho privado sean llevadas a la erradicación de este tipo de perturbaciones colectivas, que quedarán enmarcadas en los límites del derecho de propiedad y en los principios generales y básicos de la convivencia social. La regulación de las inmisiones generalizadas escapan, pues, a los moldes tradicionales del derecho de vecindad.

#### **PARTE V: LAS LIMITACIONES AL DERECHO DE PROPIEDAD DERIVADAS DE LA CONTIGÜIDAD DE LOS PREDIOS: RELACIONES DE VECINDAD**

La existencia de un espacio territorial y la consiguiente aparición de los límites separadores de dicho espacio, consecuencia histórica del paso de los pueblos primitivos del nomadismo a la agricultura, da lugar a las llamadas relaciones de vecindad, han puesto de manifiesto, como hemos indicado anteriormente, cómo el dominio no es ilimitado, sino que se encuentra limitado ontológicamente, dando lugar a lo que la doctrina ha definido como limitaciones demaniales de interés privado derivadas de la vecindad o contigüidad de los predios (84).

##### *a) Naturaleza jurídica: El problema de la prescripción de las limitaciones derivadas de las relaciones de vecindad*

¿Cuál es el fundamento jurídico de las llamadas relaciones de vecindad? Del análisis de los supuestos recogidos en la ley (fijación de distancias para ciertas construcciones, o plantaciones, prohibición de luces y vistas sobre la finca del vecino), podemos afirmar que tales limitaciones pretenden prevenir inmisiones en el fundo ajeno que puedan resultar perjudicia-

---

(83) ALONSO PÉREZ, *ob. cit.*, pág. 390.

(84) Y otro supuesto es en el caso de cerramiento de las fincas rústicas donde el propietario que tiene el derecho de cerrar su finca debe respetar las servidumbres constituidas, y dado que el Código Civil, como dice HERNÁNDEZ GIL, “Las relaciones de...”, *ob. cit.*, pág. 165, configura la medianería como una servidumbre, también habrá de respetarse si se procede al cerramiento de la finca propia.

les. Son, como he dicho anteriormente, presunciones *iuris et de iure* de actos emulorios en propiedad ajena y como tales prohibidos terminantemente, con independencia de que se produzca o no realmente tal inmisión. Serían casos concretos de inmisiones típicas, frente a las cuales sólo el convenio de entre los particulares podrían hacerlas decaer.

Solamente el derecho concedido en el artículo 34 a todo propietario de cerrar su patio, huerto, jardín o solar hasta la altura mínima de dos metros y el mismo derecho de atans tienen otro fundamento diferente, cual es el principio general de que todo propietario puede acotar su terreno.

¿Son prescriptibles también los supuestos establecidos como de relaciones de vecindad por el nuevo texto? La doctrina ha puesto de manifiesto que son imprescriptibles por no uso las limitaciones derivadas de las relaciones de vecindad (85), precisamente porque conforman el derecho de propiedad mismo, siendo limitaciones ontológicas de él, aunque pueden prescribir las acciones indemnizatorias derivadas de la trasgresión de deberes de esta clase o del acto ilícito (si una persona construye un pozo a menor distancia de la establecida y causa unos daños, nos encontraremos con que podrá ejercitarse la acción negatoria o la de responsabilidad aquiliana, en su caso, sólo dentro del plazo legalmente establecido y sólo dentro de este plazo se tendrá obligación de indemnizar por los perjuicios causados; pero si no se ejercita ninguna acción y transcurre el plazo de treinta años no podrá alegarse, por parte del infractor, que se ha adquirido un derecho real de servidumbre a tener pozo cerca de la finca del vecino y a menor distancia de la marcada por la ley.

Sin embargo, el actual artículo 41 del nuevo texto catalán establece un plazo de prescripción de diez años a la acción para exigir la tala de árboles o arbustos que se planten contraviniendo las distancias señaladas en el mismo precepto. ¿Supone ello que los demás supuestos de relaciones de

---

(85) Así ALONSO PÉREZ, *ob. cit.*, pág. 365, nos señala que una de las diferencias entre las servidumbres legales y las limitaciones al derecho de propiedad derivadas de las relaciones de vecindad es que los límites vecinales no se extinguen por el no uso, como derecho común de la propiedad. También HERNÁNDEZ GIL, *ob. cit.*, pág. 100, se plantea el problema de si el propietario puede adquirir por usucapión una servidumbre de contenido contrario a la relación de vecindad y excluyente de ésta, si persiste durante veinte años (pensemos en treinta para Cataluña) en la inobservancia de los deberes inherentes a la limitación impuesta por las relaciones de vecindad, señalando que “algunos autores entienden que sí, pero puede llegarse a la conclusión contraria, porque si el no uso no determina la prescripción extintiva, el uso invocable a los efectos de la usucapión sólo es el efecto reflejo del no uso, y si el no uso no produce la extinción, parece contradictorio que el uso (indebido) produzca la adquisición por usucapión de una servidumbre excluyente de la relación de vecindad. A lo sumo podría verse en el no uso una renuncia de concurrir los requisitos propios de ésta; pero entonces estaríamos ante la modificación del régimen legal por obra de la renuncia y no propiamente ante la adquisición por usucapión de una servidumbre.

vecindad quedan sometidos a la prescripción adquisitiva de treinta años por parte del vecino que nos las respeta? Ello parece ser la opinión de algún comentarista de la nueva ley catalana (86); pero entiendo que habría que matizar distinguiendo los diferentes supuestos regulados por el capítulo cuarto de la ley nueva. Así:

1. Las limitaciones derivadas del mismo hecho de los límites entre los predios no se pierden por el no uso. El propietario de una finca que sea un jardín, huerto, patio o solar podrá en cualquier momento cerrar su propiedad y no podrá alegarse por el otro vecino que el no uso de dicho derecho ha llevado a la pérdida del mismo. Así pues, uno de los caracteres ontológicos de la propiedad, que es la delimitación física de la misma, no puede perderse por el no uso. En el derecho común no prescribe entre propietarios de fincas colindantes la facultad de deslindar las propiedades contiguas de conformidad con lo señalado en el artículo 1.965.

Tampoco el no uso del derecho de atans supone la pérdida del mismo, lo que ocurre en este supuesto es que el propietario vecino puede haber adquirido una servidumbre en el plazo de treinta años, que debe ser respetada por el que pretende atansarse. Esto ya lo indica el propio artículo 36, al regular el derecho de atans y, por tanto, no nos encontramos ante un supuesto de prescripción por no uso de dicho derecho, sino ante la configuración ordinaria del mismo.

2. Las limitaciones por razón de luces y vistas: ¿qué ocurre si alguna persona no respeta la limitación de la androna y abre ventana o construye voladizo a menor distancia del metro exigido, sin que el vecino reclame frente a este hecho? Serán actos de pura tolerancia, que no pueden dar lugar a la adquisición por usucapión de una servidumbre y, por tanto, en cualquier momento será exigible el derecho a ser mirado o visto guardando las distancias de la androna.

Ahora bien, ¿supone la derogación del artículo 283, números 2, 3 y 4 por la nueva ley catalana la admisión de que pueden adquirirse por usucapión las mencionadas servidumbres, al someterse a la regla general de la usucapibilidad de dicho derecho? (87). Entiendo que no y que, por tanto,

---

(86) ISAC AGUILAR, *ob. cit.*, págs. 336 y 337, nos dice, comentado el artículo 30, que el término general de prescripción de treinta años ha parecido excesivo a la hora de establecer los límites temporales de los derechos de los propietarios vecinos para exigir el arrancamiento de los arbustos o árboles; proponiéndose como alternativa un término especial de diez años. Ahora bien, este autor manifiesta cómo el propietario que ha plantado no adquiere ningún derecho para volver a plantar en caso de que se destruyese el primer árbol plantado.

(87) El derogado artículo 283 de la Compilación, en sus números 2.º, 3.º y 4.º señalaba: "No podrán constituirse por usucapión, ni siquiera inmemorial, las servidumbres siguientes: 2.º, la de luces mediante agujeros, rendijas, enrejados o aberturas en cualquier

las infracciones a las limitaciones por razón de luces y vistas no están sujetas a prescripción porque esta solución se encontraría conforme con la tradición jurídica catalana (88) que se recogía en el artículo 283, número 2, 3 y 4 derogados, que se basaba en normas de las *Ordinacions*, tradición a la que hay que acudir para interpretar e integrar el derecho catalán; porque la nueva ley en su artículo 15 reproduce el artículo 284, lo que implícitamente está señalando que sólo se puede adquirir por usucapión la servidumbre de luces consistentes en la lucerna; y porque ello estaría conforme con la doctrina que mantiene que las limitaciones al dominio por razones de vecindad no están sujetas a prescripción extintiva, ni puede usucapirse una servidumbre por el infractor (89).

3. Las limitaciones derivadas de las distancias para ciertas construcciones (pozos): podríamos incluir aquí el supuesto regulado en el artículo 283, número 6 (90), por una relativa similitud. En este caso, el legislador

---

pared, excepto cuando se trate de lecerna, o sea del hueco que mida una anchura constante en el paramento externo de 12 centímetros y una altura variable entre la mínima de 45 y la máxima de 70 centímetros; 3.º, la de vista, sea en pared propia o medianera; 4.º, la de luces y vistas entre terrados contiguos de igual o distinta altura, que no se hallen cerrados, o lo sean mediante rejas". El número dos se basaba en las *Ordinacions* 14 que declaraba que no se podía alegar posesión de la luz que se recibe del cielo o del predio vecino, a menos de recibirla por medio de lucerna; el número tres tenía sus antecedentes en la *Ordinacions* 62 que declaraba que la imposibilidad de usucapir la servidumbre de vistas sobre el predio del vecino y que había hecho afirmar a la doctrina catalana que toda ventana puede cerrarse en cualquier tiempo; y el número cuatro en las *Ordinacions* 65 y 66, que decían como todos los que tengan los terrados a igual altura deben cerrarlos a expensas comunes, así como que cuando el terrado propio sea más alto que el del vecino, aquel debe cerrarse a una altura tal que no tenga vistas sobre el predio vecino, a no ser que mire antes sobre terreno propio

(88) MELÓN INFANTE, *ob. cit.*, pág. 126, dice que frente al Código Civil el Derecho catalán vigente en la Compilación sólo permite la usucapción de las servidumbres mediante lucerna, mientras que el Derecho Común admite ampliamente la usucapibilidad de las servidumbres de luces y vistas en su doble condición de continuas y aparentes. BORRELL y SOLER, *ob. cit.*, págs. 186 y 187, nos dice como una interpretación recta de las *Ordinacions* (0.61) nos muestra como no pueden adquirirse por usucapción la servidumbre de vistas, por lo cual el propietario del predio sirviente puede mandar cerrar la ventana en todo tiempo y taparla cuando edifica, y el que la disfruta no posee título; puesto que no pudiéndose adquirir por posesión, se entiende que se tiene a precario.

(89) El Tribunal Supremo, sin embargo, ha declarado alguna vez que si los huecos no guardaban los requisitos del artículo 581, puede ganarse la servidumbre por prescripción de veinte años. La servidumbre de luces y vistas ha sido considerada por la jurisprudencia como continua y aparente, pero fundamentalmente negativa, siempre que los huecos están abiertos en pared propia del predio dominante (Sentencias de 9 de febrero de 1907, 27 de mayo de 1932, 8 de junio de 1962). Si lo están en pared medianera, y el que los ha abierto ha incumplido, por tanto, la prohibición del artículo 580, la jurisprudencia entiende que es positiva.

(90) El artículo 283, 6.º señalaba que no podrán constituirse por usucapción, ni siquiera inmemorial, las servidumbres siguientes: "La de mantener maquinarias o artefactos que causen incomodidad o peligro al predio o casa vecinos". Tenía sus anteceden-

catalán ha querido retener el precepto de la Compilación, olvidando los numeros antecedentes en las *Ordinacions* y, sobre todo, que el supuesto sólo hace referencia a una de las múltiples inmisiones que se pueden producir por razón de las construcciones. La materia debe llevarse al marco de acción negatoria y del momento en que empieza a contarse el tiempo para su ejercicio.

4. Las limitaciones derivadas de las distancias para las plantaciones: el legislador señala un plazo de prescripción de la acción para exigir el arranque de los árboles, que es de diez años. No nos encontramos ante una excepción a la regla general de no prescripción de las limitaciones por razón de la vecindad, sino más bien ante un caso especial de protección de un bien común (en sentido no jurídico). No se adquiere un derecho a plantar y mantener árbol o menor distancia (91).

5. Las limitaciones derivadas de la corriente de las aguas: por la propia naturaleza de la limitación, y el fin de las mismas, que es facilitar el flujo de las corrientes de aguas, siempre se ha mantenido la imprescriptibilidad de la mencionada limitación (92).

#### *b) Supuestos*

La nueva normativa catalana establece las siguiente limitaciones, que deben entenderse en el sentido de relaciones de vecindad con significado real, en el sentido que expresábamos anteriormente, mencionando a HERNÁNDEZ GIL, aunque pueden aplicarse otras limitaciones derivadas de la aplicación del texto común en Cataluña (por ejemplo, la de desagüe de aguas pluviales del artículo 586, o la de paso del artículo 569).

---

tes en la *Ordinacions* 21 que decía que nadie puede empotrar telares en pared contigua a la del vecino con el fin de evitar todo daño a dicha pared como consecuencia de las trepidaciones.

(91) HERNÁNDEZ GIL en "Las relaciones de vecindad y sus diferencias", *ob. cit.*, pág. 367, ante la pregunta de si el propietario de una finca puede exigir al de la colindante que arranque los árboles plantados a menor distancia de la marcada en el Código Civil, hace treinta años, contesta que no es posible aplicar la prescripción señalada para las servidumbres, y que en todo momento el propietario de la finca afectada tiene derecho a exigir que sean arrancados los árboles. Es interesante las observaciones que hace HERNÁNDEZ GIL, *ob. cit.*, págs. 369 a 370, de qué ocurriría en el supuesto anterior en caso de que considerásemos que puede haberse adquirido una servidumbre consistente en que el propietario del predio donde están plantados los árboles ha perdido el derecho a pedir que se arranquen (sería una servidumbre negativa con todos los problemas de constitución de las mismas).

(92) JUAN ROCA, *ob. cit.*, pág. 99, señala que si se contraviene la limitación del artículo 552 (coincidente con el artículo 37 de la nueva ley catalana), no se adquiere una servidumbre consistente en excluir al dueño del predio superior la facultad de evacuar las aguas en descenso de un modo natural, y precisamente porque estamos en presencia de una infracción

1. *Derivadas del mismo hecho de los límites entre los predios*  
(artículos 34 y 36)

Artículo 34. 1. La medianería será forzosa en las paredes de cerramiento de patios, huertos, jardines y solares hasta la altura mínima de dos metros.

2. El suelo de la pared divisoria será medianero, pero el vecino no tendrá la obligación de contribuir a la mitad de los gastos de construcción y mantenimiento de la pared hasta que por su parte edifique o cierre la finca.

3. La pared de cerramiento entre dos edificios se presume siempre medianera.

Artículo 36. El propietario podrá construir una pared y acercarla o adosarla a lo largo o a través de la pared vecina, sin menoscabarla y con obligación de respetar las servidumbres existentes.

La misma existencia de los límites entre las fincas hace que los propietarios de los fundos queden sometidos a dos tipos de limitaciones:

a) Los propietarios de fincas que sean patios, huertos, jardines o solares puedan proceder a su cerramiento, delimitando sus terrenos e imponiendo —y de ahí el carácter de limitación dominical— a los vecinos, no sólo que lo hagan, sino que tal cerramiento se verifique en el mismo “límite” de las propiedades, levantándose la pared de cerramiento por mitad en el terreno propio y en el del vecino. Así el ejercicio del derecho puede llevar a la pérdida del derecho de propiedad individual obligando a convertir la titularidad individual en una propiedad colectiva, en una cuota, en una comunidad.

Esta limitación supone, por tanto, como se ha dicho anteriormente, la aparición de una comunidad *sui generis* entre ambos propietarios; que da lugar a todo un régimen jurídico en donde no podemos hablar ya de limitaciones dominicales, sino más bien en derechos y obligaciones surgidas de una comunidad *ex lege*. Y así PUIG FERRIOL y ROCA TRIAS (92 bis) manifiestan que la pared es medianera desde el momento que se construye, aunque sólo haya pagado uno de los propietarios afectados, y todo ello en virtud de lo que disponen las normas generales sobre accesión.

El nuevo artículo 34, 1 y 2, reitera literalmente lo indicado en el texto primitivo en su artículo 286, añadiendo que la pared de cerramiento entre dos edificios se presume siempre medianera.

---

(92 bis) PUIG FERRIOL y ROCA TRIAS, *Instituciones*, pág. 243.

En el derecho castellano el derecho de cerrar las fincas viene reflejado en el artículo 388 del Código Civil, aunque el cerramiento no es forzoso para los colindantes, sino que el que quiera cerrar su propiedad habrá de asentarla o construirla sobre la finca propia.

b) El propietario de un terreno podrá “dentro” de él construir una pared y acercarla y adosarla a lo largo o a través de la pared vecina (y ello como consecuencia del ejercicio del contenido de su derecho de propiedad), pero, y he aquí, las limitaciones de dicho derecho, sin menoscabar la pared vecina y con la obligación de respetar las servidumbres existentes. El actual artículo 36 reitera lo indicado en el artículo 290 de la Compilación (93), si bien suprime lo que señalaba este precepto acerca de que tales limitaciones se darían fuese medianera o no la pared vecina (lo que no dejaba de sorprender que se llamase vecina a una pared que en parte, aunque sea en mano común, es propia). A mi modo de ver, tal supresión no altera la situación anterior, sino que la mejora técnicamente evitando la contradicción señalada y distinguiendo dos casos: el aquí recogido, construir a lo largo o a través de la pared vecina; y el previsto en el artículo 32, construir a lo largo o a través de la pared medianera, que obliga al segundo constructor de la pared “dentro” de su terreno a costear los gastos de la pared medianera, y con las consecuencias señaladas en su lugar.

Aunque no se diga expresamente en el Código Civil, todo propietario puede edificar “dentro” de su propiedad, con las mismas limitaciones que las expresadas en el artículo 36. Una aplicación de ello es lo señalado en el párrafo tercero del artículo 581 cuando se admite que el propietario de un terreno pueda levantar una pared contigua a la pared no medianera, edificada sobre la finca ajena, cubriendo las ventanas o huecos para recibir luces, existentes en éstas y realizados como consecuencia de lo establecido en el artículo 581 (dentro de la mal llamada sección del Código “de las servidumbres de luces y vistas”) (94).

## 2. *Por razón de luces y vistas (artículo 40)*

Artículo 40. 1. Nadie podrá tener vistas ni luces sobre el predio vecino ni abrir ventana alguna o construir voladizo ni tampoco en la

---

(93) El llamado derecho de atans

(94) Y otro supuesto es en el caso de cerramiento de las fincas rústicas donde el propietario que tiene el derecho de cerrar su finca debe respetar las servidumbres constituidas, y dado que el Código Civil, como dice HERNÁNDEZ GIL, “Las relaciones de...”, *ob. cit.*, pág. 165, configura la medianería como una servidumbre, también habrá de respetarse si se procede al cerramiento de la finca propia.



pared propia que confronte con la del vecino si no tiene construida una servidumbre a su favor, sin dejar en el terreno propio una androna de anchura fijada por las ordenanzas o costumbres locales o, a falta de estos, de un metro en cuadro, como mínimo, a partir de la pared o desde la finca de salida si existe voladizo.

2. No se podrá abrir ninguna ventana en una pared contigua a la del vecino o que forme ángulo de 60 grados con ésta si no es a una distancia mínima de un metro y medio contado a partir de la línea de unión de ambas paredes.

El artículo 40 repite lo preceptuado en el artículo 293 de la Compilación catalana, en cuanto a la prohibición —limitación— de tener vistas o luces sobre el predio vecino o a abrir ventana alguna o construir voladizo sobre el mismo si no es dejando en terreno propio una androna de un metro en cuadro como mínimo a partir de la pared o desde la línea de salida del voladizo; si bien, habrá que estar a la legislación urbanística o a las costumbres locales. El nuevo texto presenta una novedad en cuanto que la distancia mínima para abrir ventana en una pared contigua a la del vecino o que forme ángulo de 60 grados con ésta no es, como en el texto derogado, de 60 centímetros, sino de metro y medio (95).

Desaparece de la nueva ley los derechos (y limitaciones) de los dueños de los predios sirvientes de las servidumbres de luces y vistas que tenían su regulación en el artículo 295 de la Compilación (que correspondía al artículo 585 del Código Civil, aunque con diferente regulación), cuando habían sido adquiridas en virtud de título, única forma de adquisición de dichas servidumbres en el texto derogado (artículos 283, números 2, 3 y 4 Compilación). Es posible que el legislador piense que en este caso habrá que estar a lo que indique el título, pero habrá que preguntarse qué ocurre en los supuestos en que el título de constitución no lo regule y se limite a

---

(95) Para un comentario de este artículo puede verse PARA MARTÍN *ob. cit.*, págs. 154 a 161, que nos indica como la doctrina ha criticado la gran severidad de la compilación al adoptar un criterio más restrictivo que el propio Código Civil, y no permitir ni siquiera los llamados huecos de ordenanza, permitidos por el artículo 581 del texto común. Es de aplicar la limitación, aunque el fundo ajeno sea un solar y entre terrados de igual altura, que deben cerrarse a expensas de los propietarios de ambos fundos con una pared medianera, o bien entre terrados que estén a diferente altura, en cuyo caso debe cerrarlo el dueño del terrado más alto. La expresión de un metro en cuadro no equivale (como dice PARA MARTÍN, citando a BORRELL) a un metro cuadrado, sino a un metro en profundidad. CASTÁN, en *ob. cit.*, pág. 190, recogiendo la opinión de PELLA y FORGAS, nos indica como este espíritu prohibitivo del Derecho catalán puede ser una consecuencia de considerar la casa catalana como un recinto cerrado a modo poco menos de arca sagrada que había que defender de las impertinentes miradas de los vecinos; aunque también puede venir de la consideración de que LUMINIS IMMITEMDI del Derecho romano, la luz que se introduce en el predio no es propia, sino que es la predio vecino que está delante, por lo cual, en términos generales no puede recibirse dicha luz.

establecer la servidumbre de luces y vistas o a que tal servidumbre de luces y vistas pueda haberse adquirido por prescripción (suponiendo que admitamos tal posibilidad).

Aunque de forma diferente, tales limitaciones demaniales por razón de luces y vistas, tienen su regulación en el Código en los artículos 581 a 585; siendo de aplicar el artículo 580 a Cataluña, el cual prohíbe a un medianero abrir en pared medianera ventana o hueco alguno si no es con consentimiento del otro medianero, al ser una consecuencia directa del régimen de comunidad generado por la medianería.

### 3. *De las distancias para ciertas construcciones (artículo 39)*

Artículo 39. Nadie podrá abrir pozo alguno a una distancia menor de 60 centímetros de una pared medianera o del límite con el predio vecino. En todo caso, quedará siempre salvado lo dispuesto en la legislación sobre aguas.

Se mantiene en la nueva regulación lo establecido en el artículo 294 de la Compilación sobre la distancia mínima para construir un pozo en finca propia, que es de 60 centímetros de una pared medianera o del límite con el predio vecino (“de los cimientos de la pared medianera”, decía el texto derogado, más propiamente en el sentido que la distancia debe ser en toda la extensión de la edificación subterránea a la línea de prolongación de la pared o del límite exterior).

Tiene su correlación con el artículo 590 del texto común, que comprende no sólo a los pozos, sino a todo tipo de construcciones (96), aunque sin expresión de la medida de la distancia; y resulta criticable tanto uno como otro, en cuanto a que la legislación administrativa (Ley de Aguas,

---

(96) La doctrina entiende que es aplicable a Cataluña las limitaciones de dicho precepto (así CASTÁN, *ob. cit.*, pág. 189, se refiere en la nota 1 a que esa es la opinión de FAUS y CONDOMINES, GASSIÓ y FIGA). Hay, por otra parte, numerosos antecedentes en las *Ordinacions*, de las limitaciones por razón de las construcciones, que son tratadas por la doctrina catalana. Como limitaciones al derecho de atans, bien por razón del edificio al cual pretende el constructor arrimarse o bien por razón de la naturaleza de la obra que se arrima. Así, entre las primeras, se cita que no puede acercarse una obra a menos de doce palmos a las torres que tengan almenas —ord. 16—, ni a menos de diez palmos del muro de la ciudad —ord. 36—, y entre las segundas, el que la construcción de una letrina debe apartarse un palmo y medio —ords. 19 y 45—, la instalación de telares de tejer debe hallarse a la distancia de un palmo de la pared —ord. 21—, un pozo sólo puede construirse apartándose dos palmos de la pared vecina —ord. 54—, etc. (en este sentido, ver PELLA y FORGAS, *ob. cit.*, págs. 254 a 259, así como su artículo del derecho de atans, págs. 593 a 600; o, por ejemplo, BORRELL y SOLER, *ob. cit.*, págs. 173 a 175)

Reglamento de 30 de noviembre de 1960, etc.) será de aplicación preferente en la mayoría de los casos. El artículo debería haberse suprimido, pues sólo recoge un supuesto de inmisión por construcción-pozo-en fundo ajeno (97).

#### 4. *De las distancias para plantaciones (artículos 35 y 41)*

Artículo 35. Entre predios separados por una cerca ningún titular podrá mantener árbol o elemento de construcción alguno que por la proximidad a aquélla inutilice su función de facilitar el acceso al predio vecino.

Artículo 41. 1. Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 35 el propietario que plante arbustos o árboles entre predios destinados a plantación o cultivo deberá hacerlo a una distancia mínima de un metro o de dos metros, respectivamente, de la línea de partición.

2. La acción para exigir la tala de árboles o arbustos plantados contraviendo lo dispuesto en el apartado prescribirá a los diez años.

3. En materia de plantación forestal se deberá estar a lo dispuesto por la legislación especial.

El artículo 41 de la nueva normativa se inspira más en el artículo 591 del Código Civil que en el párrafo primero del artículo 292 del texto derogado (98), aunque varía las distancias: no se pueden plantar árboles o arbustos si no es a la distancia de uno o dos metros, respectivamente, de

---

(97) Se ha corregido la considerada por la doctrina errata legislativa del antiguo artículo 294, dado que la expresión era contradictoria: si es medianera no es exclusivamente de su vecino (PARA MARTÍN, *ob. cit.*, pág. 161, tomando lo indicado por PUIG FERRIOL y ROCA TRÍAS, *ob. cit.*, pág. 94). El Proyecto de Compilación no contenía la errata.

Aunque el precepto ha perdido importancia dada la nueva legislación en materia de aguas, como dice PARA MARTÍN, sigue teniendo su vigencia. Es una vez más una colisión de los intereses privados y públicos.

La cuestión debe someterse a la jurisdicción contencioso-administrativa, aunque también puede irse a la vía civil, admitiéndose la posibilidad del ejercicio del interdicto de obra nueva (así HERNÁNDEZ GIL, "Las relaciones de...", *ob. cit.*, pág. 130).

(98) La compilación no recogió la doctrina amplia que existía en Cataluña sobre las distancias y alturas de los árboles. En efecto las consuetudines 26 a 34 y tres ordenaciones que forman la segunda parte de las Consuetudines de Sanctacilia configuraron una reglamentación muy extensa sobre esta materia (ver BORRELL y SOLER, *ob. cit.*, págs. 191 a 194). Se ha señalado por la doctrina catalana ciertas discrepancias entre las Ordinations de arbres que donen e donar dany en terra de altrí, que son de origen desconocido y las Ordinations de Sanctacilia (ver, por ejemplo, PELLA y FORGAS, *ob. cit.*, págs. 264 a 267).

la línea de partición (en el Código, a falta de reglamentos, era de dos o de cincuenta centímetros, según fuesen árboles altos o bajos; y la Compilación se refería sólo al supuesto de plantación de liños para formar cerca).

La acción para exigir la tala de árboles o arbustos que se planten contraviniendo las distancias señaladas tiene un palzo especial de diez años (artículo 41.2), que resulta innovador frente al texto derogado (99).

En todo caso, el nuevo texto señala que entre predios separados por una cerca no se pueden mantener árboles (o en general cualquier elemento de construcción) que por la proximidad a la cerca inutilice su función de facilitar el acceso al predio vecino (hay que pensar que por la existencia de algún tipo de servidumbre de paso) (100). Son interesantes las observaciones que hacen PUIG FERRIOL y ROCA TRÍAS (100 bis) a este precepto: no está sujeto a la prescripción de los diez años y por otra parte el perjudicado puede exigir la tala del árbol aunque se encuentre a mayor distancia de la fijada por el artículo 41.

No veo que haya alguna objeción a la aplicación al territorio catalán del artículo 592 del Código Civil (extensión de las ramas por encima del fundo ajeno, o de las raíces por el suelo del mismo); así como de lo dispuesto en el artículo 591, párrafo segundo, del Código Civil, y el propietario puede pedir que se arranquen los árboles que en adelante se plantaren a menor distancia de su heredad. Tampoco para la aplicación de los artículos 389 a 391, en conexión con el 1.907 y 1.908, así como 1.951, en su caso, aunque sometido al plazo de prescripción indicado (101).

##### 5. *De las aguas que bajan de un predio a otro (artículo 37)*

Artículo 37. 1. El dueño del predio inferior está obligado a recibir las aguas pluviales que llegan naturalmente del predio superior, pero el propietario de éste no podrá poner obstáculos al curso del agua ni alterar su régimen y hacerlo más gravoso.

---

(99) Se ha señalado como el término general de prescripción de treinta años ha parecido excesivo a la hora de establecer los límites generales de los derechos de los propietarios vecinos para exigir arrancar los árboles. Un árbol, dice ISAC AGUILAR, *ob. cit.*, págs. 336 y 337, de más de diez años ha de ser objeto de respeto por la ley, como igualmente ha de serlos por los ciudadanos.

(100) Ver nota 86.

(100 bis) PUIG FERRIOL y ROCA TRÍAS, *Institucions*, págs. 239 a 241. Ver también el comentario que se hace sobre el artículo 35, en comparación con el antiguo artículo de la Compilación y el artículo del proyecto.

(101) Aunque en el caso de los edificios ruinosos y árboles que amenacen caerse nos encontramos con limitaciones del derecho de propiedad, que normalmente se enmarcaran en las relaciones de vecindad, pero no siempre.

2. Si en una finca existen obras de defensa contra el agua, el dueño del predio superior estará obligado a permitir que el propietario del predio inferior realice las obras de reparación que sean necesarias.

No regulado en el texto anterior (102) la obligación que tienen los predios inferiores de recibir las aguas de los superiores aparece ahora en la Ley 13/1990 a semejanza de lo señalado en el Código Civil en su artículo 552 (103). PUIG FERRIOL y ROCA TRÍAS (104) han indicado cómo la utilización del término "pluviales" por la ley catalana puede llevar a la duda de si se aplican en Cataluña los preceptos del Código Civil y de la Ley de Aguas, que no se limitan a este tipo de aguas, con lo que debe entenderse el texto en el sentido de que las aguas pluviales serían el tipo más común de las aguas que bajan naturalmente, aunque no el único.

MARTÍN GARRIDO MELERO

Notario de Tarragona

Prof. Asociado Univ. Barcelona

---

(102) Aunque sus antecedentes se encuentran en el Derecho romano, donde se encontraba protegido por la *Actio Aquae Pluviae Arcendae*. Aquí nos encontramos realmente, como dice HERNÁNDEZ GIL, "Las relaciones de...", *ob. cit.*, pág. 147, en una estructura clásica de la relación de vecindad, y en donde más que una relación entre dos fincas, hay una cadena de relaciones, apareciendo muy marcada la nota de reciprocidad.

Los antecedentes de este artículo se pueden encontrar tanto en las Partidas como en las *Consuetuts* de Barcelona, que señalan que: Encara, que l'ans de ayguas de rieras ne de torrent que saltan, de la una honor en altra, que si dany lin esdevé no li es tingut de esmena de aquell dany que haurà sostengut per ço com es cas de accident, que Deu dona.

(103) El precepto se encuentra también en la Ley de Aguas de 2 de agosto de 1985, en su artículo 45, núm. 1. El número 2 señala que "Si las aguas fueran producto de alumbamiento, sobrantes de otros aprovechamientos, o se hubiese alterado de modo artificial su calidad espontánea, el dueño del predio inferior podrá oponerse a su recepción, con derecho a exigir resarcimiento de daños y perjuicios, de no existir la correspondiente servidumbre". En todo caso, las interpretaciones del antiguo Código Civil ya no serán las mismas después de la promulgación de la Ley de Aguas que de una manera u otra, como dice CABALLOL y ANGRILL, *ob. cit.*, pág. 124, manifiesta la intención del legislador de modificar sustancialmente el régimen de titularidad de las aguas, procediendo a su demanialización; aunque en principio se ha optado por un régimen transitorio que respeta los derechos privados preexistentes.

(104) PUIG FERROL y ROCA TRÍAS, *Institucions*, págs. 239 y 240.

## BIBLIOGRAFIA

Las notas a pie de página están basadas fundamentalmente en la bibliografía que referimos. El tema tratado es, por una parte, un tema clásico del Derecho civil, y por otro, dado la novedad de la ley, nuevo. Ello puede servir de excusa de que falten obras fundamentales sobre la materia, y de que, salvo excepciones, no se haya consultado la bibliografía extranjera.

ANTONIO PARA MARTÍN, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, tomo XXX, capítulo III, "De las servidumbres". Editorial Revista de Derecho Privado, 1987

ANTONIO M. BORRELL Y SOLER, *Derecho Civil vigente en Cataluña*, libro segundo Editorial Bosch, 1944.

JOSÉ CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho civil español, común y foral*, tomo II, volumen II. Editorial Instituto Editorial Reus, Madrid, 1973.

MONTSEERAT CABALLOL Y ANGRIL, "L'antèrès i el domini privat de les aigües, en especial dins del règim transitori de la llei d'aigües de 2 d'agost de 1985", en *R.J.C.*, 1991, número 1.

JOSÉ BONET CORREA, "El signo aparente de servidumbre como título para su constitución", en *R.D.N.*, 1968, números 61-62, págs. 75 a 98.

LUIS DIEZ PICAZO Y ANTONIO GULLÓN, *Sistema de Derecho civil*, volumen III, "Derecho de cosas". Editorial Tecnos, Madrid, 1977.

LUIS DIEZ PICAZO, *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, volumen II. Editorial Tecnos, Madrid, 1986.

DIEGO ESPÍN CÁNOVAS, *Manual de Derecho civil español*, volumen II. Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1974

ANTONIO HERNÁNDEZ GIL, "Las relaciones de vecindad en el Código Civil", en *Derechos reales-derechos de sucesiones*, en *Obras completas*, volumen IV. Editorial Espasa Calpe, Madrid, 1989

"Las relaciones de vecindad y sus diferencias con las servidumbres legales". *Ibidem*.

"La determinación del contenido de una servidumbre de luces y vistas conforme al título, antes y después del Código Civil". *Ibidem*.

"Caracteres y régimen de adquisición de la servidumbre de luces y vistas". *Ibidem*.

"La adquisición de una servidumbre discontinua conforme al derecho anterior al Código Civil". *Ibidem*

"La naturaleza positiva o negativa de una servidumbre y el *dies a quo* de la prescripción adquisitiva". *Ibidem*.

JUAN ROCA JUAN, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, tomo VII, volumen 2.º. Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1978.

MARTIN WOLF Y LUDWIG RAISER, "Derecho de cosas", en *Tratado de Derecho Civil de Ennecerus, Kipp y Wolf*, tomo III, volumen 1.º de la décima revisión. Tercera edición al cuidado de JOSÉ PUIG BRUTAU. Editorial Bosch, Barcelona, 1971

LUIS PUIG FERRIOL Y ENCARNACIÓN Roca TRÍAS, "Derecho patrimonial catalán", en *Fundamentos del Derecho civil de Cataluña*. Editorial Bosch, Barcelona, 1981.

JOSÉ PUIG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho civil*, tomo III, volumen 2.º. Editorial Bosch, 1979

JOSÉ LUIS LACRUZ BERDEJO, *Elementos de Derecho civil*, volumen III. Editorial Bosch, 1980.

JUAN IGLESIAS, *Derecho romano. Instituciones de Derecho privado*. Ediciones Ariel, Barcelona, 1972.

JUAN ANTONIO MARTÍ BAGUE, "Servidumbres y limitaciones generales a la propiedad inmobiliaria", en *R.J.C.*, 1963, págs. 665 a 716.

JOSÉ PELLA Y FORGAS, "Del derecho de atans", en *R.J.C.*, 1901, págs. 593 a 600.

O'CALLAGHAN MUÑOZ, "La servidumbre de luces y vistas en la Compilación de Derecho

- civil de Cataluña", en *R.J.C.*, 1970, págs. 75 a 88 (comentario a la Sentencia de 31 de enero de 1969).
- BIONDI BIONDI, *Las servidumbres*. Editorial Revista de Derecho Privado, 1978 (comentarios José Manuel González Porras).
- FIGA FAURA, *Manual de Derecho civil catalán*. Editorial Bosch, 1961.
- JOSÉ PELLA Y FORGAS, *Código Civil de Cataluña: Exposición del derecho catalán comparado con el Código Civil español*. Barcelona, 1917.
- CARLOS MELÓN INFANTE, "Luces y vistas en la Compilación foral catalana", en *Anuario de Derecho civil*, tomo XV, págs. 107 a 138.
- ANTONIO ISAC AGUILAR, "La regulació futura de les servitud", en V Jornades de dret català a Tossa, Cent anys de Codi Civil des de Catalunya. Promociones Universitaries, Barcelona, 1988.
- MARIANO ALONSO PÉREZ, "Relaciones de vecindad", en *Anuario de Derecho civil*, 1983, págs. 357 a 396 (desarrollo de una conferencia en la Academia Matritense del Notariado de 5 de noviembre de 1979).
- ALEX WEIL, FRANÇOIS TERRE y PHILIPPE SIMLER, *Droit civil, "Les Biens", Précis Dalloz*, París, 1985.
- JAIME SANTOS BRIZ, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, comentarios a los artículos 1.907 y 1.009, tomo XXIV Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid, 1984.
- Una vez terminado el texto, se ha tenido a la vista, el libro de LUIS PUIG FERRIOL y ENCARNA ROCA TRÍAS, *Institucions del dret civil de Catalunya*, Editorial Bosch, tercera edición, abril-1991, que son los que tratan de ley comentada por primera vez, y al que nos referimos como PUIG, *Institucions*.





# El control de los administradores en la S.A. tras la reforma de 1989 (\*)

*A mi primer maestro: mi padre.*

**SUMARIO:** Introducción. La incorporación de España a la CEE y la Primera y Quinta

. Directivas. El poder real y el poder legal en la S.A.: El “desplazamiento de poderes”.

I. El control societario: A) El control de los administradores por los socios I. Las responsabilidades derivadas del proceso fundacional: 1.a) Sociedad en formación; 1.b) Sociedad irregular; 1.c) Responsabilidad por nulidad de la sociedad. 2. El control de los administradores una vez nacida la sociedad: 2.a) En el nombramiento; 2.a).1. La “aptitud” para el ejercicio del cargo y la profesionalización del administrador; 2.a).2. ¿Quién puede elegir al administrador?; 2.a).3. Sistemas de nombramiento: 2.a).3.1. Nombramiento de administrador por la Junta General; 2.a).3.2. Nombramiento por el sistema de representación proporcional; 2.a).3.3. Nombramiento por cooptación; 2.b) El control de los administradores durante el ejercicio de su cargo; 2.b).1. Actuación del administrador dentro de sus facultades; 2.b).1.a) Control periódico-institucionalizado; 2.b).1.b) Control extraordinario; 2.b).2. La extralimitación del administrador en el uso de sus facultades; 2.b).2.a) Actos modificativos del objeto; 2.b).2.b) Actos contrarios al objeto; 2.b).2.c) Actos de liquidación; 2.b).2.d) Actos neutros; 2.c) Control en el cese; 2.c).1. Obligatorio: la separación del administrador; 2.c).1.1. La separación por decisión de la Junta General; 2.c).1.2. Separación del administrador en supuestos especiales; 2.c).1.3. La separación implícita; 2.c).2. Voluntario: la dimisión del administrador; 2.d) Tras el cese: la rendición de cuentas.—B) El control de los consejeros-delegados y comisiones ejecutivas por el Consejo de Administración.—C) El control de la actuación de directores generales, gerentes y apoderados.—II. Control extrasocietario: A) El control por los trabajadores: la “gestión”. B) Control laboral. C) Control penal.

---

(\*) Este trabajo ha sido la base de la conferencia pronunciada en las jornadas organizadas por el Instituto de Fomento Empresarial en Madrid, el día 27 de noviembre de 1991.

## INTRODUCCION

LA INCORPORACIÓN DE ESPAÑA A LA CEE Y LA PRIMERA  
Y LA QUINTA DIRECTIVAS

Antes de entrar en el análisis de la materia creo necesario hacer algunas consideraciones previas.

En primer lugar, es difícil defender el tema, bajo la perspectiva de la legislación y tradición jurídica españolas, desde un punto de vista unitario. Aunque se comienza ya en nuestro derecho a vislumbrar una distinción legislativa clara entre la Sociedad Anónima de gran capital y la de tipo cerrado o matiz personalista (de la que es fiel reflejo el art. 181 TRSA de 1989, que incluye —a la hora de posibilitar el “balance abreviado”, entre las primeras a las que reúnan al menos dos de las circunstancias que enumera— más de 50 trabajadores, cifra anual de negocios superior a 480 millones de pesetas o de más de 230 en partidas del activo) y hay algunos atisbos anteriores (por ejemplo, la Ley de Cogestión de 1962, a que más tarde aludiremos, o en el Estatuto de los Trabajadores), es lo cierto que —al contrario de lo que ocurre en derecho comparado— el legislador no distingue, al hablar de “Sociedad Anónima”, entre abierta o cerrada, por la sencilla razón de que prevé que el tipo preciso a que debe adaptarse esta última es la sociedad de responsabilidad limitada. Y hemos de advertir que la problemática que plantea la interpretación de la actual legislación societaria en materia de control de administradores es muy diferente según se trate de uno u otro tipo de sociedades. En la familiar, la proximidad de los intereses y los lazos de unión entre sus miembros, generalmente escasos, hacen relativamente fácil controlar la actividad del órgano administrativo, lo que no ocurre en las sociedades abiertas, según tendremos ocasión de comprobar. Sin embargo, y como contrapeso, lo que en la primera es facilidad de control, se convierte en la misma, debido a esos mismo lazos, en una grave dificultad práctica para el ejercicio de las medidas sancionadoras previstas por la ley.

En segundo lugar es necesario hacer constar —de entrada— que la reforma de sociedades anónimas, en el punto que tratamos, ha sido más bien timorata. La incorporación de España a la CEE, en el año 1986, obliga a armonizar nuestra legislación con la del Mercado Común. El procedimiento de armonización, de todos bien conocido, se basa en dos instrumentos básicos: la “directiva”, que comprende a su vez dos fases: la primera, de aprobación por las instancias comunitarias y posterior notificación de los Estados miembros (momento a partir del cual obliga a éstos); y la segunda, de ejecución por los mismos de lo ordenado en la directiva, mediante la adaptación de su legislación a los dictados de aqué-

lla. La directiva vincula en cuanto a los resultados a alcanzar, dejando a los distintos Estados la elección de la forma y medios más adecuados para ello (art. 189.3 del Tratado de la CEE). Y el “reglamento”, segundo de los instrumentos de armonización de que hemos hablado, de aplicación directa en toda la Comunidad, una vez aprobado.

La finalidad de la armonización aludida es la creación de un “Mercado Común de sociedades” que, a través de la instauración de un nuevo Derecho comunitario y la aproximación entre los distintos sistemas legislativos vigentes, facilite la relación entre las sociedades de los Estados miembros, así como la solución de los numerosos problemas planteados por las empresas multinacionales que operan a la vez en varias de ellas.

Cuando el estado español se adhiere al Mercado Común hay en materia de sociedades anónimas varias directivas aprobadas, de las cuales la única que nos interesa es la primera, de 1968. Hay otra, también interesante, la quinta, en trámite de elaboración. Tal situación persiste en la actualidad.

La primera directiva se centra en el análisis de la publicidad, validez de los actos realizados en nombre de la sociedad y la nulidad de las sociedades, mientras que la quinta contempla el aspecto de organización (estructura del órgano administrativo, competencia de los distintos órganos y derechos de socios y trabajadores). De lo expuesto se deduce que, a la fecha de la incorporación, España asume el compromiso de adaptar su legislación a la primera directiva, pudiendo, ante la quinta, o bien proceder directamente a su modificación, con el riesgo que ello comporta, o esperar a su aprobación definitiva. La segunda opción podría motivar múltiples colisiones de forma y fondo entre lo legislado y lo modificado a consecuencia de la Primera Directiva, por lo que se ha preferido proceder a una reforma global, no exenta de riesgo y que se ve abocada, aún antes de su aprobación, a una futura reforma y adaptación a la quinta directiva, cuando sea definitiva. Dicha reforma podría desde luego haber sido aprovechada más a fondo, modificando aspectos sustanciales de nuestra normativa para aproximarla a la comunitaria. No ha sido así, y por ello la hemos calificado de “timorata”. Se han omitido temas de trascendental importancia, tales como la responsabilidad en caso de delegación, o la Administración por jurídica, y otros han sido tratados de manera no enteramente satisfactoria.

Las razones del estancamiento de la Quinta Directiva, que han impedido una reforma total de la materia en Derecho español, así como los problemas que están surgiendo en torno a su aprobación definitiva, tienen su origen en la colisión frontal, dentro de la legislación comunitaria, entre los dos sistemas de estructuración del órgano administrativo: monista y dualista. Entre los que defienden la existencia de un único órgano, además de España, se encuentran Italia, Bélgica, Inglaterra e Irlanda. Alemania

opta desde hace tiempo por el sistema dualista. Y aún podríamos hablar de un tercer sistema: el que prevé la existencia de dos formas de Administración, el que las que la sociedad debe elegir una (Francia), o le viene impuesta si reúne determinadas condiciones (Holanda, Dinamarca). Aunque doctrinalmente la opinión mayoritaria apoya este último sistema, el Proyecto de Quinta Directiva (al igual que el Proyecto de Estatuto de Sociedad Europea) se encuentra claramente influenciado por el Derecho germánico, resaltando las ventajas del sistema dualista sobre el unitario e imponiéndolo a todas las sociedades. Ese es, precisamente, el punto de fricción que polariza la atención y paraliza de momento la aprobación definitiva de la directiva y ello es así por las dificultades de implantación que, en países de sistema tradicionalmente unitario, presenta dicho sistema. Para solucionarlas se ha propuesto un régimen permisivo, menos riguroso, que consiste en la creación de un segundo órgano (Consejo de Vigilancia) a elección de la sociedad, en sus estatutos, o bien permitir transitoriamente la coexistencia de los dos sistemas en los países problemáticos, para acabar imponiendo el segundo ("informe SCHMIDT").

Si hablamos aquí de las diferentes formas de estructura la sociedad en derecho comparado y de las opciones propuestas por el Proyecto de Quinta Directiva, que determinará el sistema a aplicar en España, es debido a que la materia tiene directa relación con el tema que nos ocupa: control de los administradores.

En efecto: en el sistema dualista son dos los órganos administrativos existentes en toda S.A.: el "Consejo de Vigilancia" ("Vorstand"), y la "Dirección". La gestión y representación de la sociedad compete a esta última, integrada por personas designadas por aquél y bajo su vigilancia. El Consejo de Vigilancia tiene como misión fundamental el control de la actuación de los administradores. ¿Quién ejerce esa función en el sistema monista? En puridad, la Junta General de Accionistas, órgano deliberante y soberano. Lo que ocurre es que, en la práctica, las distancias entre los órganos se han reducido y las líneas divisorias se difuminan: así, ha llegado a decirse que el sistema español, en caso de existencia de Consejo de Administración y consejero-delegado, es mixto: el delegado administra y representa en nombre de la Sociedad, limitándose el Consejo a fiscalizar su actuación.

Sea cual fuere la posición que los organismos comunitarios adopten en el futuro, lo cierto es que los autores de la reforma han preferido mantener a ultranza el viejo sistema español (erróneamente, a nuestro juicio) inalterado (aunque en el anteproyecto de LSA se contemplaba la constitución obligatoria del Consejo de Vigilancia en determinados casos, postura que, como es obvio, no prosperó), por lo que en la actualidad el control de los administradores en la legislación española sigue las líneas esenciales mar-

cada por la Ley de 1951, encomendando el mismo, básicamente y desde un punto de vista societario, a la Junta General de Accionistas.

#### EL PODER REAL Y EL PODER LEGAL EN LA S. A.:

##### EL "DESPLAZAMIENTO" DE PODERES

Como fenómenos reiteradamente constatado (primero en Alemania, con anterioridad a su Ley de 1965, y luego en nuestro Derecho) e inevitable, se nos presenta la concentración de poderes en las grandes empresas, en las que los mismos radican en sus directores. El accionariado, como ya señaló la Exposición de Motivos del Proyecto de Quinta Directiva, se encuentra, en la mayor parte de las ocasiones, disperso, desvinculado y desinteresado de la marcha de la sociedad, preocupándole tan sólo el reparto de beneficios. Ello motiva el reforzamiento de la posición de los administradores, que actúan cada vez con mayor independencia, reforzamiento compensado con la progresiva debilitación de la posición de la Junta a la que tan sólo se le confía, en principio, los asuntos de vital importancia para la sociedad y, en concreto, los relativos a su conformación jurídica (fundación, modificación de estatutos, incremento o reducción de capital, transformación, fusión, disolución, liquidación...). De alguna manera se pretende reducir (aún inconscientemente) el campo de competencia del órgano deliberante a los asuntos para los que tradicionalmente se reserva un quorum de decisión forzado (art. 103 TRSA), soslayando la importancia vital de aquéllos para los cuales la decisión se adopta por mayoría simple, entre los que —y no por casualidad— se encuentra la censura de la gestión social (art. 102 TRSA). Y aún se va más allá: como acertadamente ha señalado ESTEBAN VELASCO, se aprecia que la evolución en el reparto de poderes no acaba ahí, sino que se pretende —en la órbita doctrinal más avanzada de nuestro país y en el Derecho comparado— que ni siquiera ese ámbito sea de la competencia exclusiva de la Junta, sino que las decisiones deben ser adoptadas necesariamente por órganos en los cuales estén representados todos los intereses que concluyen en la sociedad, entendida ésta en el concepto "empresa". (Especialmente se alude a la intervención del Consejo de Vigilancia, en cuya composición participan representantes de los trabajadores. Más adelante volveremos sobre esta cuestión.)

Hay en la práctica un claro desajuste entre el modelo legal de S.A. y la realidad. El primero fracasa básicamente por la falta de interés del accionariado en la marcha de la sociedad (como ya hemos apuntado), funcionando tan sólo el "modelo democrático" ajustado a criterios normativos, en relación a los grupos de accionistas directamente vinculados

a la actividad empresarial. Se apunta con ello una disociación entre las figuras del accionista-aportante de capital y el accionista-empresario. Al primero le interesa simplemente la rentabilidad, al segundo el incremento y porvenir de la empresa. El pequeño accionista se desinteresa de los temas de Administración, que controla el empresario. Esta disociación pone seriamente en duda la adecuación a los tiempos actuales de la regulación unitaria de la posición del accionista. Las exigencias que la gestión de una empresa de grandes dimensiones impone, unidas al fraccionamiento de los socios no agrupados, implican en definitiva el control potencial de la Administración por los socios empresariales.

La Junta General de Accionistas, órgano en otros tiempos “soberano” y al que se le atribuía, entre otras, la competencia “residual”, ha pasado así de una posición de influencia y control directos en la sociedad (sistema liberal-capitalista) a otra de influencia mediata y limitada. Tampoco ha sido ajena a dicha circunstancia de distribución de competencias entre órganos, que ha tendido peligrosamente a convertir a la Junta en un simple elector de las personas que van a regir los designios de la sociedad, bien directamente (sistema monista), bien indirectamente (elección de miembros del Consejo de Vigilancia, y éstos a su vez a los administradores: sistema dualista).

Vemos, pues, como existe un claro distanciamiento (cuyas razones hemos tratado de analizar) entre la regulación real y la situación legal de distribución de poderes. De esa situación viene a ser fiel reflejo la posición de mero comparsa que le toca adoptar a la Junta en numerosas ocasiones en las que se utiliza, por ejemplo, el nombramiento de consejeros por cooptación, pues debe limitarse a ratificar lo decidido con anterioridad dentro del propio Consejo. Piénsese que —por virtud de sucesivas cooptaciones— es factible que el Consejo, en el momento de celebración de una Junta, pueda tener más miembros nombrados por ese sistema que por la propia Junta, o incluso que todos sus miembros hayan sido nombrados por cooptación. En efecto: dimitido un consejero, el Consejo procede a nombrarle sustituto, y así sucesivamente con los siguientes consejeros. En realidad, la dimisión no es sucesiva, sino simultánea, y el fraude es patente. Aún en el caso improbable de que la Junta (con sus evidentes limitaciones en caso de accionariado muy dividido, por ejemplo, en las sociedades bancarias) no acuerde la ratificación de los nombrados por este sistema de “cooptación en noria” o “en cadena”, tendrá que asumir de un lado la reestructuración total del Consejo, y de otro las consecuencias definitivas de actos realizados por una representación que ella no ha elegido y que venía en realidad a llenar simplemente una situación de vacío provisional. Pues bien, este sistema, que podríamos tildar de ingenioso si no fuera por la intencionalidad fraudulenta que lo inspira es, como se ha constatado,

frecuentemente utilizado en la práctica, al igual que el sistema de elección por cooptación en sí. Hay —como apunta el profesor ROJO— una relación directamente proporcional entre dicho sistema y el volumen de la sociedad. Estadísticamente se ha demostrado que, a mayor volumen social, mayor número de consejeros lo son cooptados. ¿Tiene ello algún significado? Posiblemente el hecho no sea sino una manifestación más del fenómeno de crisis del modelo legal de distribución de poderes entre los órganos administrativos y la Junta General...

“Desapoderada” la misma, reforzada correlativamente la posición de los administradores, ¿quién controlará realmente a éstos? ¿Qué medios de defensa tiene el accionista contra la actuación arbitraria de los órganos administrativos? ¿Cómo puede evitar que incluso su derecho a elegir representante le sean escamoteado?

La reforma ha intentado incrementar —con no excesiva fortuna— los mecanismos de control sobre los directivos. Así en el Anteproyecto de la LSA se recogían los siguientes:

- Prohibición de que los administradores puedan representar a los accionistas en la Junta General.
- Prohibición a cualquier persona de representar más del 1 por 100 del capital social.
- Introducción del concepto decreciente de minoría en función de la cifra del capital social.
- Temporalidad del cargo de administrador.
- Modificación del régimen jurídico de responsabilidad de los administradores.
- E introducción de un sistema de sanciones administrativas y civiles por infracción de determinadas normas.

Los reiterados ataques —fundamentalmente del sector empresarial— al anteproyecto provocaron la eliminación del texto de cuestiones tan importantes como las citadas en segundo y tercer lugar, pasando el resto al proyecto y de ahí —con algunos retoques— a la ley.

Nosotros, para tratar de responder a las preguntas antes formuladas, distinguiremos dos aspectos: el control realizado desde dentro de la propiedad social y el extra-societario.

## I. CONTROL SOCIETARIO

### A) EL CONTROL DE LOS ADMINISTRADORES POR LOS SOCIOS

#### 1. Las responsabilidades derivadas del proceso fundacional

Existe en la fase de fundación un conjunto de intereses en situación de riesgo, porque aparecen expectativas de posiciones jurídicas aún no consolidadas, cuyo contenido puede verse afectado por la actividad de otras personas, sin que puedan los titulares de aquélla utilizar los mecanismos de protección que presuponen una sociedad en funcionamiento, pues aún no ha nacido.

Sin entrar de lleno, por exceder de los límites propuestos, en la interesante cuestión del valor de la escritura pública y el constitutivo de la inscripción en el Registro Mercantil (nos centraremos en la etapa que media entre ambas: escritura e inscripción, pues está claro que antes del otorgamiento de la primera no se puede ni siquiera hablar de sociedad), nuestro punto de partida será que antes de la inscripción la sociedad no ha nacido, o al menos no ha alcanzado su estado jurídico perfecto, y al que tiende, razón por la cual no tiene representación orgánica (administrador). Puede tener, eso sí, uno o varios representantes voluntarios que asumen exclusivamente las responsabilidades derivadas del apoderamiento (art. 18.2 TRSA). Y si a esos representantes (habitualmente las mismas personas que serán administradores o alguna de ellas) no se les ha facultado expresamente, el Texto Refundido extiende la responsabilidad derivada de esta etapa del proceso a todos los socios fundadores. Creo, sin embargo, que debemos distinguir —aún no existiendo sociedad— entre una responsabilidad externa y otra interna. Externamente la ley considera a los fundadores garantes de la regularidad de la fundación y por ello los sujeta a responsabilidad solidaria, sean o no administradores, y aún en el caso de que hayan delegado sus funciones en las personas de éstos, contra los que podrán, sin embargo, internamente repetir, en caso de que su actuación les cause perjuicio.

Diré tras ello que las directivas no tratan la cuestión, regulada de manera similar en derecho comparado a como lo hace el nuestro, y que la reforma no ha alterado el régimen de la LSA de 1951, regulándola el texto refundido en la actualidad en sus arts. 17, 18, 29, 30, 31 y 32.

Los caracteres de la responsabilidad derivada de la aplicación de dichos preceptos son:

- La solidaridad, como ya hemos apuntado. (En el aspecto externo, en el interno el que paga puede repetir contra los demás fundadores,



o contra el administrador encargado-apoderado en su caso. De repetir contra el resto de cofundadores lo hará a partes iguales, no en proporción a lo aportado, pues no se responde como socio, según QUIJANO.)

- Es una responsabilidad civil, que exige, por tanto, la producción de un daño y sin perjuicio de la penal en que pueda incurrirse, en su caso.
- Es una responsabilidad contractual, ya que proviene, no del incumplimiento de una obligación de diligencia, sino de la no prestación del resultado convenido.
- Y es una responsabilidad tendente, o que hace tránsito, a la de tipo objetivo (aunque esto sea más discutible). El perjudicado habrá, pues, de probar el daño producido, el incumplimiento y el nexo causal entre ambos, pero no la imputación de culpa (dolo o negligencia) a los responsables, que pueden (administradores, en su caso, incluidos) destruir la presunción de responsabilidad si prueba la existencia de alguna circunstancia de exoneración (por ejemplo, fuerza mayor).

En cuanto a los casos en los cuales los administradores, en cuanto tales o como simples fundadores (en el caso de que reúnan esa doble condición) responden, son los siguientes:

#### 1.a) *Sociedad en formación*

Dentro de los supuestos derivados del proceso de fundación en sí hay que distinguir:

- Los relativos a la fundación simultánea, recogidos en el art. 18, con arreglo al cual se puede distinguir entre supuestos relacionados con las aportaciones, con los gastos de constitución o con las menciones de la escritura de constitución.
- El art. 32 recoge los supuestos de responsabilidad en la fundación sucesiva. Con arreglo a dicho precepto el administrador responde:
  - De la realidad y exactitud de las listas de suscripción.
  - De los desembolsos iniciales y de su adecuada inversión.
  - De la veracidad de las declaraciones formuladas en el folleto informativo y en los programas de fundación.
  - Y de la realidad de entrega a la sociedad de las aportaciones no dinerarias.

El art. 17 TRSA impone expresamente a los administradores —junto con los fundadores— la obligación de presentar a inscripción la escritura

de constitución de la sociedad (hablamos de la fundación simultánea). La responsabilidad es igualmente solidaria, de manera que si ninguno cumple, responden todos por los daños causados. Se extiende así (al contrario de lo que hemos visto) la responsabilidad subjetivamente al administrador no designado en la escritura de constitución, en su caso, y al designado que no es socio.

En cuanto a los contratos celebrados durante este período, responden solidariamente quienes los hubieran celebrado (art. 15.1 TRSA), postura lógica, dado que, como hemos venido sosteniendo, la sociedad en puridad no existe. Pero esa responsabilidad, recordemos, se regirá por las normas del CC relativas al mandante, si los actores del acto nocivo estuvieran facultados en escritura pública o en forma legalmente admitida (art. 1.280 CC). En caso contrario habría que aplicar a su actuación la normativa relativa a la gestión de negocios ajenos sin mandato (arts. 1.888 y ss. del CC). La ratificación por los socios fundadores produciría los efectos del mandato expreso (art. 1.892 CC), trasladándose, pese a la dicción literal del art. 15.1 TRSA citado, la responsabilidad a la sociedad en formación, si aprovechase las ventajas de la actuación del gestor (art. 1.893 CC).

Por los actos que realiza el administrador, si son indispensables para la inscripción de la sociedad (art. 15.2 TRSA) y por los realizados “dentro de las facultades que le confiere la escritura para la fase anterior a la inscripción”, responde la sociedad. Quiere con ello decirse que, si el acto no es indispensable para la inscripción y el administrador se ha extralimitado en sus facultades, responde personalmente frente al tercero, dado que la limitación aún no ha tenido acceso al Registro, y —de haberlo tenido— le sería de aplicación lo prevenido en los arts. 128 y 129 TRSA a que más tarde nos referiremos. Como no es así, habría de aplicarse a la Administración la normativa del mandato: responde salvo si advirtió al tercero contratante, en cuyo caso enerva su buena fe (art. 1.725 CC), con la peculiaridad que representa la excepción al art. 1.723 del mismo cuerpo legal que supone el art. 15.1 del TRSA ya visto (la responsabilidad será solidaria, no mancomunada).

El que, una vez ratificada la actuación del representante por la sociedad, lo actuado produzca plenos efectos, no es sino una aplicación directa de lo prevenido en el CC en relación al mandato y a la gestión de negocios ajenos sin el mismo (art. 15.3 TRSA, 1.259.2, 1.727 y 1.892 del CC).

### 1.b) *Sociedad irregular*

Como sabemos es aquella en la que, transcurrido un año desde el otorgamiento de la escritura, no se ha solicitado su inscripción, y aún antes si se “verifica” la voluntad de no inscribir (expresión desafortunada

que ha suscitado ya no pocas discusiones). El administrador responde (art. 16.2 TRSA) de los daños causados en los mismos términos que el administrador de la sociedad colectiva (art. 144 C. de C.: responsabilidad por dolo o negligencia grave, es decir, culpa “lata”), o, “en su caso” (expresión que también inducirá a dudas: ¿en qué caso?), en los mismos términos que el administrador de la sociedad civil (a los efectos que nos interesan, la distinción carece de relevancia).

### 1.c) *Responsabilidad por nulidad de la sociedad*

El supuesto —que quizá debería haber sido objeto de referencia expresa por parte del legislador— hace tránsito, en el caso de que sea la actuación del administrador la que provoque la nulidad de la sociedad por llevar a ésta a incurrir en alguna de las causas del art. 34 TRSA, al de la responsabilidad general del administrador dentro de su actuación al frente de la sociedad, que analizaremos más adelante. Sin embargo, es más fácil pensar que la responsabilidad por nulidad, según se deduce de un detenido análisis de dichas causas, será atribuible al mismo, más como socio fundador, si lo es (en cuyo caso la responsabilidad será solidaria de todos ellos), que como órgano social.

## 2. El control de los administradores una vez nacida la sociedad

### 2.a) *En el nombramiento*

#### 2.a).1. *La “aptitud” para el ejercicio del cargo y la profesionalización del administrador*

Hace ya más de 40 años JAMES BURNHAM recogía el hecho de la evolución de las S.A., afirmando que “en un futuro próximo” un grupo social nuevo, el de los directores, sería la clase dirigente en dichas sociedades. Antes, GIANCARLO FERRE había apuntado que “la opinión común de la doctrina se orienta hacia el principio de la superioridad que el mando de uno sólo representa frente al de muchos”. “De aquí (continuaba diciendo el mismo autor) la tendencia a transformar el Consejo de Administración en un órgano de consulta del administrador único”.

Siguiendo las tendencias, ya entonces observadas por los tratadistas citados, la gestión de los negocios sociales, por su carácter cada día más complejo y técnico, tiende hoy a concentrarse en una o pocas personas, que poseen los conocimientos necesarios e información suficiente para actuar. Desplazado hacia ellos el poder (con el nombre de “revolución de

los directores" se ha llegado a conocer el fenómeno) se hace preciso, como venimos sosteniendo a lo largo de este estudio, el establecimiento de una serie de garantías y contrapesos que aseguren suficientemente que ese poder se ejercitará siempre en interés de la sociedad. ¿Qué condiciones personales deben reunir los administradores?

En primer lugar, las personas elegidas, han de ser "aptas" para el desempeño de la actividad que se les va a encomendar.

"Aptitud", dice el diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, es la "*idoneidad*, para obtener un empleo o cargo", o "capacidad para el *buen* desempeño de un negocio". (Se apunta ya por la propia Academia que la aptitud ha de tenerse en el nombramiento y mientras se ejerce el cargo.) Tradicionalmente se han venido confundiendo, y más en el campo jurídico, los términos "capacidad" y "aptitud". (Vid, en este sentido, URÍA y GARRIGUES.) Si una persona, para ser "apta" para el desempeño de un cargo ha de ser la "idónea", quiere con ello decirse que si no es idóneo no se es apto para desempeñarlo. La cuestión, apuntada recientemente por VICENT CHULIÀ, no deja hoy de tener importancia, como trataré de demostrar.

Ha apuntado ya que la persona elegida ha de ser la adecuada en el instante en la que se elige y hasta que —voluntaria o involuntariamente— cesa. Nuestro Texto Refundido apunta en esa dirección cuando parece querer distinguir entre incapacidad originaria y sobrevenida..., pero olvida que —además de las causas que luego examinaremos— hoy la tremenda complejidad de relaciones de todo tipo (fiscal, jurídico, laboral, contable, técnico), que el desarrollo de la vida social acarrea, ha motivado la profesionalización y dedicación exclusiva del administrador, especialmente en las sociedades abiertas, de tal manera que la elección exige un sopesado análisis de sus condiciones (hasta el punto de la creación de empresas especializadas en la materia), que puede llevar o no a una solución satisfactoria. ¿Qué ocurrirá si la persona elegida, siendo capaz con arreglo a la ley, no resulta apta? ¿No debería, asimismo, posibilitarse "ex lege" la impugnación del acuerdo de elección por la minoría disconforme? ¿No debería asimismo contener la ley alguna previsión especial relativa a "aptitudes", según el tipo de sociedad de que se trate? ¿Qué ocurrirá si el administrador demuestra reiteradamente su ineptitud para el cargo que se le ha encomendado? Y lo que sostenemos —de gravedad especial en las grandes sociedades— tiene también reflejo en algunas sociedades cerradas y de escaso número de socios, en las que si bien el administrador no puede ni debe ser declarado incapaz, por no haber motivo para la adopción de una medida de tal gravedad, o por no dejar la ley resquicio para ello, no llega a tener la aptitud necesaria (por ejemplo, por su elevada edad) para ejercer el cargo...

Ya se ha hablado en reiteradas ocasiones de la necesidad de limitar la posibilidad de que personas de cierta edad puedan ejercer el cargo de administrador, dirección en la que parece apuntar la exigencia de que se haga constar ese extremo (edad) en la escritura de constitución de la sociedad... (art. 8f) TRSA. (Partiendo de dicho precepto podría inferirse la necesidad de hacer constar siempre que se nombre administrador, su edad, y no sólo cuando se le designe en la escritura de constitución). Para solucionar las cuestiones planteadas no cabe hoy —ante el silencio legal del que hablamos— sino acudir al establecimiento de limitaciones estatutarias, extremo sobre el que volveremos más tarde.

Una vez admitido que la persona elegida es apta, o la más idónea para desempeñar su cometido, habrá que determinar si es o no capaz, o viceversa. Para ello es preciso fijar con precisión si para ser administrador se exige o no tener la capacidad legal para el ejercicio del comercio. Las posturas tradicionales al respecto son radicalmente contrapuestas. La que defiende la postura afirmativa puede hoy ser representada por la DGRN en su conocida Resolución de 24-2-1986, en la que, siguiendo a BERGAMO, y a propósito de la capacidad del menor emancipado (al que el art. 124 TRSA no menciona, vacío que también debía haber sido llenado por la reforma), sostiene que el administrador tiene el carácter de factor —*ex arts. 283 y 286 C. de C.*— y debe, por tanto, tener dicha capacidad, puesto que por imperativo de la propia naturaleza de la sociedad ha de ejercer por ella el comercio.

Los arts. 124 y 132 del TRSA no parecen por el contrario exigirla. Además, como ya ha señalado LUCAS, de los artículos citados parece deducirse que, de exigirse la capacidad especial de que hablamos, el primero de dichos artículos sería ocioso en parte, puesto que ni los quebrados, ni los menores, ni los incapacitados tienen capacidad para ejercer el comercio. ARANGUREN, más recientemente, siguiendo la postura de GARRIGUES, se inclina también por la tesis negativa, aprovechando para criticar el contenido de la resolución citada anteriormente. Sostiene en efecto que la equiparación administrador-factor no es correcta y que, aunque lo fuera, para ser factor basta la capacidad para obligarse (art. 282 C. de C.). Por otra parte, la atenuante penal que supone la minoría de edad es irrelevante para la sociedad y para los terceros —a los que sólo preocupa la responsabilidad civil—, debiendo además ser interpretadas las excepciones al principio general de capacidad del menor emancipado, que recoge el art. 323 del CC, en cuanto tales, restrictivamente.

Pienso que no deben extraerse precipitadamente conclusiones generales de la argumentación esgrimida por la DGRN. Lo que tal organismo persigue en realidad es fundamentar la incapacidad del menor emancipado para ser administrador. Y a ella se llega simplemente porque no puede

comprometer su patrimonio inmobiliario como consecuencia de la responsabilidad civil derivada de tal cargo (por vía del art. 1.911 CC) sin autorización de sus padres o representantes (art. 323 del mismo cuerpo legal) y porque si sufre restricciones para disponer de sus bienes, con mayor razón las padecerá para disponer de los ajenos (aún admitiendo que, en general, los términos Administración y disposición no tienen idéntico significado en el campo civil que en el mercantil, dado que en éste lo que a efectos civiles es disposición puede ser tan sólo Administración si el acto realizado está comprendido dentro del objeto social). Básicamente es por las razones expuestas por lo que el menor emancipado no puede ser administrador, pero no porque no sea capaz para el ejercicio del comercio (que exige la mayoría de edad y la libre disposición de los bienes *ex* art. 4 del C. de C.).

Dos dudas me asaltan al concluir este punto: la primera si la equiparación que se realiza y da generalmente por buena es totalmente correcta (¿estaba ya pensando el legislador al promulgar el C. de C. en los administradores de las sociedades cuando se refería a las “personas que ejercen el comercio”? ¿O la profesionalización a que en la actualidad se tiende —y que ya hemos apuntado— aleja a los directivos de tal ejercicio, en sentido clásico? (Piénsese que el art. 127, como veremos, ha sustituido la diligencia del “ordenado comerciante” por la del “ordenado empresario”). Por otra parte, no me resisto a confesar que el campo de la representación orgánica, dentro del cual nos movemos, puede llevar a la conclusión, sin especiales esfuerzos, de que quien actúa, quien ejerce el comercio —en su caso— y a quien debe exigírsele la capacidad para ello en consecuencia, no es el órgano que opera, sino la propia sociedad...

Concluyendo pues: no es necesaria la capacidad de que hablamos, aunque sí que hay que determinar los límites precisos que configuran la persona del posible administrador. Para ello el TR nos ofrece un precepto (art. 124, fiel transcripción —salvo la supresión obligada de la referencia a los interdictos— del antiguo art. 82 LSA), en el que, bajo el epígrafe “prohibiciones” se confunden supuestos de incompatibilidad e incapacidad, a la vez que mezclan causas de exclusión del cargo (no pueden ser elegidos) con causas de remoción (los válidamente nombrados que incurran en ellas, han de ser cesados: art. 132 TRSA). Por otra parte, no deja de ser criticable la ambigüedad con que se expresa dicho precepto, aunque quizá no le haya quedado al autor del texto otra salida, dada la proliferación de normas que establecen incapacidades especiales (Ley 26-12-1983 sobre incompatibilidades de altos cargos; Ley 14-3-1984 de la Comunidad Autónoma de Madrid, sobre la misma materia, para su ámbito territorial; Ley de 27-7-1968, sobre imposibilidad de ocupar más de cinco puestos en Consejos de Administración bancarios en determinados casos, etc.).

El profesor GARRIGUES clasificó las incompatibilidades esquemáticamente en dos grupos: de derecho público, subdistinguiendo a su vez entre éstas entre las absolutas (personas que por razón del cargo que ostentan no pueden ser administradores —124 TRSA—) y las relativas (art. 124 TRSA *in fine*: funcionarios con funciones a su cargo que se relacionan con las actividades propias de la sociedad que se trate). Los afectados por una prohibición absoluta no pueden nunca ser administradores y si la prohibición es relativa, no podrán serlo en la concreta sociedad relacionada. Y prohibiciones de derecho privado, subdistinguiéndose a su vez dentro de éstas —como en el caso anterior— entre las absolutas (corredores de comercio, jueces, etc.: art. 14 C. de C.) y las relativas (art. 132.2 TRSA: administradores de sociedad competidora. La determinación de cuándo una sociedad es “competidora” de otra, incluso la precisión de si hoy o no entre ambas “intereses opuestos”, no deja de presentar problemas. El TS tiene en efecto declarado el respecto que se puede ser al propio tiempo administrador de una S.A. y cliente de la misma —arrendatario de sus servicios— sin incurrir por ello en incompatibilidad: STS 14-3-1973; y que una misma persona administradora de dos sociedades competidoras, por concurrencia en el mercado, puede no ser incompatible. La concentración de sociedades del mismo género es hoy frecuente, por lo que no se puede dictar una regla general, sino que habrá que acudir a la ponderación de cada caso concreto por el Tribunal: STS 28-6-1982).

La confusión de que hablamos sufre el legislador (entre prohibiciones e incompatibilidades) tiene importancia en el orden de causas y en el de efectos (son prohibiciones las impuestas a los quebrados y concursados no rehabilitados, a los menores e incapacitados, a los condenados a inhabilitación para ejercicio de cargo público o por el incumplimiento de leyes o disposiciones sociales. El resto son incompatibilidades). No se ha estudiado con detalle la eficacia del acto realizado en nombre de la sociedad por un administrador nombrado pese a estar afectado por una prohibición o una incompatibilidad, con o sin conocimiento del hecho por la sociedad.

El punto de partida para el análisis de la cuestión puede ser la Exposición de Motivos de nuestro C. de C., que viene a sostener que los actos realizados por un administrador incapaz (y, por tanto, sujeto a prohibición) son nulos (art. 6-3 CC), mientras que los realizados por una persona incompatible son eficaces y válidos aunque generan la imposición de una sanción a la persona que los realiza. Aunque comparto la calificación de los actos realizados contra una prohibición, entiendo que estos últimos no son válidos, sino anulables por el tercero que contrata de buena fe con la sociedad, dado que adolecen de un vicio de consentimiento. Es preciso reseñar aquí que sólo con la debida cautela puede aplicarse a esta materia la doctrina civil de la eficacia del contrato. El principio general de seguri-

dad en el tráfico, cuya expresión más reforzada viene recogida en el nuevo art. 129.1 TRSA, siguiendo el criterio impuesto por la Primera Directiva, obliga a ello.

Y lo que sostenemos es predicable también del acto realizado por un administrador capaz y apto, cuyo nombramiento adolece de un vicio que lo anula. Si la invalidez se funda en alguna de las causas de impugnación de acuerdos (art. 115 TRSA), la declaración judicial de la nulidad no puede afectar a terceros de buena fe (art. 122.1 TRSA). Lo que es igualmente aplicable al acto declarado nulo por infracción de una prohibición legal (en esa línea VIVANTE apuntó que sólo los accionistas pueden oponer las excepciones que se refieran a la existencia material de la representación, por violación de la ley, los estatutos o el Reglamento del Registro Mercantil. “Sin embargo, la sentencia que estime la acción impugnatoria no afectará a los derechos adquiridos de buena fe por terceros”).

A la adopción de un acuerdo no puede aplicarse la doctrina de la ineficacia contractual, puesto que no es un contrato, ni se asimila a él. Hay un negocio jurídico colectivo en el que habrá que analizar si incide algún vicio del consentimiento, distinguiendo si dicho vicio afecta a la voluntad de uno de los socios (lo que puede carecer de trascendencia, o tenerla, según la decisión haya sido o no adoptada por un voto de diferencia) o por el contrario afecta a la voluntad social. Y —en este último caso— si el vicio vicia el acuerdo de nulidad absoluta o de anulabilidad.

Pese a la normativa civil, entiendo que el rigor con que actúa el principio de seguridad del tráfico en el derecho mercantil, según hemos visto, obliga a mantener el acto realizado por el administrador si el tercero con el que contrató actuó de buena fe, debiendo la sociedad que pretenda la anulación probar lo contrario.

Cuando por fin hayamos podido determinar que la persona elegida no se halla incluida en ningún supuesto de incompatibilidad legal, tendríamos que analizar si reúne las cualidades exigidas por los estatutos sociales y que conforman su “aptitud” o “idoneidad”.

En efecto, en los estatutos se puede libremente imponer que el administrador elegido sea accionista (art. 123.2 TRSA), que sea titular de un determinado número de acciones, que tenga la nacionalidad española (algunas sociedades, por su objeto, no pueden tener administrador extranjero por imperativo legal), que reúna determinadas condiciones de edad, conocimientos, cualidades o titulación profesional (abogado, economista...), etc. Todo ello al amparo del amplio principio de libertad estatutaria o de pacto recogido en el art. 10 del TRSA. Las condiciones impuestas han de ser —eso sí— objetivas y fácilmente comprobables, no pudiendo revestir tal carácter que condicionen el nombramiento de los administra-



dores, de manera que tan sólo puedan ser elegidas determinadas personas (R. DGRN 18-6-1980).

¿Cuál es la responsabilidad en que incurre el administrador que realice un acto en nombre de la sociedad, pese a estar afectado por una prohibición?

Para responder a dicha pregunta es preciso distinguir si actuó de buena o mala fe. En el primer caso (es decir, ignora la existencia de la causa que vicia su actuación) la sociedad responde plenamente frente a terceros, quedando vinculada —puesto que el vicio sólo a ella es achacable— al adoptar un acuerdo cuyo contenido es la designación para el cargo de una persona inadecuada (si el vicio afecta sólo —en caso de Administración colegiada— a uno de los miembros del Consejo y éste puede seguir funcionando, la cuestión puede carecer de trascendencia). No otra cosa parece deducirse del art. 132.1 del TRSA. La destitución no es automática, sino que opera a instancia de parte. Si los accionistas no solicitan el cese, o la Junta General no lo acuerda, la sociedad debe asumir el riesgo que su negligente actuación ocasiona. Ello sin perjuicio de que, si la persona elegida ha actuado de mala fe, pueda repetir contra ella por el daño causado.

¿Qué ocurre en caso de que el nombramiento irregular o indebido haya accedido al Registro? El legislador, olvidando en parte los deberes que al Estado español imponía la integración en la CEE, silencia la cuestión. Y digo que olvida esos deberes porque el art. 8 de la Primera Directiva dispone que “El incumplimiento de las formalidades de publicidad relativas a las personas que en su condición de órganos sociales tengan poder para obligar a la sociedad, hará inoponible a tercero cualquier irregularidad en su designación, a menos que la sociedad pruebe que dichos terceros tenían conocimiento de la misma”. Ello le convierte en un simple administrador de hecho con nombramiento irregular, capaz de vincular a la sociedad en los términos antes vistos, y es así en nuestro derecho pese al vacío legal, por aplicación de los principios de legitimación y fe pública registral.

Antes de seguir adelante con el nombramiento de los administradores es preciso aludir a la posibilidad de designación como administrador de una persona jurídica (consagrada legalmente en el art. 8f) TRSA, que exige la constancia de la denominación social, si los administradores son personas jurídicas, en la escritura de constitución, y en el art. 143 RRM). Tal posibilidad, contraria al Proyecto de Quinta Directiva, que expresamente dispone en su art. 5.1 que “sólo las personas físicas podrán ser miembros del órgano de Administración”, responde a una discusión doctrinal previa a la reforma y deja planteados y sin resolver numerosos

problemas: ¿quién debe reunir la condición de capacidad y aptitud? ¿La persona jurídica representante o la persona física que actúa en su nombre? ¿Qué ocurre si la persona jurídica es capaz, pero su representante no? ¿Puede nombrarse delegado del Consejo de Administración a una persona jurídica? ¿Puede ser administrador —o consejero— una misma persona en nombre propio y a la vez en representación de una persona jurídica? ¿Puede una misma sociedad nombrar —si tiene acciones que, agrupadas, le dan derecho a ello, con arreglo al sistema proporcional de elección— a tres consejeros, personas físicas distintas, para que la representen? ¿Puede representar a la persona jurídica cualquier persona física a través del apoderamiento, o ha de ser un representante orgánico de la misma quien actúe en su nombre? ¿Puede cambiar libremente la persona física que ha designado la sociedad administradora, suponiendo que la base de la representación sea voluntaria? ¿Y si es orgánica? ¿Puede la sociedad representada cesar a la persona física designada por la administradora en base al art. 131 TRSA, o sólo puede cesar directamente a la persona jurídica? ¿Puede ser administrador una persona jurídica que por su objeto o naturaleza no pueda ejercer el comercio? Entrar a fondo en cada una de estas cuestiones exige un tratamiento detenido que excede de los límites que nos hemos propuesto. Aparte de los problemas citados, el más relacionado con el tema que nos ocupa es el de la responsabilidad, en la compleja relación entre la persona jurídica administradora, la persona física que la representa y la sociedad administrada, cuestión de vital importancia que el legislador no ha regulado. La maraña de relaciones todavía se complica más si pensamos en la diversidad de supuestos que pueden darse: representante único, administrador-consejero, nombramiento aceptado, pero no inscrito, inscripción irregular...

¿Cómo resuelve el problema el Proyecto de Quinta Directiva? En el propio art. 5 citado somete al representante de la persona jurídica administradora a las mismas condiciones y obligaciones que le corresponderían si fuera personalmente administrador, “sin perjuicio de la responsabilidad de la persona jurídica a quien represente”. En las relaciones sociedad administradora-sociedad administrada, se aplicará, ante el silencio legal, lo prevenido en el TRSA para el administrador ordinario, ya que donde la ley no distingue tampoco nosotros debemos distinguir, bien entendido que la responsabilidad penal, en su caso, se imputará a la persona física actuante, como tendremos ocasión de comprobar. En las relaciones persona jurídica administradora-persona que la representa, aquélla podrá repetir contra ésta por el perjuicio causado, en el caso de existencia de nexo causal entre el daño y su actuación dolosa. No obstante la responsabilidad a que hará frente será distinta según consideremos que la representación que ostenta tiene su base en un poder ordinario conferido por la represen-

tada (en cuyo caso se aplicarán las normas del CC) o, por el contrario, en la propia representación orgánica.

Por la manera de expresarse la ley (“persona física que aquella haya designado”: art. 143 RRM) y por la dificultad añadida que representa la posibilidad de que a su vez la persona jurídica elegida administrador fuera administrada por otra persona jurídica —y así sucesivamente— nos inclinamos a favor de la inadmisibilidad de tal supuesto (téngase presente que en caso de de órgano administrador unipersonal, de seguir la tesis que la admite, la expresión legal sería incorrecta, pues representaría a la administradora siempre su representante legal, sin necesidad de designación expresa alguna).

## 2.a).2. *¿Quién puede elegir administrador?*

La regla general es que los administradores son elegidos por la Junta (art. 123.1 TRSA), con el quorum del art. 102 del mismo cuerpo legal, pudiendo los estatutos establecer una mayoría reforzada (lo que no puede hacerse para la separación, pues restringiría el principio de libre revocabilidad de los administradores).

En la hipótesis de funcionamiento colegiado —Consejo— el TR guarda silencio al respecto (art. 137), pero debe entenderse que sigue siendo la Junta la capacitada, ya que el art. 123.1 se refiere a “administradores” en general, sin distinguir entre consejeros y no consejeros. La facultad de elección es indelegable (STS 19-9-1986 y RDGRN de 5-11-1956) y no puede ser condicionada por los estatutos, que puedan, sin embargo, establecer un determinado “modus operandi”. Los pactos entre socios en relación al compromiso de emitir el voto en un determinado sentido tienen una eficacia meramente interna, obligando tan sólo al sindicato que no los respete a satisfacer la indemnización pactada (o que se fije, en su caso).

En el supuesto de que no se consiga el quorum necesario para el nombramiento de administrador o no pueda convocarse la Junta que debe elegirlo, puede llegarse (si no hay “administrador de hecho” que transitoriamente asuma las funciones de gestión y representación) a la paralización de los órganos sociales y, a través de ella (si excluimos la posibilidad de que la Junta administre directamente, o aún admitiéndola, si ésta no puede reunirse) a la disolución de la sociedad (art. 260 TRSA).

Excepcionalmente pueden nombrar administrador de la S.A.:

- Los fundadores, quienes lo designarán en la escritura fundacional (art. 8f) TRSA).
- El resto de los consejeros, en el caso de elección por cooperación, a que luego aludiremos.

- Y el juez, cuando estando embargado el patrimonio social o la mayor parte de las acciones, así lo decida (art. 1 DL de 20-10-1969).

Una vez elegido el administrador, éste debe aceptar el nombramiento, surtiendo, a partir de ese momento, su designación los efectos propios de la misma. Así se expresa el nuevo art. 125 TRSA, oscuramente redactado, por cuanto no especifica a qué tipo de efectos se refiere, ni la virtualidad de la inscripción. Tampoco señala un plazo para la aceptación (contrariamente a lo que hace para la inscripción), lo que puede motivar una dilación indefinida de ésta.

La fijación del carácter o naturaleza jurídica de la aceptación ha sido tradicionalmente muy discutida. Dos son las posturas fundamentales adoptadas al respecto:

- La de GIRÓN TENA, para quien la designación por la sociedad y la aceptación por el designado encubren un verdadero negocio bilateral (arrendamiento de servicios) al que es aplicable la doctrina general del contrato (“los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento”: art. 1.258 CC; “el consentimiento se manifiesta por el concurso de la oferta y la aceptación”: art. 1.262 CC).
- Y la de GARRIGUES que, siguiendo a CANDIAN, sostiene que la aceptación por el administrador elegido no implica la perfección de ningún contrato. Hay un simple “concurso de voluntades” dirigido a la consecución de un fin concreto. Nos encontraríamos así ante dos actos unilaterales —designación y aceptación—, de los cuales el primero tiene naturaleza de autorización y es un negocio unilateral y abstracto, cuyo efecto primordial consiste en la atribución de poder a un sujeto. BERGAMO —en la misma línea— sostiene que la aceptación es una simple “conditio iuris”, a cuyo cumplimiento se supedita la eficacia del negocio, que es un acto incompleto mientras tanto.

Para lo que nos interesa, y aún reconociendo en mi opinión la mayor solidez de la segunda de las posturas citadas, es indiferente por cual de ellas optemos, ya que lo mismo si nos hallamos ante un contrato, que si lo estamos ante una declaración unilateral (que carece de publicidad y no está hecha a cambio de precio), en tanto en cuanto no sea aceptada, el oferente puede revocarla, tras ser mantenida un tiempo razonable a fin de que la persona designada pueda decidirse. Lo difícil es señalar el límite de lo “razonable”, separándolo de lo que no lo es. Desde luego hubiera sido preferible la imposición legal a la Junta de la obligación de notificar

fehacientemente la decisión adoptada y fijar un plazo para la contestación, taxativo. No siendo así, habrá que entender que los plazos legales para el anuncio de convocatoria de la Junta que haya de acordar la sustitución deben ser suficientes.

Por otra parte, aunque no lo fuera por puras circunstancias materiales (enfermedad, distancia, etc.), y volviendo a lo anteriormente expuesto, la Junta puede modificar su criterio en tanto en cuanto no se haya producido la aceptación y le haya sido notificada, o haya tenido conocimiento de ella. Por supuesto, la aceptación puede ser expresa o tácita, a los efectos examinados, pero su acceso al Registro exige constancia documental (art. 142 RRM). Puede plantearse —obviamente— el problema de la falta de aceptación por el designado. Obligar a una nueva elección y si la Junta no encuentra persona a la cual encomendar la Administración social, la sociedad estará abocada a su disolución (art. 260 TRSA).

En cuanto al problema de la producción de efectos de la aceptación a que alude el art. 125 TRSA, entiendo que son puramente internos. La sociedad tiene ya un gestor encargado de los asuntos sociales, que no puede representarla externamente hasta que el nombramiento se haya inscrito. Evidentemente, aceptado éste, como sosteníamos, y producido el “concurso de actividades”, la sociedad no puede revocar el nombramiento, aunque sí cesar al administrador, y éste responderá claramente al entrar por el perjuicio que su negligente actuación pueda ocasionarle. Dos problemas se plantean en la nueva fase abierta tras la aceptación: el primero de ellos, qué ocurrirá si transcurridos los diez días señalados la aceptación no se presenta en el Registro Mercantil. Hemos sostenido que la eficacia primordial de la aceptación tácita consiste en impedir que la sociedad pueda revocar arbitrariamente la elección, pero si tal aceptación se deduce de la actuación del administrador, la sociedad está obligada a exigir de éste que manifieste su decisión por escrito. A partir de la fecha del mismo (si es documento público, o su fecha está auténtica por la intervención notarial en la legitimación de la firma) empezará a contar el plazo. Si transcurre éste, el Registro Mercantil entiendo que no debe quedar cerrado, obligando a un nuevo proceso de elección que designará, probablemente, a la misma persona, generándose tan sólo responsabilidad en el obligado a la presentación, que —entendemos— (y ése es el segundo problema) no puede ser otro que o bien los administradores que en la sociedad existan (aunque sean de hecho) y, en su defecto, el administrador elegido, que está legitimado excepcionalmente para representar a efectos externos a la sociedad, tanto en cuanto a la elevación a público del documento de su elección, como para presentarlo a inscripción (R. de la DGRN de 3-3-1986. En la propia resolución se sostiene que los actos celebrados antes de la inscripción de su cargo por el administrador no son inscribi-

bles). Y si él es el obligado, él será el responsable de los perjuicios causados a la sociedad por el incumplimiento de su obligación.

A lo largo del proceso de constitución y, por tanto, de desarrollo de la vida social, vamos viendo como los administradores van asumiendo obligaciones que se traducen en responsabilidades exigibles por los socios reunidos en Junta General. Para asegurar el cumplimiento de esas obligaciones (art. 123 TRSA) contempla la ley la posibilidad de que —bien los estatutos o bien la propia Junta— pueden acordar que el administrador en el momento de su elección (o más bien de su aceptación del cargo), preste determinadas garantías. La libertad de elección de las mismas es amplia, ya que puede ser personal, como la fianza, o real, como la prenda o hipoteca de determinados bienes. Lo usual en la práctica es la elección de la prenda como garantía, prenda de acciones propias del administrador, si es accionista, por la tranquilidad que confiere a la Junta el saber que el administrador estará en todo caso interesado en que sus acciones no se deprecien. No obstante, puede la prenda tener por objeto acciones de otra sociedad o de la misma administrada, pertenecientes a otro socio (el administrador puede no serlo). El régimen jurídico de la prenda así constituida será el reflejado en los arts. 1.863 y ss. del CC. No parecen aplicables los arts. 320 y ss del C. de C., lo que quiere decir que la intervención de agente colegiado no es exigible para la constitución de la garantía, por lo que ésta (al estar constituida sin dicha intervención) no gozará de la preferencia que le otorga el art. 320.2 del C. de C.

Se plantea el problema de cuándo podrá la sociedad disponer de dicha garantía. Es evidente que cuando el administrador incurra en responsabilidades, pero ¿habrá que esperar la decisión judicial al respecto? Si es así se puede acarrear graves perjuicios para la sociedad, por lo que la garantía se convertiría en inútil, reduciendo su valor. ¿O bastará con que la Junta determine arbitrariamente que el daño se ha producido? (Lo que —por contra— puede suponer un claro perjuicio para el administrador.) ¿Qué forma tiene el administrador de oponerse a la disposición injusta por la sociedad? Todas estas cuestiones —que la ley deja sin resolver— tienen difícil solución, aparte de por su propia complejidad, por la variedad de disciplinas (civil, mercantil, procesal) que entran en juego. La manera de evitarlas, es prever la situación patológica en los estatutos y darles, dentro del amplio margen de libertad de estipulación reconocido por la ley a la Junta, respuesta para el caso de que se produzcan.

La enajenación de los títulos pignorados en caso de que proceda por decisión judicial (confirmativa de la responsabilidad del administrador) o disposición estatutaria, deberá llevarse a cabo, bien por el sistema prevenido en los arts. 320 y ss. del C. de C. (garantía intervenida por agente colegiado) bien, en su defecto, con arreglo al vigente TRSA. Exige, eso sí,

que la sociedad haya adquirido la disponibilidad de los títulos, lo que se producirá, si son nominativos, por la simple inscripción de la prenda en el “libro de acciones” de la sociedad, debiendo intervenir el agente mediador o fedatario si son al portador o, en caso de que éste falte, el propio titular. Para evitar ese inconveniente se acudía reiteradamente en la práctica a exigir a éste, en el momento de la constitución de la garantía, la firma de un “vendí” en blanco, lo que hoy no parece posible.

La exigencia impuesta por el art. 1.872 del CC (el acreedor dará carta de pago al deudor si en la segunda subasta no obtuviera resultado positivo) supone un claro quebranto para la sociedad, que se hace con la titularidad de las acciones, pero no cobra indemnización. Para evitar ese problema, GARRIGUES, propone que en los estatutos o en el acuerdo de la Junta se fije:

- La necesidad de que los títulos pignoralados sean nominativos.
- La relación entre el valor de la garantía y el importe del capital social.
- Que la garantía recaiga sobre todas las acciones depositadas indistintamente, de manera que todas respondan de la actividad de cualquier administrador.
- Y el momento en que debe restituirse (que será no en el de cese, sino mientras pueda ejercitarse la acción de responsabilidad).

Si el administrador no prestase la garantía convenida en la aceptación, o dentro del plazo señalado en los estatutos o en el acuerdo de designación, en su caso, deberá ser automáticamente separado de su cargo.

### 2.a).3. *Sistemas de nombramiento*

2.a).3.1. *Nombramiento de administrador por la Junta General, por la mayoría del art. 102 del TRSA, al que ya nos hemos referido*

2.a).3.2. *Nombramiento por el sistema de representación proporcional*

Es aplicable cuando la Administración se organiza bajo la modalidad de Consejo. Lo contempla el art. 137 TRSA, desarrollado por el RD de 17-5-1991 (BOE 28-5-91) que deroga el Decreto de 29-2-1952.

El sistema legal tiene carácter imperativo, por lo que los estatutos no pueden modificarlo, aunque sí, respetándolo, regula la forma de deliberar y tomar acuerdos.

Es un procedimiento matemático que consiste en dividir la cifra de capital social por el número de vocales del Consejo. Obtenido el cociente,

las acciones con derecho a voto que se agrupen y lo alcancen, tendrán derecho a designar su representante en el Consejo. El sistema ha sido duramente criticado, por entender que es principio básico en el derecho de sociedades el funcionamiento por mayorías, teniendo las minorías suficientes métodos de protección frente al abuso de aquéllas.

Ya hemos visto como la doctrina italiana apuntó hace tiempo la conveniencia de que el órgano de dirección de las empresas fuera unitario, o al menos, monocolor. Su eficacia quiebra cuando se introducen en él elementos extraños, generadores de discordia. El TRSA, siguiendo el criterio de la Ley de 1951 (ya que transcribe literalmente el derogado art. 71), parte de un mismo error: considerar que en toda sociedad hay una minoría estable frente a una mayoría, olvidando que tanto la una como la otra son circunstanciales y cambiantes.

Vamos a analizar los problemas que se venían planteando antes de la reforma, para ver si ésta (en unión del RD del 91) ha conseguido solucionar, o al menos paliar, algunos de ellos.

El primero es el de la renovación parcial. ¿Qué ocurre si sólo ha de cubrirse una vacante y se agrupan acciones con coeficiente suficiente para elegir dos o tres consejeros distintos? La solución la ofrece el art. 5 del RD de 1991: el orden de los nombramientos, si existieran varias agrupaciones, se determinará por el mayor valor nominal entre ellas. Y si lo tienen idéntico, la preferencia se determinará por sorteo.

No resuelve, sin embargo, el RD citado, al vacío del sistema en caso de haberse utilizado la cooptación. La ratificación de los así nombrados por el Consejo, ¿se hará siempre por mayoría? ¿Puede el Consejo utilizar la facultad de cooptar si la vacante producida es la de un consejero elegido por la minoría, o debe volver a elegir la misma minoría agrupada? El problema queda reducido en gran medida, puesto que el art. 6 del RD prevee el nombramiento de hasta tres suplentes del vocal nombrado, lo cual quiere decir que se plantearía la cuestión solamente en el improbable caso de que vacara el cargo cuatro veces... No obstante, puede llegar a darse el caso, y también puede ocurrir que no se hayan nombrado suplentes. Parece entonces deducirse de la subsistencia de la agrupación durante el plazo de tiempo para el cual el miembro de Consejo ha sido nombrado, impuesta por el art. 7 del mismo RD, que el puesto vacante deberá ser cubierto necesariamente por la misma minoría agrupada, lo que equivale a decir que, en mi opinión, y pese al silencio al respecto del art. 138 TRSA la facultad de cooptar no puede ser utilizada por el Consejo si la vacante producida es la de un consejero elegido por la minoría. Paralelamente, y en compensación, producida una vacante de un miembro del Consejo elegido por la mayoría, o por otra minoría distinta también subsistente, la



minoría cuyo representante sigue ejerciendo su cargo no puede votar en la nueva elección (art. 137 TRSA *in fine*).

Como la agrupación subsiste, se plantea el problema de qué ocurrirá si uno de los titulares de las acciones agrupadas transmite las suyas. ¿Quedará el adquirente privado de su derecho a votar en las sucesivas elecciones, mientras se mantenga la agrupación en la que intervino el transmitente? Así debe deducirse, operando la limitación a modo de carga real sobre los títulos transmitidos, ya que —de otra manera— se posibilitaría sobremanera el fraude del sistema...

Pero la cuestión más trascendental que el mismo plantea —y también la más debatida— es la de su posible inutilidad, dado el derecho que de libre y automática separación de administradores confiere a la Junta General el art. 131 del TRSA. En efecto, ¿de qué servirá a la minoría nombrar un representante si éste, por molesto o incómodo, puede verse cesado en la primera Junta General que se celebre convocada a instancia de la mayoría? Varias soluciones se han apuntado tradicionalmente: por ejemplo, entender que el derecho de separación, aunque la ley no lo diga, que ostenta la mayoría, debe constreñirse solamente a los nombrados por la misma (limitándose de tal manera el derecho de separación al designado por la minoría a ésta misma); o entender que la separación por la mayoría (facultad que más tarde analizaremos) del vocal designado por una minoría agrupada debe, necesariamente, estar basada en una justa causa (GARRIGUES).

La primera de las posturas citadas ofrece el inconveniente de que —contra la voluntad soberana de la Junta— se la puede obligar a mantener un administrador incompetente o inepto. La segunda añade una exigencia que la ley no provee a la facultad de la Junta, limitándola considerablemente. Pienso que ejercitada esa facultad en forma, y separado, por tanto, el Consejo elegido por la minoría, ésta podrá impugnar el acuerdo, debiendo, por tanto, reconocerse a la autoridad judicial la posibilidad del restablecimiento en el cargo de la persona cesada si su separación fue injusta o abusiva.

Se apunta también (Rojo) como posible solución la limitación subjetiva de la facultad del órgano cooptante, de tal manera que sólo pueda elegirse por el Consejo como suplente a cualquiera de los titulares de las acciones agrupadas. Tal solución presenta el fallo de que puede que ni los propios titulares estuvieran de acuerdo con la elección realizada. Cabría también apuntar la posibilidad de que la ratificación del miembro elegido por el sistema que analizamos no se confiera a la mayoría de la Junta, sino a la minoría agrupada que lo nombró. Estimo que tal solución, pese a no carecer de fundamento, no puede ser aceptada en tanto en cuanto carezca de base legal.

Por ello creo que la solución más correcta, basada en la posibilidad (de nuevo cuño) del nombramiento de suplentes, introducida por el RD de 1991, sería la de admitir que, cesado el consejero, accediera al cargo el suplente designado por la minoría y, de no hacerlo, sería la propia minoría la que debería proceder a cubrir nuevamente la vacante, puesto que el derecho al nombramiento de suplentes que recoge dicho Decreto no tiene por qué ser ejercitado en el mismo momento en que se elige el vocal.

No acaba en el art. 131 TRSA, sin embargo, la posibilidad que tiene la Junta de enervar el derecho de la minoría a elegir consejero, sino que —utilizando otros medios indirectos, como ha apuntado CÁMARA— se pueden conseguir los mismos fines. (Modificando, por ejemplo, la estructura del órgano de Administración y transformándolo de órgano colegiado en una administración mancomunada o solidaria). Todos estos problemas han provocado que, en la práctica, el sistema analizado sea de escasa utilización.

#### 2.a).3.3. *Nombramiento por cooptación*

Consiste en la elección de consejeros por el propio Consejo para cubrir las vacantes producidas en el mismo durante el período de vigencia del cargo para el que fueron designados por la Junta.

Supone una importante excepción a la regla general de que la facultad de elección de los administradores radica en la Junta, por lo que se limita el ejercicio del cargo al administrador designado por este sistema, hasta la celebración de la primera Junta General que tenga lugar tras su nombramiento.

Tiene su fundamento en la necesidad de no paralizar el órgano —y, por tanto la Administración— y la propia sociedad hasta que dicha Junta tenga lugar. El sistema viene recogido por el art. 138 TRSA, que transcribe literalmente el párrafo segundo del derogado art. 73 de la LSA de 1951.

Son presupuestos para que la cooptación pueda operar: la existencia de Consejo de Administración, la producción de la vacante, que ésta sea anticipada (es decir, que se produzca durante el plazo para el cual el administrador fue nombrado), y la previa cobertura del puesto.

Los estatutos pueden imponerla obligatoriamente, condicionarla (por ejemplo, reforzando el quorum de elección) o suprimirla.

El acuerdo de cooptación ha de ser adoptado por el Consejo válidamente constituido, lo que ha planteado la duda de si podrá cooptar el “Consejo deficitario” que, como sabemos, es aquél que no puede válidamente constituirse por haberse producido vacantes en más de la mitad más de uno de sus miembros. La mayoría de la doctrina se inclina por la tesis afirmativa. LUCAS FERNÁNDEZ acude al expediente de entender que los

“componentes” son en realidad “miembros actuales”, que deberán adoptar el acuerdo por mayoría absoluta igualmente.

La facultad de cooptar es indelegable y aplicable solamente —por su carácter excepcional ya apuntado— al Consejo de Administración, nunca a las comisiones ejecutivas.

La persona elegida para cubrir la vacante ha de ser “accionista” por imperativo del art. 138 TRSA, y como excepción a lo dispuesto en el art. 123.2 del propio TR. Esa cualidad debe ostentarse en el momento de la adopción del acuerdo por el Consejo y hasta su ratificación por la Junta, no bastando, por tanto, la elección de uno no socio, que procede, una vez elegido, a adquirir acciones de la sociedad. Y el cargo es temporal, pues tiene su vigencia “hasta que reúna la primera Junta General”. Expresión legal que plantea la duda de si finalizará cuando la Junta esté válidamente constituida o cuando, no ratificado por ésta el nombramiento, el administrador cesa (el profesor ROJO se inclina por la segunda de las posturas apuntadas, que parece reforzar el art. 145.2 RRM). También en relación a la duración, se discute el día que debe contar como “a quo” para el cómputo del plazo de duración del cargo, en el supuesto de que la Junta lo ratifique. De otra manera: ¿Debe computarse al consejero que suple la vacante el tiempo que llevaba su antecesor en el cargo? En principio habrá que distinguir si la ratificación se produce vencido el plazo del antecesor (en cuyo caso el plazo de duración del nuevo administrador será el general) o si todavía no ha vencido, debiendo entonces estar a lo que la Junta decida, en el caso de que no haya limitación estatutaria al respecto. Y si la Junta no especifica plazo, habrá que entender que tácticamente ha querido computar el del antecesor, debiendo, por tanto, cesar cuando —de haber seguido en el cargo— hubiera cesado éste (art. 144.2 RRM por analogía).

Por último, debemos añadir que, a falta de precepto específico, será de aplicación a los administradores así nombrados lo dispuesto en el art. 125 TRSA, de manera que el nombramiento surtirá efectos desde la aceptación, siendo la inscripción en el RM obligatoria en el término de diez días a partir de la misma. Puede ocurrir que el acuerdo de la primera Junta no ratifique el nombramiento y, por tanto, no acceda al Registro. En ese caso éste publicará que es administrador quien en realidad no lo es... El caso guarda distancias con el administrador que tiene el cargo caducado, pues éste puede convertirse en administrador de hecho y seguir actuando dentro de los límites de su condición, lo que puede hacer el no ratificado. Del mismo modo que el art. 129.1 TRSA dispone que las limitaciones al poder de representación, aún inscritas, no perjudican a terceros, entendemos que tampoco debe perjudicarles la publicación inco-

recta que contemplamos. La sociedad podrá verse comprometida en el tercero, de haberlo, si acredita que éste actuó de mala fe.

#### 2.a).3.4. *Nombramiento por el Juez*

En los casos que sea precisa, por decisión del mismo, la intervención judicial de la Administración (art. 1 DL 20-10-1969, ya aludido). El así nombrado está sujeto al control directo del Juez y a las responsabilidades propias del cargo dimanante del TRSA.

#### 2.b) *El control de los administradores durante el ejercicio de su cargo*

##### 2.b).1. *Actuación del administrador dentro de sus facultades*

Pese a que la materia no era de obligada reforma, por estar incluida en el Proyecto de Quinta Directiva, fue éste uno de los puntos en que se consideró conveniente introducir modificaciones, por haberse convertido en uno de los más obsoletos de la Ley de 1951, como viene a probar el escasísimo uso que se hizo de la acción de responsabilidad durante la vigencia de dicho texto legal. De entre los efectos que se achacaban al régimen derogado, la crítica ha venido destacando como más importantes los siguientes:

- El amplísimo e irracional privilegio de la “culpa grave” que se otorga al administrador. Sólo en el caso de que tuviera su culpa tal carácter, respondía.
- No se resolvía el tema de la solidaridad en el resarcimiento del daño.
- Tampoco se resolvían temas tales como la legitimación para el ejercicio de la acción, plazo de prescripción, acumulación de acciones, etc.

Pues bien, el TRSA, tratando de resolver los problemas más importantes y, al propio tiempo, de facilitar el ejercicio de una acción anquilosada por el desuso, dedica al tema (en lo que los interesa) dos artículos: el 127 y el 133, desglosando así lo que antes de la reforma recogía de manera similar el art. 79 de la LSA. ¿Cuáles son las modificaciones introducidas en dichos preceptos?

Se sustituye el término “comerciante” por “empresario”, más adecuado a la realidad mercantil actual, como tendremos ocasión de comprobar. El administrador actúa como un empresario al frente del negocio, y como tal

ha de responder. Como además es un representante (orgánico) de la sociedad, responde frente a la misma como un “representante leal”.

Siguiendo el criterio adoptado por la Ley de 1951, el legislador ha preferido no establecer una enumeración detallada de supuestos en los cuales se incurre en responsabilidad, probablemente porque siempre quedaría alguno fuera de la lista. Ello aboca irremisiblemente al arbitrio judicial, que será el que, en cada caso, en definitiva, decidirá si el representante ha traspasado o no los límites de un “ordenado empresario y un representante leal”.

Sin embargo, lo más importante, siguiendo la pauta marcada por el Proyecto de Quinta Directiva, y acusando recibo a las críticas recibidas, es la desaparición de la referencia a daños causados por “malicia, abuso de facultades o culpa grave” del derogado art. 79. El administrador responde ya no sólo en los casos de “culpa lata”, sino también en los de “culpa leve”. Téngase presente la incongruencia en que incurría el viejo art. 79 al exigir en su primer párrafo la diligencia de un ordenado comerciante, para, más tarde, afirmar que, aún habiendo sido negligente, no se respondería el administrador si no había incurrido en culpa grave. Y la solución correcta es la actual, simplemente porque la responsabilidad empieza donde acaba la diligencia exigida por el art. 127 TRSA, y no donde empieza la malicia, como ocurría antes. Evidentemente ello facilita la exigencia de responsabilidades, pues en la actualidad se ha suprimido la facilidad que —de cara a una posible exoneración— suponía el acreditar que la culpa era simplemente leve. Y ello ha de ser así por lo endeble del argumento sostenido por algún sector doctrinal y nuestro máximo organismo jurisdiccional, en ocasiones, para justificar en el régimen anterior la exigencia de culpa grave: se decía que de no ser así, no se encontraría nadie que quisiera ocupar el cargo de administrador por el riesgo que la aceptación del cargo acarrea.

Podemos sostener que la responsabilidad deriva tanto de las faltas cometidas en la gestión, como de la inobservancia de normas de obligado cumplimiento impuestas por la ley o los Estatutos. Faltas que no deben, desde luego, calificarse con arreglo a un resultado más o menos positivo, sino en relación a lo que en el tráfico mercantil sea práctica habitual y no arriesgada de un ordenado empresario, con independencia de si la actuación del administrador se ha saldado con un saldo exitoso o no.

El problema de si la culpa que genera la responsabilidad es contractual o extracontractual, que ha venido debatiendo la doctrina durante mucho tiempo, carece aquí de relevancia, pues cualquiera que sea su tipo, la extensión del daño indemnizable se medirá por el art. 1.107 del CC. (La calificación que vemos aquí —contractual o no— dependerá, como es lógico, de la naturaleza de la relación entre la sociedad y su representante,

aunque puede —pese a considerar que no existe contrato entre ambas partes— muy bien sostenerse que es contractual, por tener su base en la existencia de una obligación previa de prestación de servicios.)

Del análisis conjunto de los arts. 127 y 133 del TRSA podemos deducir que los elementos que integran la responsabilidad del administrador son los siguientes:

- Desempeño del cargo.
- Con la diligencia de un ordenado empresario —representante leal— (diligencia adaptable al tipo de sociedad de que se trate).
- Producción de daño, que habrá de ser probado y que comprende tanto el *damnum emergens* —disminución efectiva del patrimonio— como el *lucrum cessans* (con la dificultad añadida de probar éste) (art. 1.106 CC).
- Culpabilidad del administrador (en grado de lata o leve, como hemos visto: responde aunque no haya dolo).
- Y anexo causal entre la culpa o falta de diligencia y daño.

En cuanto al tipo de responsabilidad, ésta es individual: responde la persona, no el órgano, de ahí que no pueda sostenerse, por ejemplo, que responde el Consejo, sino los miembros que lo integran. Es, así mismo, solidaria, desde un punto de vista externo; el que demanda el resarcimiento del daño puede hacerlo de cualquiera de los administradores. La presunción de solidaridad en la culpa quiebra y puede ser destruida (desde un punto de vista interno) cuando sea individualizable. El administrador que quiera exonerarse deberá, pues, probar su falta de culpabilidad (piénsese en el ausente por motivos familiares o personales en la reunión del Consejo... Ahora bien, como ha apuntado algún autor, para que la simple ausencia exonere no puede ser reiterativa y además debe ser justificada).

Están igualmente exentos, según se deduce del tenor literal de la ley, aquellos que no hayan intervenido en la ejecución ni en la adopción del acuerdo, así como los que prueben su desconocimiento del mismo o que “hicieron todo lo conveniente para evitar el daño”. ¿Qué es exactamente lo “conveniente para evitar el daño”? La frase parece implicar que no basta con abstenerse o votar en contra del acuerdo (opción que habrá que hacer constar en el acta de la Junta, *ex* art. 97.7 RRM), sino que ha de impugnarse el mismo por la vía del art. 143 TRSA (ARANGUREN restringe la necesidad de impugnación a los acuerdos contrarios a la ley a los Estatutos, no a los perjudiciales técnica o económicamente.)

Por otra parte, como la diligencia es exigible en la adopción del acuerdo y en su ejecución, dispone el art. 133.3 TRSA: “En ningún caso exonerá la responsabilidad de circunstancia que el acto o acuerdo lesivo haya sido

adoptado, autorizado o ratificado por la Junta General” y ello es así porque el administrador está obligado, si el acuerdo es perjudicial a la sociedad o contrario a la Ley o a los estatutos, a impugnarlo, respondiendo en caso contrario por su ejecución.

El párrafo 2.º del art. 127 añade una obligación nueva para el administrador: la de guardar secreto respecto a los informes confidenciales a los que, en su caso, haya podido tener acceso. Para que se genere responsabilidad no es preciso, dados los términos en que se expresa la ley, que se produzca un daño a la sociedad, sino que bastará con la mera publicidad para que la sociedad pueda reclamar una indemnización. El problema estribará entonces en señalar el “quantum” de la indemnización, que corresponderá fijar al Juez. El plazo durante el cual debe guardarse silencio sobre la información confidencial no expira por el cese y —probablemente— ni siquiera transcurridos los cuatro años que fija el art. 949 C. de C., sino que se extiende durante todo el lapso de tiempo durante el cual el conocimiento público de la misma pueda perjudicar a la sociedad.

La ley prevé dos modos de controlar la actuación de los administradores:

#### 2.b).1.a) *Control periódico-institucionalizado*

El art. 95 TRSA se refiere al mismo, confiándoselo a la Junta General Ordinaria al decir: “La Junta General Ordinaria, previamente convocada al efecto, se reunirá necesariamente dentro de los seis primeros meses de cada ejercicio, para censurar la gestión social, aprobar, en su caso, las cuentas del ejercicio anterior y resolver sobre la aplicación del resultado”. Tal precepto se distancia de su precedente, el art. 50 de la LSA de 1951, que disponía que la Junta Ordinaria se reuniría “cuando lo disponga los Estatutos y, necesariamente, dentro de los seis primeros meses de cada ejercicio”. Al mismo tiempo se viene a sustituir la referencia que se hacía, dentro de la competencia de la Junta, a “resolver sobre la distribución de beneficios”, por “resolver sobre la aplicación del resultado”.

Si la segunda de las modificaciones aludidas carece, a los efectos que nos ocupan, de especial relevancia, no ocurre así con la primera. ¿Significa la supresión de la referencia a los estatutos que sólo podrá, a partir de ahora, haber una Junta General Ordinaria, que ha de celebrarse necesariamente dentro de los seis primeros meses de cada ejercicio, siendo, por tanto, el resto extraordinarias? ¿Se ha querido, pues, limitar la libertad de los Estatutos para fijar varias Juntas Ordinarias periódicamente? Así, pues, parece, en un primer momento, si tenemos en cuenta que el antiguo art. 11 LSA en su letra i) decía que en los Estatutos se harían constar “los plazos y forma de convocar y constituir las Juntas de Socios, tanto ordi-

narias como extraordinarias”, y del art. 9 del actual TRSA desaparece toda referencia a esa posibilidad. Pienso, sin embargo, que la respuesta a la cuestión no se encuentra en el art. 95 ni en el art. 9 TRSA, sino en el art. 126.2 del RRM que, en relación al “funcionamiento de la Junta General”, dispone que “si no se establecieran requisitos particulares para las Juntas Generales Extraordinarias y para las especiales, se entenderá que se rigen por las reglas previstas en la ley en los *Estatutos sociales para las generales ordinarias*”. De donde se deduce claramente que los Estatutos, dentro del margen de libertad reconocido en la ley, pueden establecer la celebración de Juntas Ordinarias con una determinada periodicidad, debiendo no obstante celebrarse una de ellas obligadamente, dentro de los seis primeros meses del ejercicio social, como ordena el art. 95. Es indiferente aquí la discusión jurisprudencial y doctrinal sobre si debemos o no admitir la celebración de una Junta Ordinaria fuera de plazo (a favor de tal posibilidad las S. del TS 25-4-86 y 6-2-87, y en contra la S. de 4-5-61). Y digo que es indiferente porque si hay que admitir —como parece evidente— que la “censura de la gestión social” es competencia de la Junta Ordinaria, ésta no es exclusiva, ya que es una función permanente de la asamblea de socios, que puede realizarse en cualquier momento, con lo que bastará con dar a la Junta que se va a celebrar con dicho fin de carácter de extraordinaria, para alejar toda sombra de duda sobre su validez (así lo ha sostenido nuestro TS que, en S. de 11-11-1968, atribuye a la Junta Extraordinaria competencia para tratar de las materias reservadas a la ordinaria, pasados los primeros seis meses del ejercicio). Y eso para el caso de que no se puede celebrar otra Junta Ordinaria estatutaria después de transcurrido el plazo legal.

Creo conveniente hacer dos puntualizaciones, una vez visto el cuando (periódicamente) puede realizarse el control, sobre el contenido de la “censura”.

- La primera, que, aún no estando previsto en el orden del día, la Junta Ordinaria que controla la actuación del administrador puede acordar su cese (R. de la DGRN 26-2-1956).
- Y la segunda, que la aprobación de las cuentas y de la “aplicación del resultado” no exonera al administrador de responsabilidad, tal y como se deduce en el art. 134.2 del TRSA. Para que tal exoneración se produzca, habrá que constar una manifestación expresa de la Junta en tal sentido, y aún dicha declaración tampoco eximirá de responsabilidad al beneficiado por ella si, incluso —conscientemente, e incluso inconscientemente, incluye— datos falsos en el balance que impidieron a la Junta hacerse una idea exacta de la situación social.



## 2.b).1.b) *Control extraordinario*

Se refiere al mismo art. 100.2 del TRSA, que transcribe fielmente el contenido del derogado art. 56 de la LSA de 1951, sustituyendo, sin embargo, la referencia al "10 por 100 del capital desembolsado", por el "5 por 100 de capital".

El mínimo se fija con el fin de evitar que accionistas con una participación ridícula en el capital pueden perturbar la marcha de la sociedad. Dicho mínimo no puede aumentarse, porque ello implicaría una limitación estatutaria de los derechos legales de los accionistas (RS de la DGRN 28-12-1951 y 15-11-1956), pero sí puede aminorarse (R. DGRN 27-6-77). Como fundamento esencial de tal posibilidad de reducción se esgrimía el art. 11 de la LSA de 1951, que permitía en los estatutos señalar la "forma de convocar las Juntas". Hoy —desaparecida dicha afirmación legal— se plantea si ello obedece a una restricción de facultades estatutarias, dado que el art. 9 TRSA sólo permite reglamentar la "forma de deliberar y adoptar acuerdos", silenciando toda referencia a convocatorias. ¿Se extrae, pues, a su competencia dicha materia? Entiendo que no, dado que el art. 9 TRSA citado señala un contenido mínimo en los Estatutos, viniendo al máximo a estar limitado por la ley. Por ello, los Estatutos podrán libremente rebajar el porcentaje del capital mínimo.

En cuanto a la posible legitimación para el ejercicio del derecho a solicitar la convocatoria de la Junta, se plantea la cuestión del sentido de la sustitución de la referencia a "capital desembolsado" por "capital" a secas. A mi juicio quiere decirse que basta con que sea capital suscrito. Se soluciona así el problema de los accionistas morosos en el pago de los dividendos pasivos. Estén éstos provisionalmente privados de su derecho a votar o no lo estén, deben computarse sus acciones, pues están suscritas. No deberán, sin embargo, computarse las que no confieren derecho a voto, puesto que nada van a poder decidir en la Junta que se celebre.

Tampoco es precisa, pese a la dicción legal, la agrupación de varios titulares de acciones para solicitar la convocatoria, sino que como ya tenía reconocido la jurisprudencia antes de la reforma (STS de 17-6-1972), basta con que un sólo socio reúna el 5 por 100 del capital para que pueda ejercitar el derecho que le confiere el art. 100 TRSA.

El usufructuario y al acreedor pignoraticio podrán solicitar dicho derecho (y las acciones que se usufructúan y pignoran se incluirán en el cómputo) sólo en el caso de que los estatutos les confieran bien la cualidad de socio, bien el derecho de asistir y votar en las Juntas Generales, correspondiendo la legitimación en caso contrario al nudo propietario y al deudor pignorante de los títulos.

En cuanto a la forma de la solicitud se mantiene el requerimiento

notarial. Junto al mismo (y preferentemente, por razones prácticas, “en” el mismo) deberá acreditarse la legitimación por los diversos sistemas que resulten según la clase de acciones (si son nominativas, la legitimación resultará del libro registro de acciones, si al portador, de la exhibición de los títulos, y si anotaciones en cuenta, de lo prevenido en la legislación del mercado de valores, en virtud de la remisión a la misma del art. 60 TRSA).

La ley no reconoce en ningún caso la facultad de convocar, sino la de solicitar la convocatoria. Si los administradores no cumplen con su obligación, el titular-titulares de las acciones agrupadas podrán acudir al Juez para que convoque la Junta, sin perjuicio de la responsabilidad en que incurriría el administrador, dimanante del incumplimiento del deber de diligencia que le impone el art. 127 TRSA, ya visto. Si el administrador, en cumplimiento de su obligación, convoca la Junta, deberá incluir en el orden del día todos los asuntos señalados por los accionistas en el requerimiento (en lo que nos interesa, censura de la gestión social). Y la Junta convocada habrá de tratar y decidir respecto a los mismos, dado que —de no hacerse así— aquéllos podrán impugnar los acuerdos solicitando su nulidad (art. 134 TRSA) y pedir la celebración de una nueva Junta, que será ordenada por el Juez (S. del TS de 26-10-1979).

#### 2.b).2. *La extralimitación del administrador en el uso de sus facultades*

Vamos a tratar de analizar el tema sin incidir especialmente en el espinoso problema de la delimitación de competencias entre órganos, pese a la dificultad que ello supone, centrándonos, en la medida de lo posible, en la responsabilidad del administrador por la extralimitación.

#### *Actos realizados por el administrador fuera del objeto social*

Sabemos que antes de la reforma la sociedad sólo quedaba obligada si los administradores actuaban de acuerdo con el régimen estatutario, que era oponible a terceros si estaba debidamente inscrito en el Registro Mercantil.

La situación actual ha quedado sustancialmente modificada, como consecuencia de la Primera Directiva de la CEE, que obligada a armonizar las legislaciones de los distintos Estados, dispone que una sociedad no puede, en principio, oponer a un tercero el hecho de que un administrador se haya excedido en sus facultades, aunque los Estados miembros puedan conceder dicho derecho a condición de que la sociedad pruebe que el tercero estaba advertido en la extralimitación. Se recoge así un principio

general de tipo germánico (poder limitado e ilimitable de los administradores) y una excepción facultativa de tipo latino (mandato restringido a las facultades conferidas por los Estatutos o a las derivadas del objeto social). Adolece el sistema adoptado por el TRSA (en su art. 129), como consecuencia de tal premisa, de los inconvenientes de los dos extremos, sin asumir sus ventajas, ya que ni se garantiza la seguridad de los terceros propia del sistema alemán, ni se asegura a la sociedad frente a las extralimitaciones del administrador, como en los sistemas latinos... Remitir la eficacia de un acto a la buena fe y ausencia de culpa en el tercero, es una "invitación al litigio", como ha afirmado recientemente AVILA NAVARRO.

Dentro de la amplia categoría de actos que el administrador-representante de la sociedad puede realizar extralimitándose en sus facultades (y que podemos incluir dentro de la categoría genérica "actos ajenos al objeto") podemos distinguir:

#### 2.b).2.a) *Actos modificativos del objeto*

Cuando por su reiteración tal calificación sea esgrimible su realización será nula, por incumplimiento de las previsiones legalmente imperativas sobre modificación del objeto (por ejemplo, exigencia del consentimiento de los socios, a los que está privado del derecho de separación). Y puesto que el acto es nulo, no será posible su ratificación posterior por la Junta General. La dificultad estriba en determinar cuándo la repetición de un acto fuera del objeto llega a tales extremos que implica su modificación. Tal circunstancia será de libre apreciación judicial y caso por caso. De la modificación indirecta del objeto se ha ocupado recientemente la R. de la DGRN de 16-3-1990, en la que se contempla el problema de la inscribibilidad de la cláusula por la que se confieren al órgano de una S.A. facultades para constituir "toda clase de sociedades". El Registrador se opone a la inscripción solicitada por entender que la cláusula de referencia habilita a la sociedad para operar en su sector que excede del ámbito del objeto social, por lo que no puede acceder al Registro.

Sostiene la DG que si bien no puede haber cláusulas que extiendan el poder de los administradores fuera del objeto, dichas cláusulas han de ser interpretadas como cláusulas de ampliación del mismo. Y si se han observado las normas legales sobre modificación del objeto serán perfectamente válidas.

#### 2.b).2.b) *Actos contrarios al objeto*

Dentro de los mismos podemos a su vez incluir:

- Actos a título gratuito.

En principio no parece admisible. Sin embargo, el mero hecho del carácter mercantil de la S.A. (art. 3 TRSA) no le debe impedir realizar algunos (aunque no puedan formar parte del objeto social: R de la DGRN 2-2-1966). Así hay que distinguir:

- Disposiciones gratuitas realizadas con carácter publicitario (permisos o patrocinio de determinadas actividades). Tienden a mejorar la imagen de la empresa, y deben, por tanto, considerarse comprendidos dentro del ámbito del poder de los administradores, por lo que su realización, si se enmarca dentro de la debida diligencia, no genera responsabilidad.
- Disposiciones relativamente gratuitas (por ejemplo, donación remuneratoria a un empleado). Entran, al igual que en el caso anterior, dentro del tráfico normal de la empresa.
- Disposiciones gratuitas puras: deben ser autorizadas por la Junta General. ¿Deberá la sociedad acreditar la mala fe del donatario para que el acto realizado por el administrador sin autorización no le vincule? ¿O el carácter gratuito del mismo basta para ello? Aunque la respuesta de la cuestión, dado el carácter general que se ha querido dar al principio de inoponibilidad del art. 129.1 TRSA, es dudosa, no parece dicho precepto (como tampoco la Primera Directiva) querer extenderse a ese tipo de actos, sino tan sólo a aquellos que deban ser protegidos por exigirlo así la seguridad del tráfico, que, dado su carácter mercantil, excluye “per se” los actos gratuitos puros.

#### 2.b).2.c) *Actos de liquidación*

Son aquellos que, prescindiendo el fin de la sociedad, suponen un impedimento para la realización del objeto (por ejemplo, enajenación del establecimiento sede de la empresa). Exigirá, al igual que en el supuesto anterior, el acuerdo de la Junta General y, según la naturaleza del acto, que dicho acuerdo se adopte con los requisitos necesarios para las modificaciones estatutarias (mayoría reforzada del art. 103 TR).

#### 2.b).2.d) *Actos neutros*

Los define la Resolución de la DGRN de 2-10-1981, como aquellos en los que “normalmente no es factible establecer *a priori* si un determinado acto en su contenido concreto es o no instrumento idóneo para el cumplimiento de la actividad por la que se alcanza el objeto social”.

Sus límites son muy imprecisos, pues en realidad se pueden clasificar de neutros casi todos los actos que no entran en el objeto social. Destaca,

dentro de esta categoría, por la referencia específica del art. 9 de la Ley Cambiaria y del Cheque, la prestación por el administrador de aval cambiario o afianzamiento en nombre de la sociedad, en el caso de que no esté dicha actividad incluida dentro del objeto. El precepto indicado, anticipándose a lo que luego consagraría con carácter general el art. 129 TRSA, sienta la presunción de que los administradores están facultados por su nombramiento para obligar cambiariamente a la sociedad, señalando a continuación que los tomadores y tenedores podrán exigir del firmante la exhibición del poder.

De los distintos grupos contemplados es pues el más numeroso. La admisión de todos los actos neutros llevaría directamente al sistema germánico de poder limitado del administrador.

La ley no distingue entre actos neutros y actos contrarios al objeto, por lo que el régimen sustantivo de unos y otros será el mismo, si bien en los últimos resultará más difícil que los terceros puedan alegar buena fe.

La realización de los actos contemplados en este epígrafe, ¿acarrea algún tipo de responsabilidad para el administrador? ¿Agrava —al menos— de alguna manera la inherente al cargo? ¿Cuál es la eficacia del acto, una vez realizado?

No contempla el TRSA separadamente estas cuestiones, por lo que se les debe aplicar, para su resolución, el régimen general derivado de los arts. 127 y 129. Como consecuencia de lo dispuesto en ambos preceptos vemos que, si el acto ha sido realizado sin intervención de Notario o Registrador —como ocurrirá de ordinario, puesto que el control de la legalidad del mismo que su actuación implica obligará a rechazar su instrumentalización y posterior acceso al Registro— el tercero que pretenda su eficacia deberá solicitarla judicialmente, correspondiendo a la sociedad que se oponga a la misma acreditar, además de la extralimitación, la mala fe del demandante. LUCAS cree, sin embargo, que la sociedad no quedará vinculada si los actos que se contemplan exceden de los poderes que la ley otorga al órgano actuante, estándolo tan sólo si se trata de actos realizados con fines distintos al objeto social, pero que están permitidos por la ley y los Estatutos. Tal criterio parece contrario al principio de inoponibilidad y no es admisible si partimos de la consideración de que la sociedad —por ley— tiene capacidad general para realizar todo tipo de actos, aún gratuitos. El supuesto, en caso de buena fe y actuación diligente del administrador, es similar al contemplado por el art. 1.738 CC: actos realizados por el mandatario ignorando la muerte del mandante y otra cualquiera de las causas que hacen cesar el mandato, que serán válidos frente a terceros de buena fe, pero no inscribibles por defecto en la representación, hasta que sea declarada su validez. (Téngase presente que estamos hablando de un acto documentado privadamente, que no se puede elevar a público por

adolecer del defecto de la extralimitación, pese a lo dispuesto en el art. 1.279 CC y que, si tiene por objeto un inmueble y se trata de una donación, estará viciado de nulidad, en base al art. 633 del mismo cuerpo legal.) La intervención del fedatario, en su caso, obligará a consignar en el cuerpo de la escritura el objeto social, y si del mismo no se dedujera claramente que el administrador se encuentra facultado, habrá de hacerse constar igualmente la norma estatutaria a la autorización concreta en cuya virtud actúa. Sólo entonces deberá autorizarse la escritura. Puede ocurrir que, excepcionalmente, se otorgue bajo la responsabilidad de las partes contrantes, por manifestar el administrador que se encuentra facultado, aunque no lo acredite, comprometiéndose a hacerlo con posterioridad. El hecho de que —pese a los controles legales— el acto acceda al Registro indebidamente, no afecta para nada a su eficacia, ya que la inscripción no convalida los actos nulos. La sociedad podrá, pues, pedir al Juez la nulidad de la misma, previa prueba del dolo del tercero.

El acto ajeno es inoponible a terceros en tanto en cuanto no sea ratificado, en la medida de lo posible, ya que —en concreto respecto a los actos que implican modificación del objeto social, como hemos visto— si es nulo por incumplimiento del procedimiento legal, no cabrá dicha ratificación. (LAVILLA y SAENZ GARCIA DE ALBIZU estiman que, dado que la sociedad tiene capacidad general, puede autorizar *a posteriori* el acto, incluso en el caso citado, exigiendo para ello el acuerdo unánime de la Junta. Estimo que tal criterio es erróneo por carecer de base legal, por aplicar el principio de unanimidad, contrario al derecho de sociedades, y por recoger erróneamente la teoría general de la eficacia del contrato, perfectamente aplicable en este punto.)

Respecto a la forma de la ratificación, no parece que deba, en principio, rechazarse la aplicación del art. 1.727 CC, por lo que puede ser expresa o tácita, aunque —en ambos casos— debe provenir directamente de la Junta General.

Hemos analizado hasta aquí la posición de la sociedad en relación con el acto realizado en su nombre. El tercero puede aprovechar los efectos del mismo, si son positivos. ¿Podrá revocarlo en caso contrario antes de que la sociedad lo ratifique? La doctrina de los “actos propios” parece oponerse a tal posibilidad. DIEZ PICAZO distingue (con acertado criterio) según que el acto haya desplegado o no todos sus efectos. En caso negativo, podrá ser revocado, siempre y cuando la sociedad haya tenido conocimiento de su realización y tiempo suficiente para autorizarlo.

En cuanto a la responsabilidad que genera la realización del acto para el que actúa en nombre de la sociedad, se regirá por las reglas generales, ya contempladas, según se ha apuntado. Probablemente hubiera sido preferible imponer un agravamiento legal de tal responsabilidad que implicara

una autocensura previa a la realización del acto. En caso de duda, el administrador solicitaría así la pertinente autorización antes de realizarlo, con lo que se evitarían no pocos problemas.

## 2.c) *Control en el cese*

### 2.c).1. *Obligatorio: la separación del administrador*

#### 2.c).1.1. *La separación por decisión de la Junta General*

El principio de libre revocabilidad de los administradores es reconocido en todas las legislaciones, extendiéndose incluso al administrador estatutario. En nuestro Derecho lo formulaba ya el antiguo art. 75 de la LSA, y se recoge en la actualidad en los mismos términos en el art. 131 TRSA.

Su fundamento se halla en que la relación entre la sociedad y administrador tiene su base en una confianza que, si falla, debe provocar la sustitución de éste, y se muestra como una compensación lógica al hecho de que no responda personalmente de las deudas sociales, a fin de evitar que —amparándose en ello— provoque perjuicios irremediables a la entidad que representa, siendo, no obstante, inamovible en su cargo.

La facultad de separar corresponde a la Junta General (tanto ordinaria como extraordinaria, según vimos al hablar del art. 95 TRSA y tiene reconocido el TS en S. de 30-4-1971). La junta la ejerce con carácter soberano e indelegable (R. DGRN de 5-11-1956) y la decisión se adopta por la mayoría ordinaria del art. 102 TRSA (NEILA cree que si el administrador ha sido nombrado por la minoría, esa misma minoría puede excepcionalmente destituirle. Pienso, sin embargo, que tal criterio es indefendible, por falta de base legal, y porque el art. 131 no establece limitaciones al ejercicio de la facultad por la Junta). Se discute también si debe exigirse la misma mayoría ordinaria en caso de que el administrador haya sido designado en los Estatutos. CÁMARA cree que en tal caso la mayoría será la reforzada del art. 103 TRSA, para la modificación de los mismos. No parece que sea así, puesto que la designación estatutaria constituye un contenido contractual no normativo.

Se ha discutido, asimismo, si el derecho de separación corresponde a la Junta en caso de que se trate de apartar al consejero-delegado. RODRÍGUEZ ARTIGAS, que ha examinado detalladamente el supuesto, a fin de contestar a dicha cuestión, distingue dos posibilidades: que los estatutos hayan reservado a la Junta la facultad de delegar (supuesto contemplado por la R. DGRN de 8-2-1979), en cuyo caso, y de admitir tal posibilidad, la propia Junta podrá cesar al consejero-delegado; o que éste haya sido nombrado directamente por el Consejo, en uso de las facultades que al

mismo atribuye el art. 141 TRSA, supuesto en el cual la separación sólo podrá ser acordada por el propio Consejo. Ocurre, sin embargo, que aún admitiendo esa conclusión la Junta (en uno de los escasos vestigios que le queda de su carácter "soberano"), aún no pudiendo separarle directamente, podrá privarle de su condición de administrador, con lo que provocará su cese automático dado que para ser consejero se requiere precisamente dicha cualidad. Se constituye así la facultad de la Junta en uno de los medios más directos de control sobre la actuación del delegado del Consejo. (BÉRGAMO piensa que, en cualquier caso, la Junta puede cesar directamente al consejero-delegado).

El principio de libre revocabilidad es de orden público, como ya reconoció el TS en S. 16-6-1934, razón por la cual las cláusulas estatutarias que se refieren al mismo han de ser cuidadosamente ponderadas.

En primer lugar se discute si es admisible, dado que en nuestro derecho no se exige una justa causa para la separación que se imponga obligatoriamente su exigencia para poder cesar al administrador (la R. de la DGRN 13-3-1974 ha dejado clara su postura contraria a la exigencia de justa causa, al contrario de lo que ocurre en las legislaciones italiana, suiza o alemana). No lo parece, si tenemos en cuenta el carácter de "orden público" que tiene, como hemos visto, el principio de libre revocabilidad del cargo. Tampoco lo será la cláusula que condicione la separación al pago de una indemnización si la distinción se produce sin causa (en ese sentido HOUPIŃ para el Derecho francés), por el fuerte condicionamiento de la facultad que supondría (en nuestro Derecho sigue esa corriente GARRIGUES, manifestándose en contra de ella ARANGUREN y NEILA). El primero de los tres autores citados admite dos cláusulas de indemnización: si el cese se produce con publicidad perjudicial para el cesado, o si éste está ligado a la sociedad por un contrato de servicios. La opinión puede ser respetada, pero entiendo que, en cuanto a la publicidad, será difícil determinar cuándo se ha producido y a veces evitarla. En cuanto al arrendamiento de servicios, la cuestión es más bien laboral y más tarde nos referiremos a ella.

LÓPEZ MEDRANO cree válida la cláusula estatutaria en la que se detalla un catálogo de causas que provoquen la destitución. Tal cláusula será válida, estimo, sólo si la enumeración es abierta, no cerrada y taxativa.

Tampoco es válida la cláusula que refuerza el quorum o exige unanimidad. La primera porque modifica el régimen ordinario de mayorías en beneficio del administrador, pudiendo destituirle la misma mayoría que lo nombró (S. del TS de 31-5-1957). Y la segunda, además, por la dificultad que entraña en la práctica tal exigencia. En general, cualquier cláusula que suponga una limitación al ejercicio de su derecho por la Junta, debe ser rechazada y tenida por no puesta (nula, según el TS en S. de 8-3-1981).



En relación al acuerdo de separación, una vez visto quién debe adoptarlo y con qué quorum, diremos que plantea el problema de si puede decidirse la separación del administrador en caso de que no figure el punto en el orden del día de la convocatoria. La cuestión ha sido detenidamente analizada en nuestro derecho, por FERNÁNDEZ RUIZ, quien, en contra del criterio doctrinal y jurisprudencial mayoritario (SS. de 31-1-1966 y 3-4-1971 y RR de la DGRN de 28-2-1957 y 24-5-1974), sostiene que la facultad de la Junta es en efecto omnímoda, en cuanto puede ser ejercitada "en cualquier momento" y sin justa causa, pero ello no quiere decir que no deba sujetarse al procedimiento legalmente previsto para la adopción de acuerdos (y en concreto requisitos de convocatoria).

¿Pueden votar el acuerdo los administradores censurados? El conflicto de intereses que se plantea no debe impedirles participar en el mismo, aunque sí votar (DUQUE). Por ello si vota, el acuerdo será impugnabile. De cualquier manera hubiera sido preferible que en la reforma se hubiera hecho constar (al igual que hace el art. 2.373 del CC italiano) que el derecho de voto no puede ejercerse en los casos en los que el socio tenga un interés contrapuesto al de la sociedad (tal precisión podría haber sido ubicada, por ejemplo, en el art. 150 TRSA, que trata específicamente de las limitaciones al derecho de voto). En idéntico sentido se expresa el art. 92 del Proyecto de Estatuto de S.A. europea, al decir que "el accionista no puede ejercitar su derecho de voto... en ocasión de una decisión sobre su responsabilidad o para cualquier otra decisión en la que tenga un interés opuesto al de la sociedad". En tanto en cuanto el legislador no modifique su criterio, sería conveniente la inclusión en los Estatutos de una cláusula que impusiera el deber de abstención para tales casos.

Se ha planteado la cuestión de si es factible separar a todos los miembros del órgano colegiado (o a todos los administradores singulares) en el mismo acto. El TS en S. de 12-2-1988, se opone a ello en base a dos razones: porque la sociedad no debe quedar sin administradores en ningún instante y porque debe salvarse el principio de unidad y continuada en la gestión social. Desaparecida la exigencia legal anterior a la reforma, de renovación parcial del Consejo, la cuestión se reduce a determinar si puede o no subsistir la sociedad sin órgano de Administración, lo que se encuentra íntimamente relacionado con el problema de si la Junta tiene o no competencias para realizar funciones de gestión.

Si la sociedad tiene capacidad jurídica y de obra mientras no se disuelva, ha de poder actuar, lógicamente. ¿Debe, en base a tan débiles argumentos, admitirse una limitación tan grave al derecho consagrado por el art. 131 TRSA? Como ha dicho ARANGUREN, negar la posibilidad del cese en bloque equivale a negar la posibilidad de separación del administrador único, por lo que debe sostenerse la tesis afirmativa. (En contra, RUANO.)

Puede defenderse perfectamente lo contrario, pues como parece ha querido el legislador, para que la sociedad esté inscrita el administrador debe estar perfectamente personificado, por ello se exige en la escritura de constitución la constancia de su nombre o denominación social (art. 8 TRSA). Quiere ello decir que sin tal requisito la sociedad no puede funcionar, como debemos también deducir de la postura adoptada recientemente por la DGRN al sostener que la Junta no puede otorgar poderes (R. de 28-2-1991). Y si no puede otorgar poderes es porque la facultad de representación radica en el órgano de Administración. La duda consistirá en si, excepcionalmente, podrá reconocerse tal posibilidad. Desde luego el problema hubiera quedado resuelto si el legislador hubiera impuesto a la sociedad que cesa al administrador la obligación de nombrar un sustituto, lo que no ha querido hacer probablemente al considerar que, de la misma manera que el cese puede revestir un carácter urgente, la búsqueda de la persona que ha de cubrir la vacante puede resultar laboriosa.

Si la Junta no designa la persona que ha de representar a la sociedad incurrirá en la causa de disolución previa en el párrafo 3.º del art. 260 TRSA (paralización órgano de Administración). Admitir lo contrario equivaldría a reconocer que, por el sencillo expediente de no nombrar administrador, puede una sociedad funcionar indefinidamente en el tráfico con un único órgano: el deliberante. La DGRN en R. de 31-10-1989 ha sostenido que la Junta no puede ejercer funciones de gestión, ni dar poderes. Por eso el acuerdo adoptado por la misma, de que la Administración le corresponderá temporalmente, no es inscribible.

El vacío que se puede producir en caso de seguir nuestra opinión contraria a la actuación de la Junta en materia de gestión, se llenará simplemente acudiendo al “administrador de hecho”, si es que existe (R. de la DGRN 21-4-1987) o, en caso contrario, entendiendo, junto con LÓPEZ DE MEDRANO, que, en base al principio de buena fe (arts. 1.258 CC y 57 C. de C.), el administrador cesado está obligado a concluir los negocios comenzados e inaplazables. De no tener viabilidad ninguna de las soluciones propuestas, la sociedad deberá proceder de inmediato a la provisión del cargo (si parece factible que —como el propio ARANGUREN señala— la Junta General pueda dar instrucciones —sugerencias más bien—, decida sobre actos concretos a instancia de los propios administradores o autorice determinados actos cuando los Estatutos así lo dispongan. Todo ello no deja de ser, sin embargo, una intervención excepcional del órgano soberano en temas de Administración).

En cuanto a la forma del acuerdo de separación, diremos que no puede ser táctico (R. de la DGRN de 8-5-1987), debiendo, una vez adoptado, inscribirse en el Registro Mercantil en virtud de cualquiera de los títulos a que alude el art. 142 RRM (al que remite el art. 148 del propio cuerpo

legal). A partir de dicha inscripción producirá la destitución efectos frente a terceros (R. de la DGRN de 2-4-1986). Por ello, el tercero que contrató con el administrador cesado, estará protegido si actuó de buena fe, cuando el cese no se haya inscrito, quedando, por tanto, la sociedad vinculada. No se establece plazo alguno para inscribir: ¿Se aplicará los ocho días del art. 26-3 del C. de C. o los diez días que señala el art. 125 TRSA para la inscripción del nombramiento? ¿O simplemente el silencio legal significa que no hay sujeción de plazo? La ley no se ocupa del tema por su escasa trascendencia práctica, dado que habitualmente la sociedad será la misma interesada en inscribir el cese con rapidez...

Finalmente cabe plantearse si es obligatoria la notificación del acuerdo al administrador separado. También aquí la ley guarda silencio, quizás por considerar suficiente la obligación que le impone de asistir a todas las Juntas (y entre ellas, a la que acuerde su cese) en el art. 104.2. No se prevé, no obstante, lo que puede ocurrir si —por causa justificable o no— deja de asistir a ella. Estimo aplicable, en ese caso, el criterio recogido en el art. 1.738 CC: lo hecho por el administrador en tales condiciones (actúa ignorando el cese) es válido y surte sus efectos frente a terceros de buena fe. El fallo que —en este punto— ofrece el sistema legal podría muy bien haber sido subsanado ordenando la suspensión de la inscripción hasta que se acredite que el administrador ha tenido conocimiento del acuerdo de separación. Como no se ha hecho así, hay que entender que la notificación del acuerdo no es precisa, a menos que se cese al administrador que tenía facultades certificantes, en cuyo caso será necesario, para lograr su inscripción y en base a lo dispuesto en el art. 111 RRM, que se acompañe “notificación fehaciente” de la separación al cesante. No me resisto, llegados a este punto, a manifestar mi frontal oposición a la práctica registral —desgraciadamente, no poco extendida— de no aceptar, como tal notificación, la remisión del acuerdo mediante acta notarial con acuse de recibo en el caso de que dicho documento no aparezca personalmente firmado por el administrador cesado. Tal práctica, basada probablemente en un desconocimiento flagrante de la legislación notarial vigente en nuestro país, busca su débil punto de apoyo en la desafortunada STS de 21-5-1991 y tiene su origen en la extendida confusión entre las actas de remisión de documentos por correo, reguladas en el art. 201 del Reglamento Notarial, y las de notificación y requerimiento, contempladas en el art. 202 del mismo Reglamento. En las primeras, al no ser notificaciones que reúnan los requisitos exigidos reglamentariamente para alcanzar el carácter de fehacientes, se requiere la prueba complementaria de que el documento llegó a su destino, si se quiere que la remisión del mismo produzca los efectos de una notificación. En las segundas, por el contrario, bastará con que se cumplan los requisitos reglamentarios para que la notificación

surta efecto, lo que es lógico y coherente ya que —de defender lo contrario— estaríamos posibilitando que fuera el libre arbitrio del receptor de la notificación el que determinase su eficacia. El Reglamento confiere, por otra parte, la facultad de elección del sistema, en su art. 202, el fedatario, no el registrador...

Esa confusión de preceptos de que hablamos parece sufrida también nuestro TS en la Sentencia citada, al sostener que “el sentido fundamental del art. 202 del Reglamento Notarial... es el de que la noticia o la voluntad ínsitas en el acta lleguen efectivamente a su destinatario, en especial las que exijan una actitud o contestación de éste a los efectos de la relación o situación jurídica en juego”. Tal afirmación es interesante en tanto en cuanto, siguiendo las modernas pautas doctrinales y jurisprudenciales, se consagra que el Acta del art. 1.504 del CC no es ya de simple notificación, sino más bien de requerimiento, al permitir al comprador del inmueble que se oponga a la resolución que lleva implícita dentro del plazo legal, pero adolece del defecto contemplado. La práctica profesional del que suscribe demuestra cómo la simple manifestación de la esposa del requerido de que —por olvido u otra causa cualquiera— no hizo llegar al mismo la cédula que el Notario le entregó, podrá enervar el derecho a resolver del vendedor defraudado.

Antes de pasar al punto siguiente, es conveniente recordar que de la facultad de separación que ostenta la Junta General, hay que excluir a los administradores representantes del personal elegido por el Consejo de Administración a propuesta del Jurado de Empresa, como ya disponía el art. 2 de la Ley de Cogestión (la comunicación que se hace a la Junta de su nombramiento no se verifica a efectos de ratificación por la misma, sino simplemente para su conocimiento).

Distinta de la separación del administrador es la suspensión temporal del mismo en el ejercicio de su cargo, acordada por el Consejo a propuesta del comisario, en uso de las facultades que le confiere el art. 304.2 TRSA, cuando la sociedad haya retrasado en más de seis meses el pago de los intereses vencidos o la amortización del capital.

### 2.c).1.2. *Separación del administrador en supuestos especiales*

Hemos analizado hasta aquí la separación del administrador por decisión soberana de la Junta. Pero, con independencia de la voluntad de ésta, puede también producirse en lo que la ley llama “supuestos especiales” y contempla en su art. 132, que dispone:

“1. Los administradores que estuviesen incurso en cualquiera de las prohibiciones del art. 124 deberán ser inmediatamente destituidos, a peti-

ción de cualquier accionista, sin perjuicio de la responsabilidad en que puedan incurrir, conforme al art. 133, por su conducta desleal.

2. Los administradores que lo fueren de otra sociedad competidora y las personas que bajo cualquier forma tengan intereses opuestos a los de la Sociedad cesarán en su cargo a petición de cualquier socio y por acuerdo de la Junta General”.

En relación al apartado primero diremos que no determina el momento a partir del cual opera la causa de incompatibilidad. Como se trata de una condena, no basta la simple interposición de la demanda, sino que habrá que esperar que la Sentencia sea firme. El administrador ha de ser inmediatamente destituido, no siendo precisa, por tanto, la celebración de una Junta General que acuerde el cese. Sí será, sin embargo, necesaria la reunión de la misma para cubrir la vacante, a no ser que haya órgano colegiado y ésta se cubra por cooptación. Se plantea aquí el mismo problema contemplado al hablar del sistema de elección por representación proporcional. Si el administrador que incurre en alguna de las prohibiciones del art. 124 TRSA (hablemos de incapacidad sobrevenida) ha sido elegido por una minoría agrupada, ¿deberá cubrir la vacante la propia minoría o la Junta General con la mayoría del art. 102 TRSA? Nos remitimos a lo anteriormente expuesto.

La petición de separación puede ser hecha por cualquier accionista, sin necesidad de que reúna ninguna participación especial de capital, y ha de ser dirigida directamente al administrador, aún cuando por ser el único, sea él personalmente el afectado. Si no convocase la Junta, podría, evidentemente, solicitarse la convocatoria judicial.

La destitución no es una sanción impuesta al administrador, sino que es consecuencia de la constatación de su incapacidad o incompatibilidad, quedando a salvo el ejercicio de las acciones de responsabilidad.

El párrafo 2.º del art. 132 alude a incompatibilidades de interés privado, analizando el problema de la coincidencia en una misma persona de la cualidad de administrador de dos sociedades distintas, y el de la oposición duradera de intereses entre el administrador y la sociedad que administra. Ya hemos apuntado alguna opinión jurisprudencial relacionada con el tema. La realización de actos de comercio aislados no implica una incompatibilidad que pueda provocar la destitución del administrador. Dicha incompatibilidad surgirá —en todo caso— de la “concentración de empresas”. Si dicha concentración es “vertical” (tiene lugar cuando varias sociedades se alían para obtener un producto) no hay problemas. Este surge cuando la concentración es “horizontal” (de empresas dedicadas al mismo objeto, o “holdings”) y duradera, traduciéndose, además, en una unión personal de administradores. Es, no obstante, y aún constatando su exis-

tencia, prácticamente imposible formular reglas generales, por lo que debe confiarse la solución a la adecuada ponderación judicial de cada caso. En principio puede decirse que existe competencia (y, por tanto, incompatibilidad) allí donde falla la comunidad de intereses. La finalidad perseguida, por tanto, por el art. 132.2 TRSA parece ser la de obligar a la Junta a deliberar sobre el posible conflicto cuando un socio plantee el problema. La DGRN, en la ya citada R. de 26-3-1990, establece un criterio permisivo muy amplio, al sostener que “crear filiales o tomar participaciones en otras sociedades que tengan el mismo objeto social constituye, cuando así se ha previsto específicamente, una modalidad indiscutible de ejercicio del objeto”, luego la cláusula que faculta para ello al administrador es inscribible.

### 2.c).1.3. *La separación implícita*

Tiene lugar cuando la Junta acuerda promover la acción de responsabilidad contra los administradores o transigir, de conformidad con lo dispuesto en el art. 134.2 TRSA.

La destitución aquí contemplada deriva del hecho de que la mayoría entiende que el administrador ha inferido un daño al patrimonio social, quebrándose la confianza base de la relación que le une a la compañía. La Junta puede aplazar los efectos de la destitución, si estima conveniente analizar sus ventajas o inconvenientes. No parece, sin embargo, factible que los Estatutos puedan supeditar el automatismo de la destitución al requisito de que el acuerdo sea tomado por una mayoría reforzada. Si la acción es ejercitada por minoría, la destitución automática sólo tendrá lugar en caso de que sea impuesta por el Juez al dictar la Sentencia.

### 2.c).2. *Voluntario: la dimisión del administrador*

Representa la compensación que tiene el administrador frente a la facultad de cesarle que tiene la Junta. Como la relación que vincula a la sociedad con su representante (conviene precisar que cuando nos referimos a éste lo hacemos indistintamente al administrador que ostenta el poder de Administración y al que no lo ostenta) no es un contrato de servicio, no se le puede obligar a que continúe desempeñando el cargo si está en desacuerdo con la línea social o con otros administradores, o por cualquier otra causa (distinto y más complejo sería el caso de que estuviese el administrador vinculado laboralmente o por un contrato de arrendamiento de servicios a la sociedad, tema al que nos referimos más tarde).

El art. 141.1 TRSA alude a la dimisión de los consejeros, que debe aceptar el propio Consejo. ¿Quiere decir que sólo si la dimisión es aceptada

es válida y produce sus efectos? ¿Debe hacerse extensiva la exigencia de notificación a los administradores (en este caso a la Junta General) unipersonales? A esta última pregunta entiendo debe responderse afirmativamente. Creo, sin embargo, que la única virtualidad de la aceptación es exonerar de responsabilidad al administrador y determinar el momento exacto en que surte efecto la dimisión, que es aquél en que llega a conocimiento de la sociedad, dada la naturaleza recepticia de la declaración (por ello lo recomendable para el dimisionario sería la notificación fehaciente a la compañía).

En cuanto a los requisitos formales, no exige el TRSA ninguno, por lo que debe entenderse que la dimisión es válida cualquiera que sea la forma en que se haga, aunque, desde luego, no es aceptable la dimisión tácita (por ejemplo, deducible de ausencias reiteradas a reuniones del Consejo).

La renuncia al cargo es factible, según entiende algún autor, si para el administrador llega a ser imposible continuar en él sin detrimento suyo, no debiendo en tal caso indemnizar a la sociedad por los daños producidos por la misma (por analogía con lo prevenido en el art. 1.736 CC), indemnización que sí procederá en cualquier otro caso.

## 2.d) *Tras el cese: la rendición de cuentas*

Ya hemos visto como el art. 134.3 TRSA dispone: “La aprobación de las cuentas anuales no impedirá ni supondrá el ejercicio de la acción de responsabilidad ni supone la renuncia a la acción acordada o ejercitada”.

Pese a que para algunos autores (FRE) el balance “pone en evidencia el resultado económico de una gestión”, por lo que no puede menos que considerarse como la rendición de cuentas de los administradores, lo cierto es que la mayor parte de la doctrina considera hoy que representa tan sólo un índice del estado patrimonial en el momento de cierre de cuentas, limitándose a dar un resultado positivo o negativo, independientemente de la actuación —diligente o no— de los administradores. Como no es pues una rendición de cuentas, contra lo que opina FRE, el hecho de su aprobación no puede suponer una remisión o exoneración de responsabilidad. Para que ésta se produzca deberá informarse con la suficiente antelación a la celebración de la Junta a los accionistas sobre todas las cuestiones respecto a las cuales puedan entablarse la acción social de responsabilidad. Y si tal información es incorrecta, la exoneración no se producirá, pese al acuerdo de descargo, como ya apuntamos anteriormente.

No contempla el TRSA la obligación del administrador de rendir cuentas de su actuación al cesar en el cargo, sencillamente por la razón de que tal obligación es constante y debe ser cumplida al simple requerimiento de la Junta General durante el desempeño del mismo, según hemos visto.

La base de esta exigencia se encuentra en el carácter de la labor que desempeña, por cuenta ajena, y supone una contrapartida natural a la circunstancia de gestionar un negocio que no le pertenece. Obviamente, no se plantea en el campo mercantil la debatida, en el orden civil, cuestión de la posibilidad de exoneración del administrador de tal obligación.

**B) EL CONTROL DE LOS CONSEJEROS-DELEGADOS Y COMISIONES EJECUTIVAS POR EL CONSEJO DE ADMINISTRACIÓN**

La debatida cuestión en torno a la naturaleza jurídica y condición del consejero-delegado de una S.A. tiene, en este punto, una especial importancia.

La delegación, para RODRÍGUEZ ARTIGAS, es, simplemente, la facultad de crear nuevos órganos. Delegar es legitimar a una persona para que actúe en nombre de la sociedad. La facultad que aludimos viene reconocida al Consejo de Administración en el art. 141 TRSA, bien entendido que los Estatutos pueden prohibirla, imponerla (mediante la atribución al consejero-delegado y no a Consejo de Administración del poder de representación), delimitar las competencias de uno y otro órgano, confiar la delegación de facultades a la Junta General, o atribuir a ésta la competencia para la designación de la persona. La verdadera delegación es, sin embargo, aquella que no está ni prevista ni prohibida en los Estatutos y emana directamente del Consejo, que determina a su vez las facultades del delegado.

Ahora bien: ¿el consejero-delegado es realmente un órgano? Si lo contemplamos como una delegación permanente y general en su persona de las facultades del Consejo, la respuesta afirmativa parece no ofrecer dudas. Si por el contrario analizamos el caso de consejero a quien se delega estrictamente la facultad de ejecución de un acuerdo, su deslinde de la figura de apoderado muestra contornos borrosos.

Las diferencias que clásicamente se han apuntado entre ambas figuras son sintetizadas por BÉRGAMO siguiendo el siguiente esquema:

- El delegado es un representante legal de la sociedad, mientras que el apoderado no lo es.
- El delegado es un órgano de la sociedad, no así el apoderado.
- Aquél debe ser administrador, pudiendo recaer la designación de apoderado en cualquier persona.
- El poder puede otorgarse por la sociedad, cualquiera que sea la estructura del órgano de Administración, la delegación sólo es factible si éste es colegiado.



Ninguna de las distinciones apuntadas, aun teniendo su base legal la tercera y la cuarta, sirve para diferenciar en realidad la delegación del apoderamiento. Y es así porque la apuntada en segundo lugar es la que estamos discutiendo, y de la que se infiere directamente si la señalada en primer término es o no cierta: si el delegado es un representante "legal", el apoderado lo es voluntario. Y aún la expresión "representante legal" es incorrectamente utilizada, puesto que le faltan al delegado dos de las notas esenciales que caracterizan dicha representación: la designación de la persona del representante por Ministerio de la ley y la fijación también legal del ámbito de sus facultades, determinaciones que en la figura que analizamos competen al órgano delegante. De ser representante —como lo es— la discusión se centra en si es voluntario y orgánico, no legal. Por otra parte, el hecho de que sólo un administrador pueda ser delegado, unido al de que sólo si existe Consejo pueda nombrarse delegado, parecen conducir a la conclusión de que el legislador, a través de la institucionalización de la figura, lo que ha querido simplemente es facilitar la actuación del órgano colegiado que tiene, por su propia condición, las mismas dificultades para actuar en el tráfico que la persona jurídica, de ahí que no se prevea la figura cuando actúa un solo administrador o varios solidariamente. Así debe deducirse también de la contraposición que, en el art. 141.1 TRSA, se hace entre "comisión ejecutiva-consejero delegado" de un lado, y "apoderados" de otro.

Si admitimos que es un órgano social que representa al Consejo, éste a su vez a la sociedad y, por tanto, también el primero a ésta, la responsabilidad que su actuación deriva y los métodos de control de la misma son los regulados para los administradores con carácter general en el TRSA, por dos razones: por la condición de tales de los consejeros y por la falta de establecimiento de un régimen específico para los mismos en dicho TR. No obstante tiene una peculiaridad: dada su condición, los vocales del Consejo responden solidariamente con el delegado frente a terceros de buena fe, por la actuación de éste. La presunción de culpa colectiva desaparece internamente en el caso de que haya habido distribución de competencias dentro del órgano (si hay varios consejeros delegados o un solo consejero delegado y comisiones ejecutivas), y aquella sea achacable a alguien en concreto, pero aún siendo así, los consejeros continuarán respondiendo porque la culpa *in comittendo* se ha convertido en culpa *in vigilando e in eligendo*. Se aproxima así claramente la figura del Consejo de Administración a la de Consejo de Vigilancia alemán, convirtiendo nuestro sistema en un intermedio entre el monista y el dualista, como hablamos al comienzo de nuestra exposición.

Otra pregunta que nos podíamos hacer es la de si el Consejo puede seguir ejerciendo las facultades que delega. De sostener la postura afirma-

tiva, volveríamos a hacer imprecisos los límites entre poder y delegación, a la vez que convertiríamos a ésta en innecesaria, puesto que pudiendo actuar a través del poder, no se entendería la creación de la figura de la delegación. Por ello, entiendo que (pese a que en otros campos, como en el administrativo, se hable de delegación en sentido distinto), como sostienen CÁMARA y LORA TAMAYO (en contra se ha manifestado recientemente ESTEBAN VELASCO) debe defenderse, si tenemos en cuenta la finalidad perseguida por el legislador de facilitar la actuación del Consejo, que si éste delega pierde temporalmente las facultades que entrega, aunque pueda recuperarlas en cualquier momento a través de la vía de la remoción del cargo. Por ello, el argumento mayoritariamente utilizado en contra de este criterio (si responden todos, todos pueden actuar) es incorrecto: responder conjuntamente con el designado, pero ello es así por su culpa *in eligendo* e *in vigilando*, dado que de la actuación negligente de éste responderá —internamente— el mismo (en relación al argumento anteriormente utilizado, puede rebatirse si pensamos que también —como no hay consejero delegado actúa el presidente del Consejo en su representación y de lo actuado por éste responden todos, lo que no quiere decir —evidentemente— que cualquier consejero, por el hecho de serlo, pueda actuar en nombre de la sociedad). El tercero podrá reclamar a los miembros integrantes del Consejo, pero éstos podrán repetir contra aquél hasta donde alcance la actuación incorrecta del delegado.

No deja de sorprender —a primera vista— la posibilidad de delegación “permanente” de facultades, otro de los puntos que parece distanciar la delegación del poder, que puede, como sabemos, ser libremente revocado. Sin embargo, tal y como apunto, la distinción es sólo aparente, pues como vimos, aún siendo “permanente” la Junta podrá —bien directamente por haberle nombrado y haberse reservado tal facultad en los Estatutos, bien indirectamente privándole de su condición de administrador, en base al art. 131 TRSA— separarle en cualquier momento, pese al carácter de la delegación, de la misma manera que podrá el Consejo que lo designó y por la misma mayoría reforzada que exige el art. 141.2 TRSA, revocar la delegación. Defender lo contrario equivaldría a limitar el principio de revocabilidad *ad nutum* que es, como sabemos, de orden público. La idea de “permanencia” apunta aquí estabilidad, necesaria para el tráfico, no a irrevocabilidad. Así, pese a que la delegación revista tal carácter, el consejero-delegado puede ser separado en cualquier momento y sin necesidad de justa causa.

He apuntado que ya la delegación puede limitarse a determinadas facultades, como también a la actuación en determinada zona geográfica, de la misma manera que la distribución de competencias, para la que se encuentra posibilitado el Consejo, puede imponer una determinada actua-

ción (conjunta, por ejemplo, de dos delegados o permitir la solidaria) para actos que sobrepasen determinado montante económico. Si tal limitación se produce, ¿cuál será su efecto frente a terceros? ¿Es aplicable el principio de inoponibilidad de los mismos, que se deriva del art. 129 TRSA? Hemos visto como el consejero es órgano, pero puede no ser titular del poder de representación. Sólo en caso de que ostente dicha titularidad con carácter permanente (y por ella misma, no por su condición de consejero) le será aplicable el principio citado. (OLIVARES JAMES sostiene que —de los límites posibles— sólo los relativos al “régimen de actuación” están amparados por el mismo, según se deduce del art. 124.2.d) RRM). En otro caso las limitaciones que apuntamos serán oponibles en tanto en cuanto hayan accedido al Registro Mercantil, lo que aproxima al delegado que actúa en esas condiciones (limitado cualitativa, cuantitativamente, o en cuanto a la duración de su cargo) a la figura del apoderado (así debe entenderse el art. 149.3 del RRM).

Queda por apuntar que, pese a referirse al carácter constitutivo de la constitución el párrafo 2.º del art. 141 TRSA, en relación a la delegación permanente de facultades, debe tener el mismo carácter la inscripción de la delegación temporal (como se deduce de lo hasta aquí dicho y del art. 149.1 del RRM).

En cuanto a los actos realizados por el consejero-delegado tras su nombramiento y antes del acceso al Registro del mismo, sea la inscripción constitutiva o mero requisito de eficacia, lo cierto es que sus efectos se retrotraen desde la fecha de la misma a la del nombramiento, conforme dispone el art. 152 RRM. Por supuesto: en tanto en cuanto la inscripción se produce y pese a los términos taxativos en que se expresa la ley, debe entenderse que el acto realizado por el delegado tiene al menos eficacia interna (así ha señalado la S. del TS de 16-3-1989 que las facultades del consejero vienen determinadas por el acuerdo de delegación, que no puede ser impugnado por los socios alegando la falta de inscripción, aunque si por terceros de buena fe).

Resumiendo este punto podemos decir que el consejero-delegado, como órgano social y administrador, responde de su actuación en cuanto tal, bajo el control directo y doble del Consejo de Administración y de la Junta, control que se materializa en la posibilidad de separación directa del cargo. Los miembros integrantes del Consejo responden asimismo frente a los accionistas por la actuación de su delegado (sin embargo, si la elección, por haber sido reservada por los estatutos a la Junta, fue hecha por ésta, responder sólo por culpa *in vigilando*, no *in eligendo*).

La responsabilidad se rige por las normas aplicables a los administradores en general, como hemos visto. Ahora bien, como hemos dicho que responden los consejeros-administradores, no responderán los que no ten-

gan tal condición, aunque colaboren directamente en las labores del Consejo, por ejemplo, el secretario no consejero, figura cada vez más frecuente, como ha puesto de relieve CANO ZAMORANO. Su admisibilidad legal se apoya en el art. 110.2 TRSA (antiguo art. 61 LSA), del que se deduce que si es admisible en un órgano (la Junta General) también lo será en el otro (el Consejo). La figura debe estar prevista en los Estatutos y su función esencial es la de redactar los acuerdos del Consejo y certificarlo con el V.º B.º de su presidente. Su responsabilidad, al no ser administrador (y puede que ni siquiera accionista), dependerá directamente del tipo de relación que le vincula a la sociedad: laboral o, normalmente, la derivada de un arrendamiento de servicios. El control de su actuación corresponde al Consejo de Administración, bien entendido que si la facultad de designación se ha reservado por los Estatutos a la Junta General, la responsabilidad derivada de su incorrecta elección, al igual que ocurría con el consejero delegado, a ella será atribuible. En este caso además de la inclusión de un "intruso" en el Consejo (como lo ha denominado la propia CANO) bien puede pensarse que en realidad nos hallamos ante un control estatutario y fiscalizador de la actuación del órgano colegiado.

La ley posibilita la Constitución, en el seno de dicho órgano, de una o varias comisiones ejecutivas, con atribución de competencias concretas, a fin de facilitar el funcionamiento del mismo cuando el Consejo es muy numeroso, por lo que se limita —de hecho— a definir las líneas generales a que debe ajustarse la administración social y a controlar la labor de quienes administran. Dado que se reúnen con intermitencia, precisa la colaboración de un órgano más reducido, capaz, a la vez, de adoptar soluciones más rápidamente. Sus funciones concretas son las de preparar los asuntos que deben someterse al Consejo y proponer soluciones a los mismos, así como ejecutar las directrices administrativas señaladas por el órgano a que se subordinan.

Es pues la Comisión, al igual que el delegado, un órgano dentro de otro órgano. Sin embargo, al contrario de lo que ocurre con éste y según parece deducirse del art. 124.2 del RRM, así como de su carácter colegiado, su actuación en el tráfico mercantil exige la intervención de una persona que actúe en su nombre, en el caso de que se le haya atribuido —cuestión discutible por la imprecisión de la ley— en los Estatutos el poder de representación, a menos que —de manera similar de lo que ocurre con el presidente del Consejo— también estatutariamente se haya previsto que la Comisión ha de tener un presidente designado de entre sus miembros y que es él el que la representa (téngase presente que la Comisión Ejecutiva no puede nombrar delegado). Sin embargo, y pese al silencio legal, lo que la práctica demuestra es que las funciones de la Comisión son estrictamente las apuntadas y el poder de representación radica bien en el

consejero delegado nombrado al propio tiempo, bien en el presidente del Consejo, de no existir aquél.

Responderá, dentro del ámbito de sus competencias, de su actuación diligente. Dicha responsabilidad es solidaria con los miembros del Consejo —externamente— ya que internamente, éstos pueden repetir contra los miembros integrantes de la Comisión por los daños que su actuación hubieran podido ocasionar, siempre que la culpa sea individualizable o atribuible a la Comisión. Dentro de ésta, a su vez, en caso de ser uno de sus integrantes el responsable, el resto podrá repetir contra él.

Su régimen jurídico es idéntico al del consejero delegado, de manera tal que el control de su actuación radica en el propio Consejo, que puede cesar a la Comisión cuando lo estime conveniente. (Dado que los miembros de la misma han de ser necesariamente administradores —*ex art. 141.1 TRSA*— podrá también aquí producirse el cese indirecto de la Junta, mediante la separación del cargo de administrador).

#### C) EL CONTROL DE LA ACTUACIÓN DE DIRECTORES GENERALES, GERENTE Y APODERADOS

Se ha dicho ya que la ley confiere un amplio margen de libertad a la sociedad en orden a la configuración de la estructura del órgano administrativo. En su art. 104, habla en concreto el TRSA de la posibilidad de que los Estatutos ordenen o autoricen la asistencia a las Juntas Generales de “directores, gerentes, técnicos y demás parsonas que tengan interés en la marcha de los asuntos sociales”. No aparece ninguna otra referencia a los directores ni a los gerentes. ¿Cuál es la utilidad de la figura? Ya hemos visto al principio de nuestra exposición como hoy se defiende la existencia en toda S.A. de una tecnocracia natural independiente de la Junta General y del Consejo de Administración. Respondiendo a las necesidades actuales de mercado, aparecen en la práctica una serie de figuras que tienden a agilizar el órgano administrativo, modificando su función originaria y convirtiéndolo gradualmente en un mero órgano de control y vigilancia. De entre estas figuras, una de las más utilizadas es la del director-general o gerente. ¿Cuál es su diferencia con el consejero-delegado?

IGLESIAS PRADA ha matizado que la delegación se refiere a la sociedad, mientras que la gerencia a la empresa, entendiendo en ésta agrupados toda la serie de intereses que no confluyen en la sociedad, como luego veremos. Siendo más amplio el campo de actuación del gerente que el del consejero-delegado, lo cierto es que la nota que va en realidad a diferenciar a ambos es —de ser cierta— que el delegado es órgano y el director no. Se ha discutido esa diferencia en el caso de que el cargo de director gerente esté

previsto en los Estatutos y sus facultades delimitadas en los mismos, entendiendo un sector doctrinal la figura en tal supuesto como la de un auténtico órgano, con facultades propias y no subordinadas a la del Consejo (RODRÍGUEZ ARTIGAS, IGLESIAS PRADA). Pienso que dicha opinión es —cuando menos— discutible. Siguiendo la pauta marcada por la DGRN en R. de 31-3-1979, debe sostenerse que el gerente no es un órgano, sino un simple apoderado, como han venido a confirmar el art. 124.2 del RRM, y preceptos concordantes del TRSA: en ellos no se menciona tal órgano, se sostiene que no puede ostentar el poder de representación (orgánica) de la Junta y que recibe precisamente sus facultades de la persona que detenta tal poder (salvo que la Junta se haya reservado la facultad de designación, como veremos en caso de que ello sea factible).

Bajo la denominación de “gerente” vienen englobándose “todas aquellas personas que —bajo distintas denominaciones— asumen la figura de un apoderado general o factor y llevan, por delegación del Consejo, la dirección inmediata de los asuntos sociales (GARRIGUES). Pueden encuadrarse tales personas como auxiliares del empresario que colaboran con él en la gestión de la sociedad en base al poder que les ha sido conferido (sin embargo, los preceptos del C. de C. relativos a los auxiliares no les son siempre directamente aplicables).

De entre los dos sistemas previstos por el TRSA para la descentralización de funciones (art. 141) —delegación y apoderamiento— hemos visto cómo el primero sólo es utilizable cuando el órgano de administración es colegiado (y no se admite la subdelegación), quedando, por tanto, el segundo —apoderamiento— como el único método de auxiliarse en el ejercicio de su cargo el órgano cuando es unipersonal. Quiero decir con ello que —de la misma manera que la delegación es exclusiva del Consejo— el director gerente puede ser nombrado por el órgano administrativo, cualquiera que sea su clase e, incluso, hay quien sostiene que también por la Junta General. Entiendo que dicha posibilidad es discutible, pues si bien hemos visto que el mencionado órgano puede reservarse la facultad de nombrar delegado, el nombramiento de apoderados por la Junta debe rechazarse en virtud de la derogación del art. 110 RRM, y siguiendo la doctrina de la DGRN ya apuntada.

Como hemos venido sosteniendo, puesto que no nos hallamos ante un supuesto de representación orgánica, y menos aún de titularidad del poder de representación, no será aplicable a las relaciones mantenidas por el director general en el uso de su cargo el principio de inoponibilidad del art. 139 TRSA. Ello plantea el problema de cuál es la eficacia de las limitaciones impuestas al mismo en sus facultades frente a terceros, debiendo acudir, para solucionarlo, en cuanto nos hallamos ante un apoderado mercantil, a las normas del C. de C. relativas al factor.

Dos son las tesis que se han sostenido al respecto: la de GARRIGUES y NÚÑEZ LAGOS, para quienes las limitaciones no son oponibles a terceros (si afectan al contenido mínimo e inderogable del poder del factor, que puede realizar, según el primero de los autores citados, todos los actos propios del objeto social —giro o tráfico de la empresa—. Por encima de ese contenido legal pueden atribuirse al factor más o menos facultades. Las limitaciones que resulten de esa atribución sólo afectarán a las relaciones internas entre el Gerente y la sociedad, debiendo aplicarse a las externas el principio de limitabilidad del poder). Y la de URÍA-RODRÍGUEZ ARTIGAS, que entienden que los límites, si están inscritos, afectan a terceros, salvo el caso de que nos hallemos ante un “factor notorio” de los del art. 286 del C. de C. Si sostenemos, como hemos venido haciendo, y en base a la distinción delegación-apoderamiento, que no nos encontramos ante un órgano social, sino ante un simple representante voluntario y, por tanto, susceptible de limitaciones, habrá que admitir que el Consejo pueda, por ejemplo, reservarse la facultad de realizar determinados actos por su trascendencia, atribuir la competencia para realizarlo a otro director general o consejero delegado, imponer la actuación mancomunada de varios de ellos, etc. Y en tal caso, si esas limitaciones están inscritas deben, como opina URÍA, afectar a terceros, que no podrán alegar su desconocimiento en base a lo dispuesto en el art. 1.725 del C. Civil, sustituyendo aquí el “dar conocimiento” de dicho precepto por la inscripción. Conviene advertir que son escasas las limitaciones que pueden imponerse a las facultades del gerente, dado que no se puede desvirtuar la figura del mismo hasta convertirlo en un mero apoderado singular, ya que su condición de factor le hace en principio atribuible todas las funciones necesarias para el desarrollo del objeto social.

En cuanto a la responsabilidad de los directores-gerentes, el vacío legal al respecto plantea problemas. El CC italiano (en su art. 2.396) equipara —a estos efectos— al gerente y al administrador. Nosotros, sin necesidad de llegar a esa peligrosa equiparación (peligrosa por cuanto puede ayudar a reforzar la consideración organicista del director), debemos solucionar la cuestión acudiendo a la normativa vigente, pese a la dificultad que supone interpretar extensivamente el régimen de responsabilidad sin base legal para ello. Por tanto, les serán aplicables las normas del C. de Comercio relativas al factor (al que le equipara su art. 283) y —en lo que dichas normas muestren silencio— supletoriamente las del C. Civil relativas al mandato. Sólo en caso de que ni uno ni otro cuerpo legal solucionen el problema, podrá acudir, excepcionalmente y por analogía, a las normas del TRSA sobre responsabilidad de los administradores. Así, será posible exigirle la diligencia de un ordenado comerciante y un representante leal “en su actuación dentro del marco de sus competencias”, antes que la de

“un buen padre de familia”. Responderán en caso de extralimitación de sus facultades (art. 1.725 CC) o de incumplimiento de las instrucciones del mandante (art. 1.719 CC).

En cuanto a la posibilidad de exigir responsabilidad a los administradores de la sociedad por la actuación de su director general o gerente, habrá que acudir a las normas del CC sobre responsabilidad del dueño o director de un establecimiento o empresa respecto a los perjuicios causados por sus dependientes “en el servicio de los ramos en que los tuvieran empleados, o con ocasión de sus funciones” (art. 1.903 CC).

Sin embargo, es preciso distinguir la “culpa *in eligendo*” que, como es obvio, recaerá en la Junta o en el Consejo, según quien le haya designado por el cargo, y la “culpa *in vigilando*”, que recae directamente sobre el Consejo, que deberá responder a la Junta por la actuación negligente del director, ya que compete al mismo su control.

Respecto a los apoderados singulares, cuya actuación viene delimitada por el propio poder, debemos señalar que no es necesario inscribir éste a partir de la reforma de 1989, según resulta del art. 94 del vigente RRM, que dispone que “En la hoja abierta a cada sociedad se inscribirá obligatoriamente: ...5.º. Los poderes generales y las delegaciones de facultades, así como su modificación, revocación y sustitución. No será obligatoria la inscripción de los poderes generales para pleitos o para la realización de actos concretos”. (Antes de la reforma los poderes singulares debían acceder al Registro si tenían por objeto facultar a una persona para la realización de algún acto sujeto a inscripción, según disponía el art. 86 del antiguo RRM). Puesto que no es precisa la inscripción, la legitimación para la realización del acto resultará de la exhibición del poder y de su vigencia. Para que el poder revocado pueda vincular a la sociedad es preciso que el tercero que con ella contrata a través del apoderado actúe de buena fe, y que dicho apoderado ignore la extinción del poder (art. 1.738 CC). En otro caso la sociedad no quedará vinculada y responde directamente aquél frente al tercero de buena fe. No tiene pues cabida, dentro de este tipo de representación, el principio de inoponibilidad del art. 129 TRSA.

Como deben aplicarse al apoderado singular las normas del CC referidas al mismo (en cuanto sea posible, con las peculiaridades que presenta —en el campo mercantil— el apoderamiento: prohibición de sustitución sin autorización del mandante —art. 296 C. de C.— o causas específicas de revocación del poder), con arreglo a lo determinado en los art. 292 y ss. del C. de C. y supletoriamente del CC relativas al mandato (arts. 1.718 y ss), el apoderado responde frente a la sociedad por los perjuicios que le causen con “malicia, negligencia o infracción de las órdenes” o instrucciones que hubiera recibido de la poderdante. El control de su actuación compete estrictamente al órgano poderdante y si éste es pluripersonal,



responderá a su vez frente a la sociedad de su actuación solidariamente, a menos que la responsabilidad sea individualizable (por ejemplo, en el caso de distribución de competencias dentro del órgano).

## II. CONTROL EXTRASOCIETARIO

### a) EL CONTROL POR LOS TRABAJADORES: LA "COGESTIÓN"

Uno de los objetivos que pretenden las directrices comunitarias al perseguir la armonización de los distintos sistemas legislativos es la protección de los intereses de los trabajadores. Para conseguirlo hay que partir de la transformación del "interés social" en "interés de la empresa", interés conceptuado de distinto modo en el sistema monista que en el dualista. Para los países que aplican el primero, los únicos intereses a tener en cuenta son los de los socios, mientras que el resto de intereses ligados a la actividad empresarial se tutela genéricamente como "intereses de terceros", entre los que se incluyen trabajadores, acreedores y sociedades en general. Para los países con sistema dualista puro una de las ventajas de la existencia del Consejo de Vigilancia es la de facilitar el cauce adecuado para la participación institucional de los trabajadores en las decisiones de las empresas. ¿Debe fomentarse esa participación? ¿Debe admitirse que —a través de ella— los trabajadores de la empresa controlen las decisiones adoptadas por su Dirección?

Para RITNER el "interés de la empresa" está centrado en su conservación y rentabilidad, y sus órganos directivos deben, en sus decisiones, considerar los intereses de los distintos grupos en la misma relacionados. La "empresa", es en realidad, un centro de organización de intereses diversos que se encuentran —al mismo tiempo— en relación de dependencia y conflicto. La participación de los trabajadores en su dirección viene hoy activada por dos circunstancias: la crisis del modelo capitalista de organización de la sociedad y la intensidad de la reivindicación de los trabajadores; y se justifica en base a consideraciones de tipo ético (necesidad de compensar la situación de dependencia en que se encuentra el trabajador o igualdad de derechos de capital y trabajo) y de tipo político-social (necesidad de neutralizar el poder político y social de las grandes empresas). Admitida la justificación de la intervención de los trabajadores y quizás incluso la necesidad de transformación del "derecho de sociedades" en "derecho de empresa", como propone ESTEBAN VELASCO, ¿cómo regular?

La introducción de cláusulas estatutarias en tal sentido es poco opera-

tiva, de no existir unos instrumentos de control plasmados en un régimen legal delimitativo de las competencias entre los distintos órganos. Para el Proyecto de Quinta Directiva sólo por la vía de “la participación en el nombramiento y revocación de los miembros del órgano de vigilancia” pueden ser defendidos de forma eficaz los intereses de los trabajadores. Igualmente, para el Proyecto de Estatuto de Sociedad Europea de 1970, el órgano adecuado para la cooperación institucionalizada de trabajadores y socios es el Consejo de Vigilancia, cuya función esencial es nombrar, controlar y revocar el órgano de dirección, discutiéndose tan sólo hasta donde debe alcanzar el nivel de participación. Así, el “informe PINTUS” sobre dicho proyecto, defiende la composición paritaria tripartita (un tercio de los miembros del Consejo ha de estar compuesto por representantes de los accionistas, un tercio por representantes de los trabajadores y el restante ha de ser cooptado por los dos primeros grupos). Para el “informe SCHMIDT”, sobre el proyecto de Quinta Directiva (y, en el mismo sentido, el Proyecto de Estatuto de Seguridad Europea de 1975), la composición ha de ser igualmente paritaria tripartita, pero el tercer tercio debe estar integrado por representantes del “interés público”.

En los sectores reformistas del sindicalismo europeo más avanzado se defiende que sólo la composición paritaria de los trabajadores y accionistas (es decir, por mitad) facilitará el control efectivo de la Administración Social.

La discusión y la línea seguida por el Proyecto de Quinta Directiva, basadas ambas en el sistema dualista, no son de aplicación directa en España (hoy por hoy) ni en los países, en que —como en ella— se opta por el sistema monista. ¿Por qué vía ha de introducirse en éstos la cogestión?

El citado informe “SCHMIDT” propone para ellos o bien la participación de representantes de los trabajadores en un tercio de los miembros del Consejo, o bien la constitución de una comisión integrada por dichos representantes con los mismos derechos que los representantes no gerentes, imponiendo al Consejo la obligación de consultarla antes de adoptar determinados acuerdos. El problema es que la adopción de cualquiera de estas soluciones ha chocado frontalmente, por su trascendencia política y social, con los intereses empresariales, que se oponen a las mismas por considerarlas anticonstitucionales, al no respetar la propiedad privada (defendida en el art. 33 de la Constitución Española) y la libertad de empresa (recogida en su art. 38). Se ha dicho así que la participación en los órganos sociales confiere el poder de decisión sobre la utilización del patrimonio, por lo que la cogestión atribuye a los no propietarios facultades de disposición. En cuanto a la libertad de decisión empresarial comprende, básicamente, la posibilidad de dedicar los propios recursos a la creación de empresas, así como la de participar en la administración de

éstas dentro del marco legal. ¿Es realmente contraria a la misma la co-gestión?

Siendo el esquema presentado correcto, no lo es menos que (aunque todavía no se haya planteado en España la cuestión en el Tribunal Constitucional) han de ser lícitos constitucionalmente determinados condicionamientos al ejercicio de la libertad de empresa, ya que la propia Constitución no impide que la adopción de decisiones pueda estar condicionada por la intervención estatal para la tutela de otros derechos o intereses protegidos constitucionalmente. Y si ello es así, habrá que admitir forzosamente el control por los trabajadores —en mayor o menor grado— de la marcha de la empresa en la que colabora, si no en todas, sí al menos en las que por su volumen, especial significado o importancia social, se haga imprescindible tal control, así como en todas aquéllas que —económica o fiscalmente— se vean favorecidas por el Estado. Así, además, va a resultar de la aplicación forzosa de la Quinta Directiva, cuando sea aprobada, pues ésta no admite que —de ninguna manera— en algunos Estados miembros la intervención esté claramente regulada, y en otro los trabajadores queden desprotegidos. En tanto dicho control se regula normativamente, ¿cuál es la situación actual en nuestro país?

La defensa de los intereses de los trabajadores se encomienda a los “Jurados de Empresa” a partir de la Ley de Convenios Colectivos de 1958. Tímidamente ese dato constituye un avance de la integración de los mismos, junto con los representantes del capital, en los órganos directivos. Con mayor amplitud, la llamada “Ley de Cogestión” de 21-7-1942 y el Decreto que la desarrolla, de 15 de julio de 1965, recogen la materia. En el preámbulo de dicha ley se expresa que tiende a “otorgar a la representación del trabajo una participación restringida”, no a implantar un régimen efectivo de cogestión. Su ámbito de aplicación es muy reducido, pues se aplica tan sólo a las sociedades de más de 500 trabajadores fijos, y su regulación fue muy criticada por la desequilibrada proporción en el órgano directivo entre los representantes del capital y del trabajo, y por el sistema de elección de estos últimos, que consistía en la presentación de una terna al Consejo de Administración de la sociedad, que procedía a elegir a uno de los presentados.

A partir de la transición democrática el tema va quedando relegado, debido a que al empresario le preocupa ahora más controlar la libertad de iniciativa y de gestión que le corresponde en la economía de mercado, y al obrero conseguir el marco de libertades necesarias para abordar la estructuración del sindicalismo democrático.

La Constitución anuncia, sin embargo, en el art. 129.2, la participación de los trabajadores en la empresa, viniendo la materia a ser recogida en el Estatuto de los Trabajadores (si bien en forma más moderada que en la

Ley de 1962), que en su art. 63 dispone que “el comité de empresa es el órgano representativo de los trabajadores”. Dicho comité debe constituirse obligatoriamente en las empresas de más de 50 empleados y entre sus funciones destacan: la de recibir información, conocer el balance, la cuenta de resultados, la memoria y los documentos “que se den a conocer a los socios y en las mismas condiciones que a éstos”, emitir informes (no vinculantes) con carácter previo a la adopción de determinadas decisiones por el empresario, colaborar con la dirección para conseguir el aumento de productividad, etc. Hemos dicho que la reforma es “moderada” por cuanto el sistema, según se aprecia, queda lejos de la “codecisión”, o instauración del consentimiento previo del comité para la adopción de las decisiones de cierta importancia y, además, porque el control efectivo por los trabajadores se reduce simplemente a mantenerles informados y en las sociedades de cierto volumen, quedando, por tanto, excluidas de ese germen de control las sociedades anónimas de nómina y capital limitados. Una vez más se pone así de relieve lo que comentábamos al comienzo de la exposición: la complejidad que supone el establecimiento de unas medidas unitarias para las sociedades anónimas, sin distinguir entre abiertas y cerradas (llamadas en definitiva a engrosar el grupo de sociedades de responsabilidad limitada).

Un reflejo más reciente de la tendencia a ampliar los derechos de los representantes de los trabajadores lo constituye la Ley de 7 de enero de 1991 que, a fin de impulsar “nuevas formas de participación institucional de los interlocutores sociales en el seguimiento de la contratación laboral”, fija el contenido del derecho de información de los mismos, obligando al empresario a entregarles una copia de todos los contratos celebrados por escrito, con algunas excepciones.

## B) CONTROL LABORAL

Para analizar esta cuestión hay que considerar en primer lugar si el representante de la sociedad tiene o no formalizado con la misma un contrato que le vincula. En caso afirmativo, será preciso determinar a su vez si tal contrato es o no de los sujetos al RD 1 de agosto de 1985, regulador del contrato laboral del personal de alta dirección y, por tanto, si se halla sujeto a la rígida normativa que del mismo deriva, en cuanto a la forma del contrato, promoción interna, pacto de no concurrencia, extinción, etc.

Al respecto hay que señalar que la Sala de lo Social del TS ha diferenciado en varias ocasiones a los administradores en sí (consejeros-delegados y comisiones ejecutivas) de los directores generales y simples apoderados

singulares, excluyendo del ámbito del citado RD a los primeros, siempre que la actividad de la empresa “sólo comporte la realización de cometidos inherentes a tal cargo”. Toda la actividad de los consejeros, sostiene el citado organismo, en cuanto a administradores de la sociedad, está excluida del ámbito de la legislación laboral, puesto que no concurre en su relación con la sociedad ninguna de las características de la relación laboral, “ni siquiera —dice acertadamente— la dualidad de partes”. No ocurre lo mismo con los directores generales (STS 24-10-1988) ni con los apoderados, con quienes “se establece una relación laboral de carácter especial”. Halla nuestro TS el fundamento para la exclusión de los primeros no en la propia naturaleza de la función que realizan, sino en la del vínculo en cuya virtud las realizan. Para que haya una relación laboral especial no basta que la actividad sea la propia del alto cargo, sino que es preciso que sea realizada por un trabajador, no por un administrador (STS 29-9-1988).

Los administradores, consejeros delegados y comisiones ejecutivas se hallan, como consecuencia de lo expuesto, vinculados a la sociedad por una relación civil no laboral (STS 13-5-1987), y en concreto por un arrendamiento de servicios. El control que sobre los mismos puede ejercer el arrendador y las responsabilidades derivadas de la incorrecta actuación del arrendatario-administrador, se rigen por lo dispuesto en el C. Civil, mientras que el control de los directores generales y apoderados con contrato suscrito se realizará con arreglo a la normativa laboral citada (“alta dirección”) y se concreta, básicamente, en el despido casi libre, del directivo, mediante preaviso de tres meses y abono de la indemnización convenida (o, en su defecto, de la que prevé la Ley). En todo lo no previsto —dentro de la amplia libertad que el RD reconoce a las partes— y, dado que su relación es laboral, se aplicará el Estatuto de los Trabajadores.

No existe, por tanto, la aparente colisión que ha querido ver algún autor entre el derecho de revocación *ad nutum* del administrador (del art. 131 TRSA) y la necesidad de existencia de una justa causa de despido impuesta por la legislación laboral, necesidad desde luego —al tratarse de una materia de orden público— irrenunciable en Estatutos. Y no existe tal colisión porque el administrador podrá ser libremente cesado, como se habrá puesto de relieve en el contrato suscrito con la sociedad, en base al principio de libertad contractual del art. 1.255 del CC y al art. 131 TRSA, no aplicándosele, por el contrario, la legislación laboral que prohíbe el libre despido. Despido que sí estará sujeto a las limitaciones derivadas de la legislación especial (RD 1985) en caso de que el representante de la sociedad lo sea voluntario.

## C) CONTROL PENAL

A fin de evitar que el empresario individual, pretendiendo la aplicación del viejo aforismo *societas delinquere non potest*, y abusando del hecho de que en el orden punitivo no se haya llegado todavía a la tésis de la responsabilidad de la persona jurídica, pueda —acudiendo a figuras societarias— eludir tanto responsabilidades penales como el cumplimiento de normas imperativas, se llegó pronto a reconocer legalmente (art. 238, 319.3 y 499-bis —último párrafo— del Código Penal) y jurisprudencialmente que, en las hipótesis de “actuación en nombre de otro”, responde personalmente la persona individual que realiza el acto (STS de 7-3-1975, 24-2-1984 y 29-9-1989, entre otras), así, por ejemplo, de las consecuencias económicas del ilícito civil ocasionadas por omisión en la gerencia de una sociedad, responden solidariamente el titular de dicha gerencia y la propia sociedad, que podrá, en su caso e internamente, repetir contra aquél, si fue el causante del daño (STS 5-1-1977).

El principio citado ha sido recogido con carácter general en el actual art. 15 bis de nuestro Código Penal, introducido por Ley Orgánica de 25 de junio de 1983, que —literalmente transcrito— dice así: “El que actuare como directivo y órgano de una persona jurídica o en representación legal o voluntaria de la misma, responderá personalmente, aunque no concurren en él y sí en la entidad en cuyo nombre obrare, las condiciones, cualidades o relaciones que la correspondiente figura del delito requiera para poder ser sujeto activo del mismo”.

Para finalizar este estudio podemos concluir resumiendo algunos de los puntos más importantes en torno a los cuales nos hemos centrado:

- Constatación del desplazamiento del poder legal de la Junta al poder real de los administradores.
- Ausencia casi total de normas legales que contrarresten dicha situación.
- Necesidad de adoptar las medidas estatutarias precisas para solucionar dicha situación, llenando el vacío legal dentro del amplio margen reconocido por el art. 10 TRSA.
- Necesidad, dentro de dicho margen, de configurar, asimismo estatutariamente, las características que definirán, por la importancia del cargo, la “aptitud” del administrador para ejercerlo.
- Y posibilidad de tener que aceptar en nuestro sistema, cuando la Quinta Directiva sea aprobada, una mayor intervención de los representantes de los trabajadores en el órgano de gestión de la sociedad.

## BIBLIOGRAFIA CONSULTADA

- LUCAS FERNÁNDEZ, F.: *Temas sobre S.A.*, Edersa, 1991.
- URÍA, R. (M.H.D.): *Derecho Mercantil*, Marcial Pons, 1989.
- GARRIGUES, J.: *Cursos de Derecho Mercantil*.
- GARRIGUES, J.: *Dictámenes de Derecho Mercantil*, 1976.
- CÁMARA, M. DE LA: *Estudios de Derecho Mercantil*, Edersa.
- VICENT CHULIÁ: *Compendio crítico de Derecho Mercantil*, Ed. Bosch.
- ALONSO UREBA Y OTROS: *Derecho de sociedades anónimas: La Fundación*, Cívitas, 1991.
- BOLÁS Y OTROS: *La Sociedad de Responsabilidad Limitada*, Cívitas, 1991.
- VELASCO ALONSO, A.: *La Ley de Sociedades Anónimas*, Edersa.
- PELLETIER: *La nueva Ley de Sociedades Anónimas*, Ed. Trivium, 1990.
- BÉRGAMO, A.: *La Sociedad Anónima. Las acciones*.
- GARRIDO PALMA Y OTROS: *Las sociedades de capital conforme a la nueva legislación*, Ed. Trivium, 1990.
- CARRERA: *Ley de Sociedades Anónimas*, Ed. Bosch, 1991.
- GARRIGUES-URÍA: *Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas*.
- NEILA NEILA, J. M.: *La nueva Ley de Sociedades Anónimas*, Edersa, 1991.
- OLIVARES JAMES, J. M.: "Los órganos sociales (Estructura y funcionamiento)", *AAMN* Edersa, 1991 (tomo XXX).
- GIRÓN TENA: *Derecho de sociedades anónimas*.
- GIRÓN TENA Y OTROS: *Estudios y textos de Derecho de Sociedades en la CEE*, Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, 1978.
- SÁNCHEZ CALERO, F.: *Instituciones de Derecho Mercantil*, Edersa, 1991.
- CANO ZAMORANO, M.: "Un intruso en el Consejo. El secretario no consejero", *RCDI*, 1990.
- ESTEBAN VELASCO, G.: *El poder de decisión en las sociedades anónimas. Derecho europeo y reforma del Derecho español*, Ed. Cívitas, 1982.
- ESTEBAN VELASCO, G.: "Organización y contenido del poder de representación", en *La reforma del Derecho español de sociedades*.
- FERNÁNDEZ RUIZ, J. L.: "Separación de administradores de una S.A. y orden del día de la convocatoria de la Junta General", *RDM*, 1978.
- IGLESIAS PRADA, J. L.: *Administración y Delegación de Facultades en la S.A.*, 1971.
- QUIJANO GONZÁLEZ: *La responsabilidad de los administradores de la S.A. Aspectos sustantivos*, 1985.
- RODRÍGUEZ ARTIGAS, F.: "Notas sobre el régimen jurídico del director general de la Sociedad Anónima", en *Estudios homenaje a Joaquín Garrigues*.
- RODRÍGUEZ ARTIGAS, F.: *Consejeros delegados, Comisiones Ejecutivas y Consejos de Administración*.
- ROJO, A.: *La facultad de cooptar del Consejo de Administración*, 1988.
- SUÁREZ-LLANOS GÓMEZ: "Responsabilidad de los administradores en la S.A.", *ADC*, 1962.
- PAZ ARES, C.: "Reflexiones sobre la distribución de poderes en la moderna S.A.", *RDM*, 1977.
- LANZAS GALVACHE: *Comentarios prácticos a la Ley de Sociedades Anónimas y al Reglamento de Registro Mercantil en lo aplicable a dicho tipo societario*, Ed. Colegio Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, 1991.
- ARANGUREN URRIZA, F.: "Los órganos de la S.A.", en *Las sociedades de capital conforme a la nueva legislación*.
- ARANGUREN URRIZA y FERNÁNDEZ TRESGUERRES GARCÍA: "El poder de representación de la S.A. Poder orgánico y apoderamiento", *AAMN*, tomo X.
- GARRIDO PALMA: "El órgano de administración en la S.A.", *AAMN*, tomo XXX.
- BROSETA PONT: *Manual de Derecho Mercantil*.

- CÁMARA-LORA TAMAYO-BOLÁS: *La representación orgánica y la representación voluntaria en el ámbito internacional*, Consejo General del Notariado, 1989.
- SAENZ GARCÍA DE ALBIZU: *El objeto social en la S.A.*, Ed. Civitas, 1991.
- ESTEBAN VELASCO: *Participación de los trabajadores en la empresa y la reforma de las sociedades anónimas*, Ed. Instituto de Estudios Sociales del Ministerio de Trabajo (Cuadernos Laborales, Serie Empresa).
- CANO FERNÁNDEZ, E.: "Algunos aspectos de la reforma de la S.A. en relación al Registro de la Propiedad", *RCDI*, julio-agosto 1988.
- CANO FERNÁNDEZ, E.: "Representación de sociedades anónimas", *RCDI*, N.º 598, 1990.
- CAMY SÁNCHEZ CAÑETE: *Derecho Mercantil Registable*, Ed. Aranzadi, 1980.
- CUEVAS CASTAÑO, J. J.: "La Administración y representación de la S.A." (Conferencia pronunciada en Bilbao el 9-11-1989 y no publicada).
- AVILA NAVARRO: "La S.A. ante el Registro de la Propiedad", *RCDI*, 1990.
- RODRÍGUEZ ARTIGAS y QUIJANO GONZÁLEZ: "Los órganos de la S.A.: Junta General y administradores", en *El nuevo Derecho de las Sociedades de Capital* (QUINTANA CARLO y otros).



# Consideraciones sobre el derecho a la igualdad en general y en relación con los extranjeros

*SUMARIO:* 1.—Introducción. 2.—Aproximación interpretativa al texto del indicado artículo 14 CE: A) Idea general. B) Naturaleza jurídica del derecho a la igualdad positivado por el artículo 14 CE: a) Debate sobre sus características esenciales: aa) Alusión a la nota de instrumentalidad. ab) Alusión a la nota de su individualización enunciativa. ac) Alusión a la nota de que su concreta efectividad depende del Estado. 3.—La igualdad en el contexto normativo de los Instrumentos Internacionales positivadores de los derechos humanos: A) Idea general. B) Referencia concreta a los tratados internacionales con vigencia en este sector: a) De proyección universal: aa) Introducción. ab) El derecho a la igualdad y al Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos. ac) El derecho a la igualdad y el Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales. ad) El derecho a la igualdad y el Convenio Europeo de Derechos Humanos. ae) Especial alusión al principio de igualdad en la normativa comunitaria. af) El derecho a la igualdad y la Carta Social Europea. 4.—Consideraciones monográficas sobre la igualdad ante la ley: A) Introducción. B) Indicaciones históricas: a) Idea general. b) Referencias históricas generales. C) Presupuestos operativos del derecho a la igualdad ante la ley. a) Idea general. b) Subjetivos. c) Objetivos. d) Funcionales: aa) Análisis del canon de razonabilidad. ab) Análisis del canon de proporcionalidad. 5.—Consideraciones monográficas sobre la igualdad en la aplicación de la ley: A) Idea general. B) Presupuestos operativos del derecho a la igualdad en la aplicación de la ley. a) Subjetivos. b) Funcionales: aa) Problemática relativa a la razonabilidad del cambio de criterio denunciado. 6.—Especial alusión al principio antidiscriminatorio: A) Idea general. 7.—El extranjero y el derecho a la igualdad: A) Idea general. B) Igualdad entre españoles y extranjeros: a) Idea general. b) En la ley: aa) Respecto a los derechos constitucionales. ab) Respecto a los derechos no constitucionales. c) Igualdad en la ley entre extranjeros. C) En la aplicación de la Ley: a) En relación con los nacionales. b) En relación con los extranjeros. D) Posición de la jurisprudencia al respecto.

## 1. INTRODUCCIÓN

En el presente ensayo, y dentro de los cánones de extensión requeridos, voy a ocuparme en trenzar un tejido de reflexiones sobre el significado y alcance del *dictum legis* contenido en el artículo 14 ("Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social") en su eventual relación con el albergado en el 13, apartados 1 y 2 ("1. Los extranjeros gozarán en España de las libertades públicas que garantiza el presente título en los términos que establezcan los tratados y la ley. 2. Solamente los españoles serán titulares de los derechos reconocidos en el artículo 23, salvo los que, atendiendo a criterios de reciprocidad, pueda establecerse por tratado y por ley para el derecho de sufragio activo en las elecciones municipales") ambos de la CE, díptico de preceptos cuya potencial, adecuada y enriquecedora combinación será examinada en el curso de estas consideraciones que dentro de su corticalidad especulativa pretendo que sean lo suficientemente clarificadoras del tema básico a debatir y que es el de la precisión de hasta qué punto el primero de los preceptos dichos resulta legítimamente invocable por el extranjero ubicado en nuestro país (en cuanto detentador en tal concepto personal —territorial del *status* que le designa el segundo) tema ciertamente de muy hondo calado— hasta el punto que del mismo depende todo el cariz ordinamental que pueda emerger del derecho de extranjería en su consideración de rama jurídica autónoma —y agudamente transido de incertidumbre por todo lo que vamos a decir con ulterioridad y cuya principal —y más caudalosa— veta fluente de provocación entraña su ratio en el dato de que la dicción atributiva del derecho a la igualdad (y a no ser discriminado) que resulta del calendado artículo 14 CE alude, *ad nominatim*, solo y exclusivamente a los españoles, circunstancia subjetivadora cuya interpretación ha suscitado, tal como veremos luego, posiciones doctrinales y jurisdiccionales absolutamente contrapuestas.

Tal es el paramento normativo general que me va a servir de referencia señera de lo que voy a explicar a continuación, estrategia expositiva unidireccional cuya instrumentación —en cuanto acertada— requiere que con carácter previo al inicio de la aventura investigadora a materializar en estas páginas me entretenga en trenzar ciertas observaciones sobre lo que da de sí —en su globalidad genérica— el artículo 14 CE antes citado, siempre teniendo en cuenta que el mismo no es el único que apunta a la igualdad en el texto básico, aunque sí el más importante a los efectos que nos ocupan, haciéndose acreedor por ello a un trato analítico privilegiado en el curso de esta obra.

Sin embargo, y de ello soy plenamente consciente, una intelección absolutamente idónea —en cuanto universal— del multicitado artículo 14 CE, comprensiva de sus plurales facetas sólo resultaría posible a través de su efectivo enmarcamiento en un cuadro nomotéstico en el que su protagonismo apareciese debidamente compartido con el titularizado por otros preceptos del propio texto fundamental, disposiciones que son, en concreto, el art. 1.1 (“España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político”) y el 10.1 (“La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social”), disposiciones cuya prescriptividad constituye un certero telón de fondo para la concreta operatoria del artículo 14 CE, en cuanto enumeradores de los valores fundamentales a los que debe uncir su comportamiento el Estado en cuanto poder y ordenamiento jurídico, razón por la que su estudio debería formar parte de este rimerio de consideraciones básicas sobre la materia, glosa que también resultaría lícitamente extensible a lo que sobre el derecho que nos ocupa se dice (e impone) en los tratados internacionales en los que España sea parte, normatividad interestatal de genealogía paccionada que resulta absolutamente virtual en nuestro ordenamiento por la vía del apartado 2 del antes indicado artículo 10 (“Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España”) de la CE, precepto que establece un importante *topoi* o test hermenéutico en sede de la investigación del confín y contenido de los Derechos, pero no, en modo alguno, y esto es conveniente recalcarlo con firmeza, un potencial sustitutivo de los pronunciamientos domésticos constitucionales de eventual utilización por el legislador interno que a su comodidad podría dictar normas bien con sujeción a los parámetros limitativos oportunamente prevenidos por la CE o bien con atenuamiento a aquellos postulados-guía de tal naturaleza provenientes de los calendados Convenios (*praxis* viciosa asentada en la creencia de que el contenido de los mismos acredita sustancia constitucional, que pese a su erroneidad ha tenido ocasión de hacer acto de presencia en nuestra más reciente historia constitucional tal como tendremos ocasión de patentizar cuando tratemos de la conexión de la extranjería con el derecho a la igualdad, enlace que será debidamente analizado en la segunda parte de este trabajo) tesis por otra parte que ha recibido recientemente el contundente —y más que justificado— rechazo del TC, evento cuyo vehículo ha sido la STC del mismo 64/1991, de 22 de marzo, en la que

entre otras cosas que ahora no nos interesan se dijo muy oportunamente al respecto que: “La interpretación a la que alude el artículo 10.2. CE no convierte a tales tratados y acuerdos internacionales en canon autónomo de validez de las normas y actos de los poderes públicos desde la perspectiva de los derechos fundamentales; si así fuera, sobraría la proclamación constitucional de tales derechos bastando con que el constituyente hubiera efectuado una remisión a las declaraciones internacionales de derechos humanos o, en general, a los tratados que suscriba el Estado español sobre derechos fundamentales y libertades públicas; por el contrario, realizada la mencionada proclamación, no puede haber duda de que la validez de las disposiciones y actos impugnados en amparo debe medirse sólo por referencia a los preceptos constitucionales que reconocen los derechos y libertades susceptibles de protección en esa clase de litigios, siendo los textos y acuerdos internacionales del art. 10.2 CE una fuente interpretativa que contribuyen a una mejor identificación del contenido de los derechos cuya tutela se pide a este Tribunal Constitucional”.

Al hilo de estas observaciones tengo que poner de manifiesto que aún asumiendo el riesgo de que mis alegaciones en este sentido resulten en gran medida carentes de profundidad epistemológica —riesgo de cuya eventual, casi segura, ocurrencia soy plenamente consciente— voy a obviar por completo el análisis de los indicados artículos 1.1 y 10.2 CE y ello por dos razones: a) En primer término, porque su beligerancia en este orden de cosas, que acredita una relevancia enorme en cuanto oportunamente cimentadora del trasfondo axiológico de la actuación política y legisfehaciente del Estado español, debe ser examinada desde valencias analíticas generalizadas y no desde aquellas (como la presente) que apoderan su singladura especulativa de hegemonía especialidad, en cuanto conectadas con el tema de la extranjería y b) Que aún en la hipótesis de que intentare elaborar una pieza interpretativa con ínfulas de globalización teórica sobre el particular, mi aportación al respecto sólo podría consistir en una mera recopilación de opiniones ajenas, siendo así que en este ámbito, y dada la enorme importancia y actualidad de la cuestión, lo más granado del cientifismo jurídico español ha incidido con singular profusión, maestría e intensidad, constituyendo una de las últimas reflexiones generales sobre la materia (conceptualmente esquilmadora de la problemática a considerar) la debida a la autorizada pluma de LUCIANO PAREJO ALFONSO, titulada “Constitución y valores del ordenamiento”, cristalizadora de su colaboración al libro colectivo *Estudios sobre la Constitución Española*, tomo I, Civitas, Madrid, 1991 (editado en homenaje al profesor GARCÍA DE ENTERRÍA), autor, el primero de ellos, que sustancia un acarreo verdaderamente portentoso de opiniones propias y adventicias (nacionales y extranjeras) sobre el particular todo ello con miras a la construcción de

una teoría general sobre el significado de los valores pertinentemente alojados en los artículos 1.1 y 10.1 de la CE antes transcritos, trabajo que dada su densidad y profundidad asertiva convierte en pura vaciedad, reiteración y especiosidad lo que yo pudiere decir al respecto, sobre todo, si el mismo se estudia de forma conjugada con otros dos procedentes del mismo autor, siendo el primero de ellos (cronológicamente hablando) el titulado “Estado social y Administración Pública: los postulados constitucionales de la reforma administrativa”, Civitas, Madrid, 1983 y el segundo el que gira bajo el epígrafe genérico “Los valores en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, publicado en el libro homenaje al profesor J. L. VILLAR PALASI, Madrid, 1989.

En base a todo este importante descarte de posibles materias a barajar en este preciso *tempus* expositivo, voy a ocuparme (sólo) en este ensayo de ensamblar, en primer término, una serie de nociones conceptuales y de funcionalidad acerca del artículo 14 CE, desde el punto de vista de su explicación y sistematización doctrinal y jurisprudencial (aunque aderezadas con determinadas precisiones comparatistas e históricas sobre su significado general) y posteriormente, en intentar una aproximación al tema de la extranjería en su potencial focalización monografista desde el meritado artículo 14 CE, distinguiendo al efecto entre lo que podríamos calificar de foraneidad normal y la que se arroja del paradigma del privilegio (en su eventual parangón con la anterior) que es la que atina especialmente a los nacionales de los países miembros de la CEE, problemática que por la propia —y evidente— naturaleza de las cosas va asumiendo cada día que pasa una mayor relevancia aplicativa en nuestro propio contexto ordinamental.

## 2. APROXIMACIÓN INTERPRETATIVA AL TEXTO DEL INDICADO ARTÍCULO 14 CE

### A) *Ideal general*

El texto del precepto indicado —transcrito con anterioridad— pese a su escueta y rectilínea concepción constituye el albergue de un doble sentido abstracto de la igualdad, de operatividad positiva uno, y beligerancia adversa el otro, pluralidad de potencialidades que acreditando como titulares a los sujetos especialmente destinatarios de su vigor (y cuya concreción vamos a hacer de inmediato) pueden ser activadas en primer término, en cuanto obligado prioritario, frente al Estado en su consideración de Ente dotado de específicas y privilegiadas potestades (normativas y ejecutivas) y en segundo lugar frente a los particulares, obligados también

a respetar todo el repertorio de derechos básicos que pormenoriza la propia CE, dualidad de sujetos especialmente concernido por el vigor igualatorio que brota del artículo 14 CE dicho, en méritos de lo que sienta, en términos absolutamente generales, el artículo 9.1 (“Los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico”) de la CE, todo ello con independencia de que la sujeción de unos y otros reciba, en caso de vulneración de los derechos básicos merecedores de preservación y salvaguarda constitucional, una u otra respuesta tutelar, cuestión a la que haremos mérito en el curso de estos comentarios.

En línea con lo que acabo de explicar, y así prosigo con este breve apunte de reflexión y propedeusis básica sobre lo que a continuación voy a debatir en estas mismas páginas, tengo que puntualizar que las variantes positivas de la potencialidad abstracta a la igualdad cobijada bajo la frazada normativa del artículo 14 CE son las del derecho a ser efectivamente igual ante la ley y el derecho a que tal igualdad —efectiva— sea también tenida en cuenta en la aplicación de la misma, materializándose la negativa en el derecho a no ser discriminado por la ley ni en su aplicación, derecho a la no discriminación que constituye una manifestación concreta del genérico a la igualdad y cuyo engarce —discutido a nivel de teoría general— con las alternativas positivas antes relacionadas del calendado derecho es objeto de explicación desde diversas panorámicas tal como tendremos ocasión de explicar ulteriormente.

Continuando con este apunte introductorio, que dentro de su brevedad pretendo que sea lo suficientemente explicativo, tengo que testimoniar ahora que el Tribunal Constitucional, en el despliegue de su intransferible cometido de intérprete supremo de la Constitución (funcionalidad competencial de hondo calado que le es resignada de forma monopolística por el artículo 1 de su Ley Orgánica), bien pronto aventuró su doctrina al efecto, haciendo pivotar todo el alcance que cabía dar al artículo 14 CE sobre el binomio igualitario positivo al que venimos aludiendo, encargándose de pulir su doctrina sobre el particular a través de todo un *iter* de decidibilidad al respecto, *praxis* orientada a la depuración de las condiciones bajo cuyo patrocinio cabía alegar con éxito una presunta violación del referido derecho abstracto a la igualdad, y ello en cualquiera de sus manifestaciones, proceso que puede considerarse en su fase crepuscular por lo que apunta a las líneas maestras de conceptualización de ambas vertientes igualitarias, pero todavía en trance de definitivo asentamiento en lo atañente a la exigencia de los concretos presupuestos demandables para que la postulación deducida al efecto (en la que se denuncie una teórica conculcación del artículo 14 CE) prospere, carencia de perfilación definitiva sobre la materia que resulta más marcada en lo relativo a la faceta del

derecho que nos ocupa oportunamente objetivada en la igualdad, en la aplicación de la ley tal como tendremos ocasión de examinar en su momento.

Ahora, y con la finalidad de no *devorar* el contenido de los apartados que van a seguir, voy a limitarme a reproducir, *ad literis*, el texto de la STC 144/1988, de 12 de julio, resolución que materializa una síntesis, ciertamente muy destilada, de los diversos materiales que sobre la temática sometida a debate han ido decantándose por otras anteriores, texto de apretada —y acrisolada factura— y de absoluta omnicomprensividad cuya plasmación ahora nos va dispensar de proceder a una categorización de las dos alternativas de igualdad cobijables en el seno del artículo 14 CE, conceptualización jurisdiccional que resulta de una gran expresividad y cuyo tenor literal (que reproduzco ahora sólo en lo que nos interesa, anunciando también que el texto de tal Sentencia será retomado con posterioridad cuando abordemos monográficamente el tema alusivo a cual debe ser el concreto condicionado para una alegación con éxito de una determinada infracción del artículo 14 CE) es el siguiente:

“El principio de igualdad que garantiza la Constitución (art. 14) y que está protegido en último término por el recurso constitucional de amparo (art. 53.2 CE) opera, como tantas veces hemos dicho, en dos planos distintos. De una parte, frente al legislador o frente al poder reglamentario, impidiendo que uno y otro puedan configurar los supuestos de hecho de la norma de modo tal que se dé trato distinto a personas que desde todos los puntos de vista legítimamente adoptables, se encuentran en la misma situación o, dicho de otro modo, impidiendo que se otorgue relevancia jurídica a circunstancias que, o bien no pueden ser jamás tomadas en consideración por prohibirlo así expresamente la propia Constitución, o bien de guardar relación alguna con el sentido de la regulación que al incluirlas, incurre en arbitrariedad y es por eso discriminatoria.

En otro plano, en el de la aplicación, la igualdad ante la ley obliga a que ésta sea aplicada efectivamente de modo igual a todos aquellos que se encuentran en la misma situación, sin que el aplicador pueda establecer diferencia alguna en razón de las personas o circunstancias que no sean precisamente las presentes en la norma. Situados ya en este plano de la aplicación, es forzoso, claro está, operar una segunda distinción para tomar en cuenta la diferente situación en la que al respecto se encuentran los órganos administrativos, de una parte, y los órganos judiciales, de otra”.

De esta Sentencia, que viene a componer un cuadro definidor de gran-gada y óptima magnitud gnoseológica sobre el derecho que nos ocupa (y cuyo “argumento” central aparece literalmente reiterado por la 20/1991), yo destacaría, por lo que el mismo atina a la modalidad igualitaria de la

ley, la incuestionable importancia del dato de que el elemento normativo de donde brote el eventual criterio ilegítimamente desequilibrador de lo que debiere ser una imputación jurídica común puede ser tanto la ley como el Reglamento, y ello pese a la concreta manifestación del artículo 14 que sólo se refiere a la primera de las muestras preceptuales dichas, para igualización a tales efectos de ambos productos ordinamentales que en realidad no fue impuesta por primera vez por el TC en la Sentencia objeto de recensión, sino en la que previamente había dictado sobre esta materia el mismo Tribunal el 22 de diciembre de 1987, en la que con ocasión del concreto *thema decidendi* objeto de la postulación jurisdiccional *ad hoc* que le fue deferida, el mismo sentó literalmente sobre el particular que:

“Desde esta última perspectiva, es decir, desde el punto de vista de la llamada igualdad de la ley, no se encuentran, sin embargo, en el mismo plano, la norma legal y la reglamentaria, pues, como ya hemos dicho, no es la misma la relación que existe entre la Constitución y ley que la que media entre ésta y el Reglamento. El legislador no ejecuta la Constitución, sino que crea derecho con libertad dentro del marco que ésta ofrece, en tanto que el ejercicio de la potestad reglamentaria se opera “de acuerdo con la Constitución y las leyes” (art. 97 CE) y el Gobierno no puede crear derechos ni imponer obligaciones que no tengan su origen en la ley de modo inmediato o, al menos, de manera mediata, a través de la habilitación. Del mismo modo, no puede el Reglamento excluir del goce de un derecho a aquellos a quienes la ley no excluyó. El juicio sobre la licitud constitucional de las diferencias establecidas por una norma reglamentaria requiere así, necesariamente, y sólo desde esta perspectiva, un juicio de legalidad”.

En virtud de esta cita jurisdiccional, que tomo del trabajo que sobre el particular publicó JOSÉ SUAY RINCÓN, bajo el título “El principio de igualdad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, en el libro homenaje a GARCÍA DE ENTERRÍA antes indicado, es evidente, tal como prodiga el meritado autor, la vinculación del Reglamento al principio de igualdad, vinculación corroborada por la Sentencia anteriormente evidenciada, y cuya virtualidad interpretativa le hace decir en el mismo trabajo aducido (página 855 del tomo II de la indicada obra), que “Por la vía de la igualdad, así pues, el Tribunal Constitucional puede llegar a convertirse en un vehículo de control de la legalidad de los reglamentos ejecutivos, determinando concretamente si se ha rebasado o no el espacio autorizado por las leyes”.

Siguiendo con el devanado del a veces difuso hilo argumental relativo a esta fecunda problemática tengo que poner de manifiesto que con la alusión a estos dos referentes normativos provocadores de eventuales si-



tuaciones de desigualdad discriminatoria (potencialmente residenciables ante las pertinentes instancias jurisdiccionales de tuición) no se agota el repertorio de hipotéticos actos de desequiparación incidibles bajo el pentagrama de reproche delineado por el artículo 14 CE, siendo así, y ello ha sido resaltado de forma concluyente por el TC, que también quedan esmaltados por el mismo las desparificaciones irrazonables derivadas de los Convenios Colectivos, instrumentos de composición de intereses laborales que el susodicho Tribunal, haciéndose eco de determinadas corrientes doctrinales, considera como auténticas fuentes de derecho, resultando evidente tal consideración de su Sentencia 31/1984, “resolución” en la que escudándose en un ya estimable volumen de antecedentes al respecto (ver SSTC 7, 53, y 81/1982, de 26 de febrero, 22 de julio y 21 de diciembre, respectivamente; 1 y 31/1984, de 16 de enero y 7 de marzo, también respectivamente) el TC postuló (entre otras cosas) con directo impacto en la materia objeto de debate, que “tanto la regulación mínima estatal como en la que se deja a la responsabilidad de la autonomía colectiva de las partes ha de operarse respetando el principio de igualdad de remuneraciones, con exclusión de todo trato discriminatorio que implique violación de este principio”, aseveración de la que se infiere con absoluta claridad la equiparación a la que venimos haciendo mérito y de la que se ocupan MIGUEL RODRÍGUEZ-PIÑERO y MARÍA FERNANDA FERNÁNDEZ LÓPEZ, autores que en su libro *Igualdad y discriminación*, Tecnos, Madrid, 1986, en estricta referencia a la doctrina del TC que acabamos de sintetizar, nos ilustran, en reflexión literal contenida en su página 41, que, “es decir, esta Sentencia sienta la regla de la igualdad en el contenido de las normas de los Convenios Colectivos en los mismos términos en que lo hace para la norma de origen estatal, regla de igualdad que hace derivar directamente del artículo 14 CE”.

En cualquier caso, la similitud que el TC propugna a través de la Sentencia explicitada no deja de acreditar límites ciertos, condicionantes establecedores de paralógicas de largo alcance en cuanto al tratamiento jurisdiccional de las presuntas desigualdades denunciadas según cual fuere su concreto origen, tema del que daremos cabal razón en las páginas siguientes limitándonos a puntualizar ahora que la evidenciada coetaneidad funcional entre los propios actos normativos y los Convenios Colectivos ha enraizado sus reales de forma definitiva en el entorno jurisdiccional cubierto por el TC, siendo bastante numerosas —y trascendentes— sus decisiones que versan sobre posibles desigualdades cuyo origen concreto cabe identificar en algún Convenio de este tipo, valiendo como depurado botón de muestra al respecto (y su cita vale por todas) su Sentencia 177/1988, de 10 de octubre, en la que con motivo de la denuncia (por discriminatoria) de una concreta diferenciación salarial proveniente

de un determinado Convenio, tan Alto Tribunal aventuró la siguiente cambiada dialéctica a modo de teoría general sobre los extremos sujetos a su juicio decisonal (teoría general perfectamente traíble a colación para el estudio de la eficacia horizontal de la Carta Magna, es decir, para el análisis del *Drittwirkung*, vertiente cuyo estudio por nuestra parte desbordaría nuestro objetivo analítico):

“Ciertamente el artículo 53.1 del texto constitucional tan sólo establece de manera expresa que los derechos fundamentales vinculan a los poderes públicos, pero ello no implica una exclusión absoluta de otros posibles destinatarios dado que, como señala la STC 18/1984 (FJ 6.º), en un Estado social de Derecho no puede sostenerse con carácter general que el titular de tales derechos no lo sea en la vida social”. De aquí que este Tribunal haya reconocido que los actos privados puedan lesionar los derechos fundamentales y que en estos supuestos los interesados pueden acceder a la vía de amparo si no obtienen la debida protección de los Jueces y Tribunales a los que el ordenamiento encomienda la tutela general en los mismos. Las relaciones entre particulares, si bien con ciertas matizaciones, no quedan, pues, excluidas del ámbito de aplicación del principio de igualdad, y la autonomía de las partes ha de respetar tanto el principio constitucional de no discriminación como aquellas reglas, de rango constitucional u ordinario, de las que se derive la necesidad de igualdad de trato. No cabe olvidar que el artículo 1.1 CE propugna entre los valores superiores del ordenamiento jurídico la igualdad, y que el 9.2 encomienda a todos los poderes públicos promover las condiciones para que la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas”.

Prosiguiendo con el alijo (y consiguiente acomodamiento especulativo) de estas preliminares —y básicas— observaciones introductorias, y siempre en el entorno de la igualdad en la ley, tengo que puntualizar que el derecho público subjetivo que se aloja en el artículo 14 CE, esgrimible en el caso de las leyes propiamente dichas y de los reglamentos (y dejando de lado por el momento los Convenios Colectivos que en esta sede acreditan una faz normológica ciertamente especial tal como tendremos ocasión de exponer en el momento oportuno) frente el detentador del caudal de nomotesia permitiente de su adopción se materializa en la potencialidad que acreditan todos los operadores jurídicos alcanzados por su impulso en ser tratados ordinamentalmente por las meritadas disposiciones no en base de criterios forzosa y estrictamente igualitarios, sean cuales fueren sus concretas circunstancias, sino de forma razonablemente equiparadora o desequiparadora (cuestión clave sobre la que nos detendremos especialmente a lo largo de estos comentarios). De ello se desprende, por un lado, que quedan descartados aquellos planteamientos que reposando en la más pura utopía imponen un tratamiento normativo alambicadamente iguali-

tario de todas las incidencias personales sean cuales fueren las circunstancias concurrentes en el eventual posicionamiento jurídico de sus concretos protagonistas, y por otro, a que lo que se postula en realidad a través del consiguiente activamiento del derecho sancionado por el artículo 14 CE, en su faceta objeto de nuestra presente paráfrasis, es que las diferencias que normativamente se consagren respecto a tal posicionamiento personal no sean arbitrarias, irrazonables y, en suma, discriminatorias.

Ahora bien, en su hipotético enfoque desde esta última perspectiva, el derecho a la igualdad abstractamente entronizado por el ya pluricitado artículo 14 CE acredita una dual potencialidad teniendo en cuenta que su concreta operatividad puede teóricamente orientarse: 1.º) a evitar una diferenciación preceptual arbitrariamente instrumentada por el hacedor de la disposición discriminatoria; y 2.º) a impedir que normativamente aflore una parificación de trato ordinamental afectante a sujetos de derecho ubicados en posiciones jurídicas o fácticas diversas no reconducientes a un mismo común denominador agencial o imputativo, variante, esta última, de la igualdad perfectamente residenciable —*in principio*— en el propio seno ordenador del artículo 14 CE, pero que, sin embargo, no ha recibido todavía la pertinente respuesta positiva por parte del TC, órgano que ha mantenido al respecto una orientación interpretativa absolutamente renuente al reconocimiento de su viabilidad, siendo una muestra sumamente expresiva de esta cortedad jurisdiccional al respecto su Sentencia 86/1985, de 10 de julio, en la que con motivo de un recurso de amparo interpuesto contra una previa Sentencia del TS que había provocado, a juicio de los recurrentes, una rasación de trato tildable de discriminatoria por ser los supuestos fácticos contemplados, dada sus concretas circunstancias, de imposible identificación, se dijo, en lo que nos interesa, que:

“Implícita, pero inequívocamente, pues se viene a afirmar (en la postulación al efecto proveniente de los interpositores del recurso de amparo) que este precepto constitucional (el polimencionado artículo 14 CE) encierra no ya sólo una prohibición de trato desigual ante situaciones subjetivas analógicas, sino más simplemente la interdicción de la identidad de régimen jurídico entre sujetos en posiciones fácticas diferentes.

Expuesta en tales términos, tal normativa impeditiva de lo que habría de llamarse “discriminación por indiferenciación” no puede situarse en el ámbito del artículo 14 de la Constitución. La igualdad declarada en este precepto, la única amparable en este cauce procesal, es la que impone que, ante situaciones no disímiles, “la norma debe ser idéntica para todos, comprendiéndolos en sus disposiciones y previsiones con la misma concesión de derechos” (Sentencia 75/1983, de 3 de agosto, FJ 2.º), y por ello, lo que el artículo 14 de la CE impide es la distinción infundada o discriminación. Según hemos dicho anteriormente, el legislador puede, en el

respeto al canon de razonabilidad que le impone el artículo 14, diferenciar entre supuestos y hasta debe hacerlo, en obediencia a otros preceptos constitucionales, cuando su acción se oriente a la adjudicación de prestaciones particulares. Esta última vinculación positiva, sin embargo, es sólo relevante en el examen abstracto de la constitucionalidad de la ley, porque no existe, antes de ella, un derecho fundamental a la singularización normativa. En la misma medida, la queja planteada en la demanda a partir del principio enunciado en el artículo 14 de la Constitución carece de fundamento en un recurso de amparo”.

Esta tesis, sostenida con absoluta convicción por el TC en otras SS ulteriores, concretamente, en la 20/1986, de 12 de febrero, y 48/1989, de 21 de febrero, sustrae la manifestación del derecho a la igualdad que paraboliza la alternativa de postulación frustrada de su potencial entronque con el artículo 14 CE. Sustracción, sin embargo, cuya virtualidad reposa más en consideraciones “políticas” (asentadas, sobre todo, en un profundo respeto al confín competencial de la iniciativa legislativa titularizada por los órganos jurisdiccionales) que en auténticas razones de fondo y es bien seguro que una mayor depuración de los perfiles de la figura pueden provocar en el futuro una toma en consideración más acrisolada del artículo que nos ocupa, hipotética reconducción a la que matizadamente alude JOSÉ SUAY RINCÓN, en su trabajo sobre la materia anteriormente aducido, que en la página 868 del tomo y libro que lo contiene (antes indicados), apunta literalmente sobre la cuestión (basándose en los mismos precedentes jurisprudenciales que yo he barajado en estas líneas y que he recogido de su aludido ensayo) que “La doctrina está en general de acuerdo con estos planteamientos (los resultantes de la meritada jurisprudencia), aunque en nuestra opinión y con independencia de que ese sea el criterio que ha de prevalecer son carácter general, es preferible no adoptar —ni en éste ni en cualquier otro tema— posiciones maximalistas. Porque la práctica siempre será más rica que la imaginación y puede perfectamente ofrecer casos que por su singularidad no puedan resolverse conforme a las reglas generales y reclamen una solución distinta. La Corte Constitucional italiana, por ejemplo, declaró contraria al principio de igualdad una disposición legal que preveía idéntica sanción penal (trato igual) para el cazador que no estaba asegurado civilmente y para el cazador que, estándolo, era sorprendido sin tener consigo el documento que lo acreditaba (S 218/74)”.

Efectuadas estas breves aclaraciones propedéuticas sobre la confinación conceptual del instituto, y también sobre su entendimiento según la doctrina del TC, tengo ahora que referirme, antes de pasar a otro tema, que cuando estamos hablando de igualdad en la ley en realidad nos estamos refiriendo a que el hacedor de la misma (comprendiendo obviamente

al autor gubernativo de los Reglamentos) no puede conculcar el derecho a la igualdad cuyos términos de concepción acabamos de trazar, todo ello en aras a la obligación de respeto que como a cualquier otro poder del Estado se le impone por la vía del artículo 9 CE (tema sobre el que volveremos ulteriormente), respeto que se traduce en que los supuestos de hecho tenidos en consideración como soporte de sus ulteriores labores de imputación jurídica no pueden diversificarse posibilitando la adopción de soluciones normológicas que resulten discriminatorias por irrazonables.

En apelación a este criterio rector resulta fácilmente extraíble la consecuencia de que el derecho abstracto a la igualdad debidamente instrumentado en nuestro ordenamiento constitucional por el artículo 14 CE lo que de verdad impide es que los órganos legislativos (el Parlamento o el Gobierno) incidan en la arbitrariedad promoviendo consecuencias jurídicas diversas para supuestos fácticos idénticos o sustancialmente idénticos, evidencia que nos obliga a introducir ahora una levísima dosis de teoría general sobre la nomotesia en cuanto conveniente asidero especulativo de lo que de inmediato voy a explicar, disgresión que tiene por objeto poner de manifiesto que todo el discurso sobre la igualdad no puede comprenderse adecuadamente sin una referencia explícita al cometido prioritario de cualquier disposición preceptual, componente finalista que siempre se traduce en la vertebración de un derecho (en su concepción más lata posible) o la sustanciación de una determinada obligación, carga o gravamen (también entiendo este concepto de forma omnicompreensiva), vertebración anudada en todo caso a un *factum* abstractamente considerado (salvo en las hipótesis especialísimas de leyes singulares que serán materia de investigación monografista en el curso de estas reflexiones) y cuya concreta andadura y operatividad se hace sentir en el curso de lo que constituye el ciclo biológico normal del meritado derecho o de la calendada obligación, es decir, su nacimiento, su ulterior funcionalidad y su consecuente extinción.

Así pues, y en obsequio a lo ahora explicado, existirá una vulneración del derecho genérico a la igualdad consagrado por el artículo 14 CE cuando la norma en cuestión incida en comportamientos imputativos discriminatorios respecto a la atribución (o imposición de la obligación) a la que venimos haciendo referencia, pudiendo proyectarse la beligerancia de tales comportamientos bien sobre el propio trance adquisitivo del derecho (o germinativo de la obligación), bien sobre sus condiciones de ejercicio, bien sobre el concreto haz de potencialidades o caudal de aflicción que la tenencia del derecho atribuido (o la obligación asumida) comporte, bien sobre sus posibilidades de defensa (del derecho) o bien, en última instancia, sobre las alternativas de liberación (en lo tocante a las obligaciones) o sobre las que aludan a la pérdida del derecho.

Así de compleja —y densificada— es la eventual actuación lesiva del legislador respecto del derecho a la igualdad objeto de debate, complejidad —a modo de caleidoscopio funcional— lógicamente trasladable al orden jurisdiccional y que en lo tocante a la tutela dispensable por parte del TC resulta multiplicada por la enorme frecuencia con que se acude a la aducción forense del artículo 14 CE como escudo de las postulaciones dirigidas al mismo, no sólo a los efectos de la homologación constitucional de las normas tachadas de atentatorias del derecho objeto de especial consideración en estas páginas, sino también, y ello es absolutamente relevante, cuando se trate del derecho a la igualdad en la aplicación de la ley (sirviendo tal precepto de fundamento delimitador del pertinente objeto procesal de todos aquellos innumerables recursos de amparo cuyo concreto *thema decidendi* versa sobre la presunta infracción de la última variante del derecho a la igualdad a la que acabamos de hacer alusión), pluralidad de situaciones en las que se hace un uso masivo del mismo (del artículo 14 CE) en cuanto elemento racionalizador de la causa *petendi* deducida ante el TC y a las que se han adicionado para mayor *inri* aquellos supuestos en los que el derecho a la igualdad resulta también invocable ante dicho Tribunal en cuanto criterio legitimador de distribuciones competenciales entre el Estado y las Comunidades Autónomas.

En línea con lo inmediatamente explicado acerca de la notable diversificación funcional que pende sobre la aplicación del artículo 14 CE y también en directa relación con su uso frecuentísimo del mismo en las áreas jurisdiccionalmente atendidas por la justicia constitucional (aunque ahora en explícita referencia a los recursos de amparo) resulta absolutamente noticiable que por la vía defensiva entroncada con el meritado precepto quepa instar en esta sede la defensa de derechos subjetivos no susceptibles de emplazamiento “normal” en ella, sucediendo ésto concretamente cuando las condiciones de su atribución, ejercicio, disfrute, defensa o extinción resultan normativamente discriminadas, posibilidad que acrecienta las ya de por sí congénitas dosis de complejidad a las que acabamos de hacer mérito, pero que resulta ostensible del propio entendimiento riguroso y coherente de esta temática (y de su metodología práctica), así como del genuino proceder del TC, siendo suficientemente explícito al respecto el zocalo argumentativo conformado por la STC 95/1985, de 29 de julio, en la que con motivo de una controversia que traía su causa en la denuncia de una cláusula consignada en un Convenio Colectivo sobre la jubilación forzosa a los sesenta y cuatro años y en definitiva en el análisis a la luz del artículo 14 CE de la privación de un derecho —el de trabajar regulado en el art. 35 CE— carente propiamente de resguardo por la vía del recurso de amparo, el TC sostuvo, en lo que nos interesa (y tomo la reseña del precitado trabajo de JOSÉ SUAY RINCÓN) que:

“El artículo 14 de la Constitución no puede convertirse en un precepto a través del cual se articule la defensa de derechos materiales que no tienen cabida dentro del amparo constitucional, pero también lo es que las medidas eventualmente discriminatorias lo son en el ejercicio de derechos materiales de los sujetos afectados a quienes se priva de tal ejercicio o a quienes se impone un modo o unas condiciones de ejercicio diferentes a las de otros sujetos. No importa ahora si dicho tratamiento diferente en relación al derecho en cuestión está o no justificado, pues ello afecta al fondo del asunto, siendo si desde el punto de vista formal puede o no apreciarse una finalidad o un contenido presuntamente discriminatorio en el acto impugnado, porque cuando predomine simplemente el carácter privativo y aplicativo del derecho material en cuestión, es tal derecho el que debe ser definido, y no el principio de igualdad”.

¿Quid de todo lo hasta aquí alegado? En primer término, la evidencia de la plurimencionada complejidad y del uso maximalista del artículo 14 CE en todo tipo de litigios constitucionales, circunstancia que si bien tiene parangón con determinados sistemas jurídicos adventicios (caso de Alemania, Austria e Italia) hace diverger severamente nuestra *praxis* al uso de otros (casos de Francia), analogía y paralogía operatoria de la que se ocupan con indiscutible acierto MIGUEL RODRÍGUEZ PIÑERO y MARÍA FERNANDA FERNÁNDEZ LÓPEZ, en su antes indicado libro, página 18, autores que atribuyen la calendada densidad del uso forense del artículo 14 CE a la formalización jurisdiccional del referente antidiscriminatorio atrincherado en el inciso último del indicado artículo. En segundo lugar, entiendo que de todo lo aducido se desprende el corolario de que el derecho abstracto a la igualdad promovido por nuestra CE, descartados los partientes planteamientos utópicos y sea cual fuere su concreta encarnadura filosófica y moral (cuestión discernible en otros planos especulativos) no adquiere sentido desde el punto de vista jurídico, sino es en su efectiva conexión con un derecho (obligación) material cuyas condiciones de ejercicio, contenido, tutela y extinción contribuye decisivamente a conformar, sustanciación por supuesto cuya beligerancia se sublima a través de la homologación del derecho (u obligación) investigado a la luz de determinados criterios comparatistas, y siempre teniendo en cuenta que una hipotética organización igualitaria del ecosistema jurídico nacional es conseguible no sólo mediante una implantación autónoma de un derecho genérico a la igualdad al estilo del consignado por el artículo 14 CE, sino también a través de otros procedimientos de equiparación a los que luego nos referiremos.

Hasta aquí nos hemos ocupado de la igualdad en la ley, cabiéndonos ahora la tarea de pergeñar un conjunto de reflexiones sobre la otra modalidad positiva del derecho genérico a la igualdad cobijada en el artículo 14

CE, o sea, sobre la igualdad en la aplicación de la ley, alternativa que surgida con posterioridad a la hasta ahora debatida se convierte en su complemento imprescindible siempre teniendo en cuenta que sólo a través de su protagonismo adquiere toda su plenitud la primera de las indicadas.

Ello alegado, tengo que puntualizar, siempre en clave de síntesis y con la finalidad de aportar un mínimo de teoría general sobre el particular (que nos servirá para profundizar ulteriormente en el concreto entresijo operativo de la disyuntiva igualitaria objeto de reflexión) que la expresión igualdad ante la ley implica que en sus consiguientes labores de aplicación del ordenamiento los funcionarios (y también los particulares en la consecuente homocomposición de sus propios intereses negociales o en la potencial defensa de sus derechos) deben proceder a la correspondiente subsunción de los hechos en el *factum* normativo tomado en consideración con arreglo a estrictos criterios de neutralidad legalista, procediendo pues a las tareas de identificación y adveración fáctica e imputación de las consiguientes consecuencias jurídicas de conformidad con los criterios resultantes de la disposición aplicable, exigencia a la que [y contando para ello con una importante apoyatura doctrinal ajena (HELLER, Kelsen, Lebon)] aluden los autores citados *ut supra* en su indicada obra, página 21, señalando literalmente al efecto que “La igualdad ante la ley se interpreta como ‘aplicación de la ley conforme a la ley’, como una aplicación regular, correcta, de las disposiciones legales, sin otras distinciones de supuestos o casos que los determinados por la norma legal. Se rompería así la igualdad no sólo si la ley por no ser general no contuviese una posible igualdad, sino también si al aplicarse esa norma general no se hiciere de manera general, con abstracción de las personas concretas afectadas”, visión que es la que reluce en la reciente STC 68/1991, de 8 de abril, en la que entre otras cosas que ahora no nos interesa, se afirma que “En su sentido originario, del principio de igualdad se ha derivado, en la tradición constitucional europea, un derecho de los ciudadanos a la igualdad ante la ley, es decir, un derecho a que ésta sea aplicada a todos por igualdad sin acepción de personas o, lo que es lo mismo, sin tener en cuenta otros criterios de diferenciación, entre las personas o entre las situaciones, que los contenidos en la misma ley; por eso, el mencionado principio se identifica en la práctica con el de la legalidad, puesto que cualquier aplicación inigualitaria de la ley era una violación de la ley misma, y sólo al término de una evolución secular, ya en nuestro siglo, se ha derivado del principio de igualdad también un derecho frente al legislador —o más generalmente, frente al autor de la norma— cuyas decisiones pueden así ser anuladas por la jurisdicción competente cuando establezcan distinciones basadas en criterios específicamente prohibidos —raza, sexo— o que no guarden una razonable conexión con la finalidad



propia de la norma. Este nuevo significado del principio de igualdad no implica, sin embargo, la eliminación del anterior, ni lo sustituye, sino que lo amplía, extendiendo el deber que de él dimana a todos los poderes del Estado y no sólo a los encargados de aplicar las normas; por eso no cabe en modo alguno negar el derecho a la igualdad en la aplicación de la ley so pretexto de asegurar, en favor de otros posibles sujetos, el derecho a la igualdad en la ley, es decir, el derecho frente al autor de la norma, como han hecho las resoluciones recurridas en el caso, que, por tanto, deben ser anuladas”.

Prosiguiendo con esta línea de análisis sobre el particular, tengo que puntualizar que la obediencia ciega al criterio rector expuesto de que el derecho a la igualdad en la aplicación de la ley implica, en definitiva, la exigencia de que la ley se aplique legalmente induce a confusión ya que si así fuese el recurso a la alegación de una hipotética violación del artículo 14 sería irrelevante en cuanto que el mismo debería ceder frente al éxito de aquellos remedios jurisdiccionales orientados de forma directa a poner coto a una propia inaplicación de la ley, entre ellos los conectados con una hipotética vulneración del principio de jerarquía normativa o de la razonabilidad que se debe exigir en todo acto administrativo o judicial de aplicación del ordenamiento jurídico, faceta problematizada de la cuestión sobre la que volveremos ulteriormente a ocuparnos en las páginas que van a venir del delineamiento de la concreta operatividad en la que queda enmarcada el tratamiento de la presunta violación de la manifestación igualitaria que estamos viendo, tema que será objeto de la pertinente escisión explicativa según que el acto aplicable presuntamente conculcador del derecho a la igualdad en la manifestación objeto de análisis sea de tipología administrativa o judicial, alternativa que a los efectos que estamos viendo se reviste de una importancia cardinal y que será objeto seguidamente del pertinente debate.

Todavía podríamos enriquecer más estas breves consideraciones preliminares haciendo especial hincapié especulativo en el significado del mandato antidiscriminatorio invocado por el último inciso del artículo 14 CE, pero teniendo en cuenta que él mismo sólo es una manifestación normativa relativamente autónoma de las dos variantes básicas de la igualdad antes reseñadas, reservamos para el futuro su alusión explícita, sirviendo las consideraciones generales ya aducidas como referente especulativo básico del propio comportamiento “general” de tal mandato.

B) *Naturaleza jurídica del Derecho a la igualdad positivado por el artículo 14 CE*

A lo largo de lo escrito en estas páginas nos hemos referido siempre a la potencialidad objetivada por el meritado artículo 14 CE en su consideración de derecho público subjetivo fundamental activable prioritariamente por su titular frente al Estado (y también —aunque en tono menor y en un segundo plano— frente a las personas físicas y jurídicas sendamente integrantes del sustrato personal o institucional del mismo), aseveración compositiva de su esencial intrínseca gnoseológica que sólo adquiere su pleno —y cabal— sentido si partimos del sustrato normativo del calendado artículo 14 CE, alcance que en realidad deriva no sólo de su intrínseca singularidad y radios de acción jurisdicente, sino también del propio significado y virtualidad global de la Constitución en su consideración de norma jurídica, tema ahora que puede darse definitivamente por resuelto, pero que con motivo de su adopción suscitó animada polémica entre los propiciadores de tal carácter y los que partiendo de la etiología predominantemente política de la CE atribuían a aquellos de sus artículos destinados a la consagración de derechos básicos el valor de meros pronunciamientos programáticos, polémica de acerbos perfiles iniciáticos en la actualidad zanjada en beneficio por supuesto del sustrato normativo *in toto* del texto constitucional y ello con independencia de cual fuere el grado o tasa de abstracción de sus enunciaciones, polémica, por otra parte, que aunque compleja y enconada en su integridad (recuerdese lo esquivo de determinadas SSTS respecto del reconocimiento del susodicho valor normativo global de la CE, reluctancia recognoscitiva asimismo fácilmente vislumbrable de la Circular 1/1989 de la Fiscalía General del Estado y en el comportamiento decisorio mantenido hasta fechas recientes por parte de la Dirección General de los Registros y del Notariado respecto a la interpretación a aportar al encuentro del artículo 11.3 CE) revistió particular virulencia e intensidad en sede del derecho que constituye nuestro punto de encuentro expositivo y ello por un doble orden de cosas. En primer lugar, por la trascendencia del envite, ya que su potenciación venía a hacer zozobrar una *praxis* jurisdiccional inveteradamente seguida, y que era la que reposaba en la idea de que los órganos jurisdiccionales acreditaban absoluta soberanía autodeterminativa para variar sus propios precedentes (incluso sin tener que ofrecer siquiera una motivación suficiente para ello) metodología decisoria que con una entrada en liza incentivada del derecho ahora esculpido por el artículo 14 CE resultaba insostenible *pro futuro*. En segundo término, porque la temática era propicia a la confusión teniendo en cuenta que la igualdad, en cuanto noción jurídica a enclaustrar sindéricamente aparecía pluramente recogida en la CE como

principio, valor y como derecho público subjetivo, inflación conceptual indefectiblemente estimulante para el debate, pero provocadora, por su propia mismidad, de una dehiscencia epistemológica preocupante. Sin embargo, el TC anticipándose en estas áreas a su ulterior confesión de fe sobre la absoluta y ecuménica significación preceptual del texto respecto del cual había asumido la función de intérprete supremo (reconocimiento explícito del valor vinculante generalizado de la CE que se hizo esperar hasta su trascendental Sentencia 80/1982, de 20 de diciembre), supo atisbar con claridad el alcance estrictamente normativo del pluricitado artículo 14 CE y con él su lógica consecuencia, es decir, la configuración del derecho a la igualdad en cuanto derecho público subjetivo enarbolable contra todos los poderes públicos: el normativo, el ejecutivo y el estrictamente judicial, reconocimiento que bien tempranamente fue vertebrado por el aludido Tribunal, acaeciendo ello concretamente a través de su Sentencia de 2 de febrero de 1981 en la que se dijo literalmente al respecto que “el hecho de que nuestra norma fundamental prevé en su artículo 53.2 un sistema especial de tutela de las libertades y derechos reconocidos —entre otros— en el artículo 14 que se refiere al principio de igualdad...”, reconocimiento que a su vez fue objeto de especial reiteración monográfica en la posterior Sentencia de 2 de julio del mismo año a través de su afirmación de que “la igualdad jurídica reconocida en el artículo 14 de la Constitución vincula y tiene como destinatario no sólo a la Administración y al Poder Judicial, sino también al legislador, como se deduce de los artículos 9 y 53 de la misma”, criterio rector sobre el particular cuyo *iter* de afirmación (incluso con un mayor grado de convicción y apodicticismo), continuó con la Sentencia de 10 de noviembre, también de 1981, en la que se recuerda la especial vinculación que respecto al derecho de igualdad postulado por el artículo 14 CE debe predicarse en relación con el Poder Legislativo, sujeción a la que se refiere la apreciación barajada en la meritada resolución en el sentido de que “Ninguna duda puede, pues, haber de que el legislador está obligado a observar el principio de legalidad”, sometimiento jurisdicente en suma a tal derecho que se constituye en un obstáculo insuperable para el hacedor de normas, el cual en sus pretensiones innovatorias del ordenamiento jurídico deberá cuidarse muy mucho en no incurrir en comportamientos discriminatorios que, en caso de plantearse, resultaría emplazable ante la justicia constitucional por la vía del pertinente recurso o cuestión de inconstitucionalidad, justicia que tratándose de lesiones no normativas del derecho a la igualdad que estamos viendo entraría en juego a su vez en virtud de la interposición del consiguiente recurso de amparo.

En base a todo este diseño operativo, es evidente que el derecho a la igualdad es una de aquellas potencialidades fundamentales de perfecta

identificación constitucional, constituyente de un valladar para las hipotéticas actitudes desequilibradas arbitrarias de los poderes públicos, del tipo que éstos sean, y cuya tutela queda a cargo en última instancia, del Tribunal Constitucional, aseveración que no resultaría legitimamente instrumentable si no se partiera del carácter nomotético de la CE en general y de su artículo 14 en particular, alcance que en la actualidad, superados los recelos y las resistencias iniciales, aparece ya definitivamente consagrado en nuestro sistema ordinamental.

Ello supuesto, y recogiendo ahora ideas anteriormente vertidas, tengo que puntualizar que el derecho público subjetivo que estamos viendo acredita como elementos compositivos cardinales de su medulación los siguientes: a) su taxativización enunciativa; b) su carácter instrumental; c) la impulsión de su concreta beligerancia previa iniciativa estatal, trilogía que materializa la *deus ex machina* de la figura en cuanto categoría jurídica a considerar y a cuyo análisis vamos a dedicar las líneas siguientes:

a) *Debate sobre sus características esenciales*

aa) *Alusión a la nota de instrumentalidad.*—Con anterioridad, y al precisar sus parámetros fundamentales de concepción —y comprensión— ya pusimos de relieve que dejando de lado sus connotaciones filosóficas, el derecho a la igualdad objeto de investigación sólo se arroja de interés en cuanto dispositivo constitucional oportunamente modulador de la atribución de derechos y de la asunción de obligaciones y cargas (interés también traspoleable al ejercicio y cumplimiento de unos y otros o a la posible extinción, pérdida o liberación de éstos) razón que venía a minimizar el valor de la posible autonomía del mismo, nota que en este preciso momento de confinamiento conceptual adquiere todo su sentido y ello no sólo por motivos netamente dogmáticos y de depuración de lindes de *sinderesis* de la temática debatida, sino también por estrictas razones operativas, siempre teniendo en cuenta que el caudal de igualitarismo al que pueda atenerse un determinado ordenamiento no tiene porque forzosamente derivar de una concreta formulación concesional al estilo de la enjaretada por el artículo 14 CE, sino que también resulta perfectamente reconocible su presencia cuando en la concreta conformación del derecho (o de la consiguiente asunción de la obligación) de que se trate, la proposición titularizada del mismo se concibe en términos de imputación subjetiva absolutamente globalizadores, razonamiento que nos conduce a la evidenciación de otra de las notas personalizadoras del instituto antes relacionadas y que es la siguiente.

ab) *Alusión a la nota de su individualización enunciativa.*—Teniendo a la vista el texto del artículo 14 CE no cabe duda de que los constituyentes optaron por la alternativa de “independizar” en el texto constitucional el derecho público subjetivo objeto de debate, posibilidad que constituye, en verdad, una importante innovación en los modos de proceder de nuestra nomotésia constitucional, tal como veremos a lo largo de estas páginas cuando efectuemos una breve referencia histórica a la cuestión.

Sin embargo, tengo que poner de relieve que en coherente obediencia a lo dicho en relación con la falta de autonomía esencial o material del derecho presentemente investigado, tal reconocimiento constitucional no era, en rigor, estrictamente necesario, sino que el mismo perfectamente podía anudarse de forma individualizada —derecho por derecho; obligación por obligación— a la concreta metodología utilizada para la vertebración de la potencialidad o carga de que se tratase (*praxis* que fue la utilizada en los textos constitucionales precedentes, tal como tendremos ocasión de resaltar con posterioridad).

De todos modos, no cabe duda que el tratar de forma normativamente autónoma el reconocimiento constitucional del derecho a la igualdad contribuye poderosamente a la multiplicación de sus efectos, cerrando eventuales resquicios por donde pudiese escapar o diluirse su potencial eficacia, que no sólo debe requerirse en cuanto a la concreta concesión, resignación o atribución del derecho de que se trate, sino también a lo largo de toda su eficacia general o vitalidad de goce y de su hipotético proceso de ablación, pérdida o radiación, singladura, pues, de largo alcance que las manifestaciones no individualizadas del derecho a la igualdad no suelen cubrir con garantía, limitándose los preceptos reconocedores de los derechos (o impositores de las consecuentes obligaciones) a exigir que su atribución o asunción tenga lugar frente a “todos”, pero sin exigir con el suficiente detalle y el necesario rigor que tal resignación acontezca también de forma igualitaria, o que las posibilidades de su pérdida o liberación acontezcan también bajo el *topoi* igualatorio materia de análisis.

Esto, por una parte. Por otra, la personalización del derecho a la igualdad ha provocado un pujante acrecentamiento del arsenal defensivo que la CE pone en manos del ciudadano, ya que éste, en virtud de tal personalización, tiene acceso a los pertinentes cauces de la justicia constitucional —incluso al recurso de amparo— alegando una efectiva infracción del calendado derecho en su consideración autónoma (siempre hablando en términos relativos), es decir, con independencia de la naturaleza constitucional y ordinaria de la potencialidad atribuida o de la carga impuesta, posibilidad que en los sistemas de enunciación no singularizada de la exigencia igualitaria no sería de recibo, toda vez que en los mismos el ciudadano tratado desigualmente respecto a un concreto derecho sólo

podría acudir a la vía aludida cuando éste fuese susceptible de resguardo constitucional. En última instancia, la falta de personalización de la potencialidad constitucional que nos ocupa puede sustituirse, con mayor o menor éxito, con las fórmulas atributivas singularizadas a las que venimos haciendo mérito y a cuya batería de supuestos nos referiremos a continuación, cuando la variante considerada es la alusiva a la igualdad ante la ley, pero las mismas de difícil entendimiento en su teórica conexión con la variante de la igualdad en la aplicación de la ley, alternativa que sólo en obsequio a un esfuerzo inquisidor de amplio radio imaginativo podría legitimamente incluirse en el contexto de un derecho a la igualdad no genéricamente individualizado.

Vemos, pues, como el respeto del derecho abstracto a la igualdad puede obtenerse en un determinado ordenamiento jurídico bien acuñando una fórmula personalizada y globalizadora al estilo de la consignada en el artículo 14 CE o bien imponiendo éste a base de enunciaciones imputativas de derechos y obligaciones concebidas en términos de máxima omnicomprensividad.

Por lo tocante a nuestro ordenamiento constitucional, los hacedores de la CE, tal vez por la importancia del envite, acudieron a ambos procedimientos no contentándose con la redacción del artículo 14 CE, y así, a lo largo de su articulado, al instrumentar los consecuentes derechos y obligaciones, anudaron su senda titularidad a locuciones concesivas de las que dimana una atribución igualitaria de la facultad o de la carga de que se trate [refiriéndose a “todos” (art. 15), “ningún español” (art. 11, a), “toda persona” (art. 17.1), “los ciudadanos” (art. 23), “todas las personas” (art. 24), “los españoles” (arts. 29 y 30.1), “todos” (art. 31), “todos los españoles” (arts. 27.1, 28.1, 29.1, 31.1 y 45.1)].

Con independencia de ello, los constituyentes sancionaron manifestaciones autónomas especiales y generales del derecho abstracto a la igualdad en relación con determinadas situaciones de peculiar posicionamiento personal y territorial, pudiendo incluirse dentro de las primeras aquellas alusiones que a tal derecho se contienen para el matrimonio en su artículo 32.1 (“El hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica”) 39.2 (“Los Poderes Públicos aseguran, asimismo, la protección integral de los hijos, iguales éstos ante la ley, con independencia de su filiación, y de las madres cualquiera que sea su estado civil...”) y encuadrándose dentro de las segundas las menciones que del derecho que nos ocupa se contienen en los artículos 138.2, 139.1 y 149.1.1., preceptos encaminados a evitar que la existencia de determinadas Autonomías en el territorios nacional implique la posibilidad de cualquier tipo de discriminación o privilegio para los españoles.

Con abstracción de estas concretas fuentes del derecho a la igualdad

objeto de debate, podemos señalar otras que para los extranjeros, hurtados al juego normativo que preconiza el artículo 14, devienen esencialmente, siendo éstas, en apretada síntesis, las siguientes: el principio de dignidad al que alude el artículo 10 en cuanto fundamento, con otros, del orden político y de la paz social; la STC de 23 de noviembre de 1984; y la preceptiva internacional que sobre la materia resulta de los Tratados internacionales que obligan a España, trilogía de fuentes que deben agregarse a la que resulta de las fórmulas omnicomprendivas antes referenciadas, fórmulas que cuando no se refieren de modo exclusivo a los españoles, también abarcan a los extranjeros, conjunto variopinto de fuentes de igualdad para los mismos a las que nos referiremos monográficamente en la última porción de este trabajo.

ac) *Alusión a la nota de que su concreta efectividad depende del Estado.*—Para la debida cognición de esta seña de identidad de la figura considero imprescindible la práctica de una mínima disgresión argumentativa que nos permita situar en posición correcta la logística conceptual a desplegar en estas áreas, disgresión que hace referencia a que ante las diversas clasificaciones que de los derechos sancionados constitucionalmente cabe ofertar sobresale, por su especial trascendencia, aquella que atina a las condiciones en que se desenvuelve su concreta posibilidad agencial, ya que ésta se materializa bien por el puro impulso de su titular, que se convierte así en el exclusivo actor a tener en cuenta o bien requiriendo la presencia, apoyatura, respaldo o legitimación de otra instancia, que no es sino el Estado, variante efectivista del derecho a que a su vez es comprensiva de un amplio abanico de manifestaciones que según la tasa o índice de la aludida intervención estatal se extiende desde un máximo de intervención (que cristaliza en la recreación *ad casum* del derecho por la vía de la pertinente autorización a demandar en cada eventual activación del mismo) a un mínimo (que cobra cuerpo en una pura —y neutra— labor de control).

Pues bien, como paradigma de los derechos de agenciabilidad inmediata en virtud de la neta y exclusiva autodeterminación de su titular podemos citar el de la libertad ambulatoria y como variante emblemática de la categoría de los derechos sujetos a restricción, los de entrada y estancia de los extranjeros no comunitarios en España, potencialidades que sólo previa autorización discernible *ab nominatim* pueden ser efectivamente ejercidas (pongo este ejemplo por su expresividad aún a sabiendas de que su eventual constitucionalización por la vía del artículo 19 CE, en su conexión con el art. 13, del propio texto constitucional es un imposible) quedando emplazados en una situación intermedia, fronteriza entre los dos polos aludidos, aquellos derechos cuya concreta construcción y ulte-

rrior andadura fructuaria es el producto de una previa decisión ordinamental singularizada que una vez adoptada permite su libre ejercicio en sus propios términos de concepción, términos que constituirán el referente esencial que en última instancia habrá que investigar para saber a que grado de restricción y apoyatura adventicia queda sujeta la eventual utilización del derecho normativamente creado genéricamente o *ad casum*.

Tras esta breve descubierta inquisitiva por derroteros interpretativos de teoría general, creo que me hallo en condiciones de recalcar que el Derecho a la igualdad patrocinado *in genere* por el artículo 14 CE pertenece al último grupo expuesto y que teniendo en cuenta lo que apuntamos con anterioridad acerca del carácter instrumental y no materialmente autónomo del mismo, en realidad tal derecho sólo asume sustancia efectiva en la medida en la que el Estado va creando normas atributivas de derechos (o impositivas de obligaciones) que en sus funciones normológicas se atienen al arquetipo de la igualdad en los términos de comprensión que antes hemos definido, pudiendo en cada acto normativo de creación conferir tal derecho o por el contrario ajustarse a una postura de legisfahaciencia adversa, incidiendo en tal caso en actividades anticonstitucionales, circunstancias que no impiden la eficacia inmediate de las decisiones normativas adoptadas, aunque éstas en su caso podrán ulteriormente ser corregidas por las vías de reparación pertinentes.

Entiendo así la eficacia del derecho abstracto a la igualdad que se cobija en el artículo 14 CE, y que hasta lo aquí dicho sólo atina a su manifestación de ante la ley, resulta clara la conexión, a los efectos que estamos investigando, entre el meritado derecho y los de la tercera generación o leva constitucional que son los económicos, sociales y culturales, derechos también erigidos por los constituyentes *in abstracto* y que requieren su trasposición ulterior al mundo de la realidad a través de actos concretos de creación, vertiente muy bien atisbada por MIGUEL ARTOLA, que en su libro *Los derechos del hombre*, Alianza Editorial, Madrid, 1986, nos dice al efecto que:

“El Estado hace iguales a sus súbditos o ciudadanos, del mismo modo que le compete proporcionar asistencia social o vivienda a aquellos que no la tienen porque no pueden conseguirla por sus propios medios. Para llevar a cabo este objetivo, definido como derecho en la Declaración (se refiere a la francesa de 1789), el Estado ha de crearlo mediante las oportunas decisiones legislativas y una vez promulgada la norma que dé cuerpo legal al hasta entonces teórico derecho, ha de cuidarse de su realización material que igualmente dependerá de su iniciativa”.

Básicamente estoy de acuerdo con este planteamiento. Sin embargo, me parece necesario matizar tres cosas. En primer término, que respecto a los derechos ya constitucionalizados, la decisión normativa creadora en



concreto del derecho a la igualdad ante la ley (impuesto *in abstracto* por el artículo 14 CE) ya ha tenido lugar (siempre partiendo del carácter de la Constitución como auténtica norma de eficacia inmediata y prevaleciente), todo ello con independencia de la recreación ulterior del derecho por la vía de la legislación de desarrollo constitucional, normativa posterior que deberá volver a desplegar las condiciones para que el derecho a la igualdad meritado se desenvuelva de forma fructífera y plena. En segundo lugar, que la paralogía entre el derecho a la igualdad y los derechos sociales, económicos y culturales, por lo que atina a nuestro propio panorama constitucional, es neta en su eventual paragón a la luz de su protección constitucional, tema ya harto debatido en el que voy a entrar. En tercer lugar, que cuando hablo de que el Estado debe destilar la igualdad en cada acto normativo creador de derechos y obligaciones me estoy refiriendo a un imperativo categórico, siempre teniendo en cuenta el carácter absolutamente cogente de los pronunciamientos constitucionales, aunque es evidente que puede incumplir su obligación, con lo que tanto si se atiene a la enunciación imperativa y generalizada del artículo 14 como si eventualmente la transgrede, su protagonismo en estas áreas es total.

Otro tanto sucede con la otra manifestación de la igualdad a la que venimos haciendo razón, y que es aquella que impone una aplicación igualitaria de la norma *ad hoc*, acto que en cada caso hace surgir el derecho concreto a la igualdad que a todos los ciudadanos reconoce abstractamente la CE a través de su artículo 14 y del resto de preceptos que consideran a tal premisa como un valor y principio fundamentales, acto aplicativo en suma que se convierte en la concreta fuente germinativa de la potencialidad igualitaria que nos ocupa, sublimándose a través de este *iter* de aplicación todo el acervo de posibilidades resignadas al efecto por los meritados preceptos.

Tras el trazado de esta panorámica elemental sobre la materia, paso a ocuparme del diseño monografista básico de las distintas manifestaciones igualitarias a las que venimos haciendo mérito, desglosando al efecto nuestro análisis entre la igualdad en la aplicación de la ley y la prohibición concreta de discriminación, todo ello a través de la gestión de sendas porciones de reflexión especializadas por las que desfilarán, en primer término, ciertas apreciaciones sobre el umbral de positivación de la temática en los correspondientes niveles de pacción internacional y, en segundo lugar, la concreta dimensión funcional de la alternativa igualitaria específicamente considerada, distinguiendo, previa la exposición de determinadas consideraciones históricas, sus consiguientes presupuestos subjetivos, objetivos y funcionales, todo ello como pórtico de lo que luego, y ya de forma singularizada, diré sobre el engarce de la problemática investigada con la normativa de la extranjería, porción de este trabajo en el que se

analizará el tema caudal del mismo (y, en realidad, su razón de ser), y es el que cobra cuerpo en la cuestión de si los extranjeros resultan alcanzados por el vigor normativo del artículo 14 CE, y en caso contrario, si los mismos pueden hacer uso de cualquier otro dispositivo normativo que les sustraiga de cualquier tipo de desrazación o desaparificación en relación con los nacionales, tema estrella que entroncará además con otros situados en sus aledaños que nos servirán para efectuar el esbozo o pergeño de lo que podría considerarse como mínima teoría general sobre la materia.

### 3. LA IGUALDAD EN EL CONTEXTO NORMATIVO DE LOS INSTRUMENTOS INTERNACIONALES POSITIVADORES DE LOS DERECHOS HUMANOS

#### A) *Idea general*

Objetivar debidamente este epígrafe supondría el urdimiento de un tejido analítico de densa y polícroma textura orientado a poner en evidencia el procedimiento utilizado en la positivación del derecho a la igualdad en su potencial enfoque desde áreas internacionalistas, camino que ha sido recorrido aceleradamente desde la Segunda Guerra Mundial y ello tanto en lo referente a su manifestación más omnicompreensiva y general, como en lo relativo a la prohibición específica de discriminación, iniciando esta tesitura enunciativa de Declaración Universal de los Derechos del Hombre de 1949 a través de sus artículos 2 y 3, preceptos pues sendamente referidos al derecho a la igualdad en su alternativa más abstracta y a la prescripción de la aludida discriminación, alambicándose ya en el último de los mencionados un más que estimable catálogo de eventuales criterios diferenciadores particularmente odiosos y rechazables, *per se* que con unos y otros matices han trascendido a todos los cuerpos normativos —de etiología doméstica e internacional— que ulteriormente han continuado percutiendo sobre la materia.

Sabido es que la meritada Declaración, aún siendo efectivamente una auténtica compilación de normas jurídicas, acredita —pese a su florida retórica y absoluto dogmatismo— un nulo valor vinculante para los Estados signatarios, eficacia, por el contrario, perfectamente propugnable para aquellos Instrumentos Internacionales que en sus consecuentes labores de “descubrimiento” normológico de los Derechos Humanos traen causa de la referida Declaración, circunstancia que determina la necesidad de proceder a su pesquisa para saber en definitiva hasta donde se avanzó “realmente” en el tema que nos ocupa.

Ello alegado, hemos de puntualizar que los referidos Instrumentos son de dos tipos: los que efectúan sus labores jurisdicentes al respecto de

forma globalizadora y los que atinan de manera específica a algún sector concreto del referido derecho a la igualdad, desglose cuya especulación, si tuviere que ser completa, devoraría en mucho el espacio total de que dispongo para intentar la glosa de esta materia, razón por la que vamos a prescindir del estudio de aquellos pactos específicos que se ocupan en programar medidas antidiscriminatorias de corte especializado, tales como los diversos Convenios adoptados en el seno de la OIT (especialmente el 111, instrumento que contiene una categorización descriptiva del término “discriminación”, en cuanto operativa en el ámbito estrictamente laboral, verdaderamente insuperable dada su perfección técnica, noción que resulta de su artículo 1.1 que define tal vocablo como “cualquier distinción, exclusión o preferencia basada en motivo de raza, color, sexo, religión, opinión política, ascendencia nacional u origen social que tenga por efecto anular la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación), o bien aquellos encaminados a impedir la discriminación racial o la desigualdad injusta entre varones y mujeres.

En apelación a la imprescindible ligereza expositiva a la que pretendo anudar la confección de esta obra, voy a referirme sólo a la categoría de los Derechos Humanos, tanto en su versión universal como en la estrictamente europea, si bien, y a fin de incidir sobre una problemática de ascendente interés, también aludiré, aunque de forma somera, al Tratado Constitutivo de la CE, en cuanto que del mismo brota una importante fuente antidiscriminatoria en los términos que a continuación voy a considerar.

B) *Referencia concreta a los Tratados Internacionales con vigencia en este sector*

a) *De proyección universal*

aa) *Introducción.*—Dentro de este apartado debemos incluir el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos y el de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, arbolados, ambos, en Nueva York el 19 de diciembre de 1966, textos que se encargan de aportar sustancia concreta a las diversas potencialidades genéricamente relacionadas en sus grandes parámetros de concepción en la antes calendada Declaración de Derechos Humanos de la ONU, acreditando tales Instrumentos un importante común denominador en sus sendas preceptividades pormenorizadoras de facultades básicas, y es aquel materializado en la consecuente positivación del derecho abstracto a la igualdad, y ello tanto en su vertiente común y generalizada, como en su faceta interdictiva de la discriminación,

dualidad cuyas fuentes vamos a pasar de inmediato a considerar común denominador, cuya operatividad también se extiende al dato de que el derecho que ambos objetivan acredita un neto talante instrumental carente por completo de cualquier connotación independentista, divergiendo así severamente la normativa de tales textos de la que resulta del artículo 14 CE, instrumentalidad que siempre se conecta con el goce o ejercicio de los derechos fundamentales evidenciados por los mismos, resultando tal anudamiento de la dicción literal de los preceptos que se encargan de plasmar las diversas manifestaciones del pluralizado derecho a la igualdad, uncimiento que determina, como lógico corolario, que el indicado derecho no pueda desentenderse, dado su carácter absolutamente vicario, del efectivamente ejercitado, circunstancia que provoca también el que el mismo no sea concebido en términos de una titularización universal, sino en una triple dimensión: la que afecte de modo exclusivo a los nacionales del país de que se trate, la que concierna a los extranjeros huéspedes del mismo y la que ataña indistintamente a unos y a otros.

Con abstracción de estos extremos, es de tener también en cuenta que los preceptos que se encargan de la concreta conformación del pluralizado derecho a la igualdad, en su razonada consideración subalterna e instrumental, no son los únicos que aluden al tema, existiendo en los textos internacionales dichos otras manifestaciones —si bien rigurosamente sectoriales— de la plurimencionada igualdad en cuanto referida al goce o ejercicio del derecho en cuestión.

En último término, y antes de pasar a la concreción de las referidas fuentes, tengo que poner de relieve que la relación que media entre los Convenios Internacionales, materia de debate, y los respectivos ordenamientos domésticos de los Estados obligados por los mismos constituye un referente de inmarcesible conflictividad y que en lo tocante a nuestro país (que los ratificó mediante instrumento de 13 de abril de 1977) acredita como elementos fundamentales a tener en cuenta en primer término todas aquellas disposiciones que permiten el trueque de la normativa internacional en interna por la vía de la pertinente publicación de la misma en el *BOE* (tema del que aflora por otra parte la siempre candente cuestión de precisar que sucede en caso de emerger planteamientos jurisdicentes antinómicos entre la normativa netamente interna y la internizada, por la antes dicha vía, aspecto considerado en otros pasajes de este libro) y en segundo lugar, la dicción del artículo 10.2 (“Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre la misma materia ratificados por España”) de la CE, precepto que en ocasiones no ha sido bien entendido, ya que del mismo sólo brota la exigencia de que las normas

constitucionales españolas que impacten en *factum* también incididos por los tratados internacionales se interpreten en consonancia con sus esquemas, pero no que éstos puedan sustituir en su regulación material a los propiamente constitucionales, posibilidad que resulta incoherente en un orden regular de reflexiones sobre el particular y que, sin embargo, ha tomado cuerpo en ocasiones, valiendo como reputado botón de muestra al efecto lo postulado en la STC 115/1987 en la que al debatirse la justeza, homologación y quinta esencia constitucional de preceptos de la Ley Orgánica sobre los Derechos y Libertades de los extranjeros en España, el TC consideró ajustados a la legalidad fundamental determinadas restricciones de los derechos básicos sólo porque las mismas se atenían en su concreta articulación a las exigencias enrocadas en el Convenio Europeo sobre Derechos Humanos, derivándose de tal forma de entender la cuestión una opción ejercible por el hacedor doméstico de normas y que le permite, según su personal y alternativo criterio, o someterse a los *dictums* que sobre los referidos derechos provienen de la CE o ajustarse a los módulos y parámetros nomotéticos oportunamente gestados por los referidos Tratados, disyuntiva que sólo resulta concebible a base de paraigualizar (o constitucionalizar, si se quiere) la normativa de los aludidos Instrumentos Internacionales, tesis, sin embargo, que últimamente ha sido revisada por el propio TC, circunstancia que ha acontecido a través de su Sentencia (antes aludida) 64/1991, de 22 de marzo.

Sin embargo, la preceptiva contenida en los referidos tratados sí que resulta directamente aplicable en España en determinados supuestos, y ello tiene lugar cuando los mismos positivizan facultades que no han merecido la atención objetivadora del legislador español, hipótesis en la que entra en juego el valor vinculante —y no meramente interpretativo— de los meritados Instrumentos Internacionales con la consiguiente beligerancia inmediata de sus normas, eventualidad, por otra parte, que se arroja de una importancia extrema en cuanto al entendimiento del *quid* cardinal de este trabajo, ya que los indicados Tratados Internacionales se constituyen en fuente de primer grado (junto con otras) respecto al derecho a la igualdad discernible en España a los no españoles, tema que será objeto de especial consideración en otros pasajes de este ensayo.

ab) *El derecho a la igualdad y el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos.*—Teniendo en cuenta el rimero de consideraciones propedéuticas que acabamos de explicitar, vamos a limitarnos ahora a efectuar una recensión de aquellos preceptos que apuntan directamente al tema que nos ocupa, y en tal sentido, podemos encontrar, en el Instrumento relacionado, dos órdenes de preceptos: aquellos que encaminan su caleidoscopio ordinamental al discernimiento de un derecho abstracto a la

igualdad en su espectro más globalizador (referida a todo tipo de facultades fundamentales) y los que hacen los mismos, pero sólo en relación con determinadas potencialidades, integrándose dentro del primer grupo los artículos 2.1 (“Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a respetar y a garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción los derechos reconocidos en el presente Pacto sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”) y 3 (“Los Estados partes en el presente Pacto se comprometen a garantizar a hombres y mujeres la igualdad en el goce de todos los derechos civiles y políticos enunciados en el presente Pacto”), tándem de preceptos que teniendo en común su finalidad parificadora, su carácter instrumental e indiscutiblemente vicario, y su insoluble conexión con la propia tenencia de los derechos reconocidos en el Pacto en cuestión (art. 2) y con su goce (art. 3), difieren en que el primero constituye la encarnación de un apunte poco definido —y también poco fiable— del principio antidiscriminatorio y el segundo un incubo general del derecho abstracto a la igualdad, principio y derecho que pese a sus deficiencias conformativas son de eficacia inmediata, no debiendo confundirse el intérprete con la enunciación semiótica de los preceptos en cuestión que parecen sólo imponer obligaciones de cumplimiento a los Estados, carentes de eficacia directa, confusión fácilmente disipable si partimos de la naturaleza convencional —y por ende vinculante— de los Instrumentos que estamos viendo de los que brotan genuinos derechos y obligaciones, siendo de este tipo los compromisos de respeto y garantía a los que aluden los artículos que acabamos de transcribir, carácter asimismo predicable para el resto de proveimientos derivados del Instrumento sometido a elucidación relacionados con la temática debatida y que son, por una parte, todos aquellos artículos que al conferir determinados derechos anudan su subjetividad a fórmulas denotativas transidas de absoluta igualdad en cuanto su concreta significación concesional, enunciaciones que unas veces contienen la voz “Nadie”, *ex arts. 7, 8.1 y 2, 9, 11, 12.4, 14.7, 15.1, 17.1, 18.2 y 19.1*, y otras las expresiones “Todo individuo”, *ex art. 9*; “Toda persona”, *ex arts. 6.4, 9.2.3.4 y 5, 10.1, 12.1 y 2, 14.2.3 y 5, 17.1, 18.1, 19.2 y 22.1*; “Todas las personas”, *ex arts. 14.1 y 26*; “Todo ser humano”, *ex art. 16*; “Todo niño”, *ex art. 14.1*; o “Todos los ciudadanos”, *ex art. 25*, y ello sin contar con aquellas formulaciones de derechos concebidas en términos personales de absoluta generalidad, tal como la contenida en el artículo 21 (“Se reconoce el derecho de reunión pacífica...”).

Ahora bien, dentro de esta amplia gama de preceptos existen algunos que acreditan visos de convincente globalidad en su propia conformación

semántica pudiendo extraerse de ellos los ingredientes propios de las auténticas enunciaciones del derecho a la igualdad en su consideración más autónoma, siendo los mismos el 25.1 (“Todo niño tiene derecho, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, origen nacional o social, posición económica o nacimiento, a las medidas de protección que su condición de menor requiere, tanto por parte de su familia como de la sociedad y del Estado”) y el 26 (“Todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho sin discriminación a igual protección de la ley. A este respecto, la ley prohibirá toda discriminación y garantizará a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier índole de origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”), preceptos que pese a su carácter netamente vinculante acreditan una más que difusa virtualidad porque en vez de contener imperativos categóricos en la instrumentación de todo su dispositivo normológico subordinan su eficacia a las concretas medidas de protección que en relación con el artículo 24 adopten tanto la familia como la sociedad y el Estado o las leyes que en su caso promulguen (o apliquen) los países signatarios, determinando todo ello que los preceptos que acabamos de transcribir se hurten a todo tipo de eficacia *self executing* (sucediendo otro tanto en relación con el art. 23.4 relativo al matrimonio) limitándose a imponer determinadas obligaciones de resultado a los Estados concernidos, eficacia directa, sin embargo, que sí que esmalta la textualización del artículo 14.1, precepto que inicia su pertinente andadura con una reafirmación del principio de igualdad en la aplicación judicial de la ley al sentar que “Todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia”.

ac) *El derecho de igualdad y el Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales*.—Este Instrumento, destinado a la oportuna incubación de la categoría de los derechos dichos, acredita idéntica clasificación de fuentes al respecto que el anteriormente investigado, detectándose así preceptos objetivadores de manifestaciones del derecho a la igualdad en su concepto más amplio posible y luego concreciones del mismo como consecuencia de la elaboración del listado de derechos atribuidos, alternativas del derecho objetivo de este debate que en cualquier caso, y sea cual fuere su concreta variante, no deja de adornarse del paradigma ontológico de instrumentalidad y subalternidad al que con anterioridad nos hemos referido, no llegándose en modo alguno a plasmarse su encarnación operacional a través de una fórmula autónoma y polivalente.

Siendo ello así, y siempre teniendo como norte fundamental toda la

serie de observaciones con anterioridad expuestas, paso a indicar que desde vertientes de máxima generalidad se ocupa de la potencialidad que estamos viendo el artículo 2.2 del Convenio en cuestión al señalar literalmente que “Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a garantizar el ejercicio de los derechos que en él se anuncian sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”, enunciación que sigue las huellas de la similar contenida en el Pacto Internacional antes examinado y que en todo caso acredita como necesario complemento para su adecuada comprensión lo que previene el apartado siguiente del mismo artículo al señalar, y ello es particularmente trascendente para nuestro objetivo prioritario de exposición, que “Los países en vías de desarrollo, teniendo debidamente en cuenta los Derechos Humanos y su economía nacional, podrán determinar en que medida garantizarán los derechos económicos reconocidos en el presente Pacto a personas que no sean nacionales suyos”, *dictum* que traducido al lenguaje corriente significa ni más ni menos que la igualdad propugnada por el Pacto debatido sólo rige en relación con los nacionales del Estado signatario de que se trate y que respecto a los extranjeros, eventualmente alojados en el mismo, tal igualdad (o su antinomia desequiparación) se regirá por sus leyes internas no imponiéndose, por tanto, lo que podría ser su eventual compulsividad desde las áreas internacionales sometidas a consideración, circunstancia que determina una notable especialidad del Instrumento que constituye nuestro objeto de análisis en su hipotético parangón con otros de los que resulta que la potencial desequiparación a instaurar en el goce de los derechos sendamente atribuidos por los mismos a los nacionales de los Estados signatarios y a los extranjeros ubicados en los mismos deriva de una interpretación contextual y sistemática del conjunto de su preceptividad y no de una disposición tan expresiva y enterizado como la que acabamos de describir.

Con independencia de esta fuente directa de la igualdad en su consideración más general y abstracta, de carácter netamente instrumental y vicario respecto a los derechos pormenorizados en el Texto del Pacto de su inserción (a cuyo disfrute destina el mismo su concreta eficacia) y que constituye la ponderada mixtura de un principio netamente igualitario y de otro destinado a la interdicción de la discriminación, principios que en su forzada cohabitación llegan a amalgamarse en beneficio del primero, cabe señalar que el Convenio sometido a análisis sigue también los pasos del anterior en el sentido de que la exigencia igualitaria que pretende imponer aparece del propio modo de las correspondientes enunciaciones titularizadoras de los preceptos que resignan derechos concretos, enunciaciones que o bien resultan concebidas en términos absolutamente imper-



sonales únicamente interpretables como introductoras de un régimen igualitario pleno, caso, por ejemplo, del artículo 6 (“Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho a trabajar que comprende el derecho a toda persona de tener la oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo libremente escogido o aceptado. Y tomarán las medidas adecuadas para garantizar este derecho”) o bien haciendo uso de las consiguientes fórmulas resignatarias de derechos del propio modo recogidas en el Pacto materia de investigación, tales como las que cristalizan en el empleo de las voces “Toda persona”, *ex arts.* 7, 8.1.a), 9.1 y 2, 9, 11, 12, 13 y 15, refrendo semiótico cuyo uso, aún siendo abrumadoramente mayoritario, no agota la policromía del caudal imputativo parificador del goce del derecho concedido, detectándose otras locuciones concebidas en tal sentido de textura mucho más singularizada, como aquellas utilizadas por el artículo 8.1.b) y c) que confiere determinados derechos a los Sindicatos o por el contrario mucho más abiertas, sucediendo ésto en el artículo 10.3 (“Se deben adoptar medidas especiales de protección y asistencia en favor de todos los niños y adolescentes, sin discriminación alguna por razón de filiación o cualquier otra condición...”).

ad) *El derecho de igualdad y el Convenio Europeo de Derechos Humanos*.—Este texto internacional, objeto de especial evidencia especulativa en otros pasajes de este libro, constituye no sólo un serio apunte compilador de Derechos Humanos de obligado respeto para los Estados vinculados por el mismo, sino también un firme precedente para el establecimiento de una jurisdicción universal cuyo objetivo sea la instrumentación de un dispositivo enjuiciador de los eventuales comportamientos —jurisdicentes, administrativos y judiciales— de los países implicados por lo que atañe al respeto de los aludidos derechos, facultades básicas que vienen a ser positivadas por el Pacto que nos ocupa en su nivel mínimo de protección, nivel que en cualquier caso debe decaer cuando las legislaciones domésticas de los Estados Partes establecen regulación diferenciadora *ad bonus* en cuanto a la objetivación ejercitativa, fructuaria o extintiva de tales derechos, decaimiento presuponiente de una especie de derogación tácita del meritado Instrumento cuya *ratio* concreta resulta estipulada por el artículo 60 (“Ninguna de las disposiciones del presente Convenio será interpretada en el sentido de limitar o perjudicar aquellos Derechos Humanos y libertades fundamentales que podrían ser reconocidos conforme a las leyes de cualquier Alta Parte Contratante o en cualquier otro Convenio en el que éste sea Parte”) proveimiento que puesto en juego con el valor interpretativo que a su normativa atribuye el artículo 10.2 (antes transcrito) de la CE, determina que el legislador nacional sólo debe (o puede) acompañarse a sus apremios protectorales cuando la CE no positive

el Derecho que se pretenda regular, pero no cuando si lo haga, ya que en tal caso, y ello ya lo hemos dejado apuntado (y volveremos a insistir sobre lo mismo algo más tarde), el legislador nacional debe atenerse a las directrices de tuición promovidas a efectos de ordenación jurídica interna por la CE y no a las estipuladas por la normativa internacional objeto de consideración, conclusión que debe alcanzarse no sólo en méritos a lo que no es sino una interpretación acordada del art. 10.2 CE que únicamente alude, *ad literis*, al mero y puro efecto interpretativo de los Instrumentos Internacionales que enumeran, sino también a lo que sobre el particular reza el art. 60 del Convenio objeto de nuestra presente intelección.

Pues bien, esta batería de consideraciones sobre la materia vienen ahora especialmente a cuento sobre la base de que en relación con el derecho a la igualdad, la preceptiva de la CE, representada en lo básico por su ya pluricitado artículo 14, da mucho más juego normológico que la incorporada al Convenio en cuestión, texto que destina a su regulación su también artículo 14, según el cual “El goce de los derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio ha de ser asegurado sin distinción alguna, especialmente, por razones de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas u otras, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación”.

A la luz que arroja este precepto es evidente que él mismo se adorna de un carácter estrictamente instrumental y vicario, señas indelebles de identidad en realidad comunes a todas las manifestaciones igualitarias resultantes de los Instrumentos Internacionales dichos, pero que en el ahora examinado se arropan de un acrecido vigor, sobre todo, en su comparación con su homónimo universal (el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos), ya que mientras que en éste, el derecho a la igualdad es objeto del interés de varios artículos que en cierta medida ayudan a conformar una visión “moderna” del instituto, en el que nos ocupa, el ya indicado artículo 14 es el único revestido de un aurea de generalidad, revestimiento, sin embargo, bastante deficiente, al carecer de cualquier pretensión generalizadora y confinar su concreta teleología sólo al “goce” de los derechos positivados en el Convenio, valiendo, por todas, la apreciación que sobre su concreto alcance efectúan RODRÍGUEZ PIÑERO y M.<sup>a</sup> FERNANDA FERNÁNDEZ LÓPEZ, autores que en su antes indicado libro, página 115, aciertan en su esfuerzo especulativo al trazar una valoración sobre el significado del meritado artículo concebida en los siguientes términos literales “En cualquier caso, es claro que en el sistema europeo de protección de los Derechos Humanos falta una prohibición general y autónoma de discriminación, y el artículo 14 está diseñado como apéndice de apoyo a los derechos y libertades reconocidos en los artículos anteriores; cada uno de aquellos debe ser reconocido sin discriminaciones y, el no

serlo así, es ya de por sí una violación de ese derecho, aunque agravada o evidenciada por esa discriminación”.

Continuando por esta línea investigadora tengo que puntualizar que precisamente en estas áreas se ha producido el fenómeno de que por la vía del pluricitado artículo 10.2 CE, el TC ha hecho suya la interpretación ofertada al antes indicado artículo 14 del Convenio objeto de permanente alusión por parte de los pronunciamientos al efecto provenientes de la Comisión y el propio Tribunal Europeo de Derechos Humanos con lo que, *de facto*, el texto de ambos artículos 14 ha sido, pese a sus diferencias semánticas y de concepción, equiparados, habiendo sido necesario para ello, en primer término, que los referidos organismos internacionales amplificasen, utilizando al efecto el procedimiento de la interpretación extensiva, el tenor literal del calendario artículo 14 del Convenio y en segundo lugar, y correlativamente, a que el TC renunciase a la elaboración de una indagatoria propia en torno al artículo 14 CE a la que en gran medida propendía su propia literalización, construida con el lenguaje legal bastante más progresivo que su equivalente del Convenio, determinando tal conjunción de criterios (uno, el de los organismos internacionales, creador, y el otro, el del TC, puro receptor de directrices ajenas) una evidente comunión interpretativa en relación con el entendimiento de los sendos artículos objeto de especial consideración en este trabajo, comunión que se extiende por un lado al hallazgo de los test en virtud de los cuales una diferencia de trato normativo en relación con supuestos de hecho absolutamente idénticos idénticos en lo fundamental no es vulneratoria del derecho a la igualdad, y por otro a la potenciación de tal derecho en su concepción global con detrimento de una eventual incentivación de su concreto alcance a no ser discriminado, conclusión a la que se llega distinguiendo entre diferenciaciones buenas (las razonables y objetivas) y malas (las que carecen de tal condicionamiento) rehusando del enrocamiento decisorio en teóricas posiciones maximalistas que entienden que la hipotética utilización, por parte del hacedor de leyes de cualquiera de los criterios tildados como discriminatorios por el artículo 14 del Convenio, es vituperable *per se*, discurso rechazado de plano por los aplicadores del mismo (y también, y siguiendo sus orientaciones, por nuestro TC), tesis aderezada además por un gran respeto a la tarea a desempeñar por los titulares estatales del poder de legisfehaciencia doméstico y por la consideración de que la invocación del artículo 14 de Convenio constituye el último recurso en el enjuiciamiento constitucional de los *leading case* que debe ceder ante eventuales impetraciones de lesividad de otros artículos del mismo.

Tales son, en síntesis, las grandes líneas direccionales a las que se atienen en su cometido homologador, tanto la Comisión como el TEDH y que, repito, ha sido plenamente recibida, vía artículo 10.2 CE, por

nuestro TC, pudiendo señalarse como decisiones más representativas en este orden de cosas, por lo tocante a la actuación jurisdiccional del meritado TEDH, las SS de 23 de julio de 1968 sobre "Ciertos aspectos del régimen lingüístico en Bélgica", resolución en la que se sentaron los cimientos de lo que iba a ser la arquitectura de la teoría general sobre el particular, apuntándose literalmente en la misma, en enunciación de perfiles descriptivos magistralmente ensamblados, que "El Tribunal, siguiendo los principios que derivan de la práctica judicial de un gran número de Estados democráticos, es de la opinión que se viola la igualdad de trato si la distinción carece de una justificación objetiva y razonable. La exigencia de tal justificación debe valorarse en relación con los fines y los objetivos de la medida tomada en consideración, teniendo en cuenta los principios prevalentes en las sociedades democráticas. Una distinción de tratamiento en el ejercicio de un derecho afirmado en la Convención no debe perseguir sólo un fin legítimo, sino que el artículo 14 se viola igualmente cuando se establece con claridad que no existe una relación razonable de proporcionalidad entre el fin y los medios empleados", composición aseverativa de hondo calado que ha sido conscientemente recibida, con armas y bagajes, por nuestro TC tal como tendremos ocasión de exponer algo más tarde y a la que los autores antes indicados, de quienes tomo la cita literal de la misma que acabo de transcribir, le dedican el siguiente comentario "Aplicando esta doctrina, el Tribunal admite diferencias de trato en razón de la lengua que él mismo reconoce como rigurosas, pero que no llega a calificar de discriminatorias por fundarse en criterios objetivos y tender a asegurar un interés público, conteniendo, además, desigualdad de trato para situaciones desiguales, siendo la diferencia proporcionada al fin perseguido. El tema se desplaza así a la justificación objetiva y razonable de la diversidad de trato, y así se ha considerado como "razonable y pertinente", tesis —y así retomo la cuestión— de la que el meritado Tribunal va haciendo uso en una serie, no excesivamente larga, de resoluciones ulteriores, en las que por otra parte se oferta muy poca cancha de juego al principio discriminatorio, mereciendo destacarse en esta relación —sucinta en sus dimensiones— las SS, 7 de diciembre de 1976 (asunto Kjeldsen), de 18 de enero de 1978 (asunto Engel), de 25 de abril de 1979 (asunto The Sunday Times), de 7 de junio también de 1979 (asunto Marckx), de 22 de octubre de 1981 (asunto Dudgeon), y de 25 de mayo de 1985 (asunto Abdulaziz, Cabales y Balkandali), sentencias a través de las cuales el TEDH ha ido perfilando su estrategia al respecto, logística jurisdiccional que en realidad no ha variado de lo que acabamos de exponer al aludir al contenido de la primera de ellas, si bien es de notar una mayor sensibilidad, por lo menos programática, en alguna de las últimas en lo tocante a la censura que merecen los hipotéticos comportamientos netamente discriminatorios de

los Estados concernidos, censura, sin embargo, no materializada en una potenciación práctica de la eventual autonomía del principio antidiscriminatorio recogido por el último inciso del antes indicado artículo 14 del Convenio, habiendo desdeñado dar este paso en un supuesto que lo posibilitaba plenamente y que fue el atendido por la Sentencia antes relacionada dictada el 13 de junio de 1979 (caso Marckx) a través de la cual se debatió en profundidad una presunta discriminación basada en el nacimiento y en la que el Tribunal tuvo que ponderar la razonabilidad de unas medidas normativas que discriminaban claramente a los hijos ilegítimos en su eventual comparación con los legítimos, discriminación a la postre cuya ilegitimidad fue sancionada por el referido Tribunal, pero no por una aplicación implementada, incrementada o intensiva del principio antidiscriminatorio *per se*, sino simplemente porque la medida en sí carecía de “una justificación objetiva y razonable”, *praxis* que ha merecido de los autores explicitados *ut supra*, en la página 127 de su libro, la siguiente valoración interpretativa “No cabe duda de que con la solución dada en el presente asunto el Tribunal ha dado un paso fundamental en la tutela antidiscriminatoria de las madres solteras y de los hijos ilegítimos, pero por así decirlo, lo ha querido dar sin estridencias. No ha llegado a afirmar como regla la de la igualdad de derechos de los hijos legítimos respecto a los ilegítimos, la plena equiparación de derechos entre ambos, tan sólo ha negado, como injustificadas y arbitrarias, las diferencias legales de trato más frecuentes entre unos y otros, logrando así de forma indirecta un resultado equiparador”, metodología circular que así mismo impregna la *ratio decidendi* de la Sentencia de 25 de mayo de 1985 (también antes apuntada) relativa al caso Abdulaziz, Cabales y Balkandali, resolución en la que se puso en el banco de pruebas jurisdiccional la eventual invalidez de una serie de disposiciones británicas en las que se hacía uso ordenancista de alguno de los criterios tachados de particularmente vituperables, en cuanto incluidos en la genérica y estigmatizada relación contenida en el artículo 14 del Convenio *in fine* (concretamente, los de raza, sexo y nacimiento) todo ello como consecuencia de la no concesión a los maridos de las nacionales británicas (no nacidas ellas ni sus padres en el territorio de la metrópoli) del derecho de establecimiento en tal metrópoli, derecho, por el contrario, perfectamente discernido a las mujeres extranjeras de los súbditos británicos ubicados en idéntica situación jurídica que sus conacionales femeninas, supuesto que fue enjuiciado en base a la teoría común de atender a la razonabilidad y objetividad del criterio diferenciador utilizado, enjuiciamiento que resultó positivo y que provocó consecuentemente el repudio de la denuncia interpuesta al efecto, todo ello en base a un criterio asertivo cuya cognoscibilidad no nos acucia peculiarmente, remitiendo al lector interesado en el concreto *thema decidendi* de la me-

ritada Sentencia a los acertados comentarios que sobre la misma se recogen en la obra antes citada.

Con independencia de todo lo dicho, y siguiendo la misma sistemática que ha utilizado en la pesquisa de los Instrumentos anteriormente explicitados, tengo que poner de manifiesto ahora que el pluricitado artículo 14 de la Convención no es el único que se ocupa en aportar las correspondiente dosis de igualitarismo a la atribución, goce y estabilidad de los derechos que el Convenio (y sus protocolos) viene a pormenorizar, y así, y manteniendo en esto una absoluta sintonía con los Instrumentos ya comentados, de los distintos preceptos resignadores de derechos concretos en favor de las personas sobre las que los Estados implicados ejerzan una jurisdicción absoluta o relativa, es decir, sobre sus nacionales y sobre los extranjeros ubicados dentro de sus fronteras, resulta implícitamente discernido un derecho a la igualdad en su estricta manifestación instrumental y vicaria a través de las diversas variantes semánticas utilizadas para efectuar la concreta atribución de que se trate, alternativas que unas veces toman cuerpo en la voz “nadie”, *ex arts. 3, 4, 7, y otras, las más, en la locución “Toda persona”, ex arts. 5, 6, 8, 9, 10 y 11.*

En cualquier caso, entiendo que con estas sobrias explicaciones sobre el derecho de igualdad en su visión desde la óptica nomotésica del Convenio Europeo de Derechos Humanos queda suficientemente cubierto el expediente alegacional que pretendo instrumentar no considerando necesario profundizar más en su íntima epísteme, toda vez que sus claves más decisivas acerca de la forma de aplicar los tests de razonabilidad y proporcionalidad coinciden, dado el indicado comportamiento mitético del TC español en este orden de cosas, con las resultantes de las decisiones de éstas, claves que tendremos ocasión de evidenciar en el curso de este trabajo sobre la materia.

ae) *Especial alusión al Principio de igualdad en la normativa comunitaria.*—Para sus peculiares fines este derecho, especialmente cuando el mismo parece arropado bajo su paraguas no discriminatorio, constituye un referente esencial para tal normativa, así la fundacional como la derivada, siendo bastante numerosas sus alusiones al mismo, referencias que quedan desperdigadas en diferentes preceptos del Tratado Constitutivo de la CEE (arts. 7, 36, 37, 40, 119, etc.), y que constituyen el *factum* fundamental de diversas Directivas.

Comoquiera que la extranjería, en su vertiente comunitaria, va a constituir parte muy importante del “zócalo” explicativo de esta Obra, entiendo que la temática relacionada con la no discriminación que debe guiar la estancia de los extranjeros proveniente de la CEE en nuestro país, en su eventual relación con los españoles, debe ser debatida de forma monográ-

fica en otros pasajes de este libro, aunque, y ello es obvio, teniendo este capítulo la función de abordar el escuadriñamiento del derecho a la igualdad en su entronque con el extranjero, en su propio seno, y con ulterioridad, haremos referencia al mismo, pluralidad de ulteriores sedes hermenéuticas de la cuestión que nos ahorra el incidir en ella en estos momentos limitándose a transcribir *hic et nunc* el contenido del artículo 7 del aludido Tratado Constitutivo de la CEE, en cuanto precepto de más directo impacto en el centro de gravedad de la problemática a investigar, artículo que sienta literalmente que “en el dominio de aplicación del presente Tratado, y sin perjuicio de las disposiciones particulares que éste prevé, se prohíbe toda discriminación en razón de la nacionalidad”, precepto que no resulta indicativo de un puro principio programático cuya esencia debe ser el catalizador de otras disposiciones comunitarias o domésticas portadoras de sustancia jurídica, y por ende de la consecuente dosis de obligatoriedad, sino que el mismo goza del consiguiente efecto directo y obligatoria vinculabilidad, *per se*, determinante de su potencial alegación con éxito no sólo por los propios Estados miembros de las Comunidades, sino también por parte de sus ciudadanos y en cuya instrumentación ha tenido un papel hegemónico el Tribunal de Luxemburgo, órgano que a través de una ya larga cadena de resoluciones (cuya reseña acontecerá en el momento oportuno en el curso de este libro) siempre se ha cuidado en remarcar el meritado efecto inmediato, directo y prevaleciente del artículo en cuestión.

af) *El derecho a la igualdad y la Carta Social Europea*.—Este texto internacional, orientado a la positivación del Derecho al trabajo y sus aledaños en el ámbito territorial europeo, acredita la particularidad, en su comparación con los hasta aquí relacionados, de no ofertar ninguna fórmula genérica acerca del derecho a la igualdad, sino que el mismo resulta sólo implícitamente concebido a base de las consecuentes fórmulas de imputación subjetiva utilizadas por los preceptos destinados a la objetivación del derecho al trabajo y de las potencialidades *ad lateris*, utilizando a tales efectos expresiones diversas, concretamente, las de “todos los trabajadores” *ex parte* I, aps. 2, 3, 4, 5, 6, 12, o bien, la de “toda persona”, locución empleada por la indicada parte I en sus aps. 1, 9, 10, 11, 13, 14, 15, expresiones a las que se agregan otras de menor frecuencia estadística, tales como las cristalizadas en las expresiones “Los niños y los adolescentes”, *ex parte* I, ap. 7, o “La familia”, *ex parte* I, ap. 16, o “La madre y el niño”, *ex parte* I, ap. 17, formulaciones a las que se adiciona una que acredita particular interés para el objeto básico de este libro, y es la que resulta del apartado 18 de la pluricitada parte I, texto expresivo de que “Los nacionales de cada una de las partes contratantes tienen derecho a ejercitar en el territorio de otra parte, cualquier actividad lucrativa en condiciones de igualdad con los nacionales de esta última, a reserva de las

restricciones basadas en motivos imperiosos de carácter económico y social”, enunciación atributiva ciertamente pasada por agua toda vez que las trabas oponibles al derecho instrumentado son de tal envergadura que pueden hacer naufragar la presunta igualdad a la que se refiere el propio precepto *in principio*, disposición, sin embargo, que acredita un repunte de esperanza en este orden de cosas en el apartado 19 de la plurimencionada parte I, que sienta al respecto que “Los trabajadores migrantes nacionales de cada una de las partes contratantes y sus familias tienen derecho a la protección y asistencia en el territorio de cualquier otra parte contratante”, binomio preceptual que viene a alumbrar —y a imponer— lo que va a ser una constante en el derecho de extranjería de todos los países civilizados, que si bien pueden condicionar severamente en aras a su soberanía el acceso de los extranjeros a su propio territorio y someter a permiso el ejercicio de actividades laborales en el mismo, no pueden discriminar, sin embargo, las condiciones en las que tal ejercicio se desarrolle, cuestión que será ampliamente debatida en otros pasajes de esta obra.

Con abstracción de estas fórmulas concesionales, el Instrumento que estamos viendo también hace un uso —ciertamente masivo— de enunciaciones de titularización de las potencialidades que sanciona absolutamente impersonales, sucediendo ello con todo el listado de facultades relacionadas —de forma directa o indirecta— con el derecho al trabajo, facultades que resultan en principio discernidas indistinta e igualitariamente, en cuanto integrantes del contenido del derecho nuclear últimamente citado, en favor de los nacionales y extranjeros, si bien debe tenerse en cuenta que la efectividad de tal concesión paritaria queda absolutamente supeditada al hecho de que se trate de extranjeros trabajadores “legales”, es decir, con estancia en el país huésped acompañada a las exigencias normativas de éste, dato que si bien no aparece reflejado en el articulado dicho, si resulta recogido por el Anexo del Instrumento que nos ocupa que bajo el epígrafe genérico de “Ambito de aplicación de la Carta Social en lo que se refiere a las personas protegidas”, señala en su apartado I, *in principio*, que “Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 12, párrafo 4, y en el artículo 13, párrafo 4, las personas a que se refieren los artículos 1 al 17 sólo comprenden a los extranjeros que, siendo súbditos de otras Partes Contratantes, residan legalmente o trabajen regularmente dentro del territorio de la Parte Contratante interesada, entendiéndose que los artículos precitados se interpretarán a la luz de las disposiciones contenidas en los artículos 18 y 19”.

A su vez, y con el propósito de ir perfilando las coordenadas de aplicación de la normativa que se aloja en el seno de la Carta Social Europea, el apartado 2 de la porción introductoria del Anexo objeto de referencia se encarga en precisar que “Cada Parte Contratante concederá a los refu-



giados que respondan a la definición de la Convención de Ginebra de 28 de julio de 1951, relativa al Estatuto de refugiados, y que residan regularmente en su territorio, el trato más favorable posible y, en cualquier caso, no menos favorable que el que dicha parte se haya obligada a aplicar en virtud de la Convención de 1951 y de cualesquiera otros acuerdos internacionales vigentes aplicables a esos refugiados”.

En mérito a los preceptos transcritos, es evidente que la igualdad de trato que emerge de los indicados artículos 1 al 17 de la Carta sólo sería demandable por aquellos extranjeros que reúnan en su persona una doble condición: la de acreditar la ciudadanía de un Estado signatario de la misma, y la de ser un residente y un trabajador “legal”, exigencia, esta última, que pone en manos de los Estados de recepción la clave última para la plena operatividad del derecho en cuestión, derecho, por otra parte, que sólo en muy limitada medida, y de forma traslaticia, se confiere a los refugiados relacionados en el apartado 2 de la Parte introductoria que nos ocupa, siendo así que —y con independencia de la consabida exigencia de que su estancia en el país de alojamiento sea también legal—, su derecho a la igualdad no aparece garantizado por la Carta dada la evasiva literalización del indicado apartado que en la última instancia reenvía la cuestión a lo que al efecto decidan bien la normativa doméstica o bien la preceptiva internacional que vincule *ad hoc* al Estado huésped.

Una vez precisada la personalidad del titular extranjero del derecho a la igualdad preconizado por la Carta, creo que resulta útil poner de manifiesto que la misma se encarga de dejar bien sentado que en base a sus pronunciamientos normativos el extranjero de que se trate no adquiere derecho alguno a acceder al trabajo en el Estado de recibo, siendo competencia de éste permitir el mismo, exigir un condicionado y otro, o pura y simplemente, imposibilitar su práctica, limitándose el Instrumento que nos ocupa a formular un rosario de buenas intenciones carentes por completo de obligatoriedad, conjunto programático recogido en su artículo 18 (“Derecho a ejercer una actividad lucrativa en el territorio de otras Partes Contratantes.—Para garantizar el ejercicio efectivo del derecho a ejercer una actividad lucrativa en el territorio de cualquiera de las otras Partes Contratantes, las Partes Contratantes se comprometen: 1. A aplicar la normativa existente con espíritu liberal. 2. A simplificar las formalidades vigentes y a reducir o suprimir los derechos de cancillería y otras tasas que deban ser pagadas por los trabajadores extranjeros o sus empleadores. 3. A liberalizar, individual o colectivamente, las normas que regulan el empleo de trabajadores extranjeros. Y reconocen: 4. El derecho de sus ciudadanos a salir del país para ejercer una actividad lucrativa en el territorio de las demás Partes Contratantes”), precepto que si bien resulta suficientemente explícito por lo tocante al derecho de emigración que

reconoce, por el contrario, en lo referente a su antónimo, se hurta por completo a cualquier tipo de compromiso.

Ya penetrando en el estudio del derecho a la igualdad cuando el mismo se proyecta sobre el contenido del de trabajo, podemos decir que su instauración resulta para los extranjeros de lo proveído por el artículo 19 de la Carta, que establece una razonable relación de potencialidades entrañables en el núcleo duro de tal derecho (siempre en cuanto autorizado), incluyéndose entre ellas algunas de vigencia inmediata y otras que quedan, por el contrario, bajo la cobertura que en su caso les ofrezca la legislación del Estado de acogida, destacando de entre las primeras las consignadas en el artículo 19, apartados 4 y 5 (“Derechos de los trabajadores migrantes y sus familias a protección y asistencia.—Para garantizar el ejercicio efectivo del derecho de los trabajadores migrantes y sus familias a protección y asistencia en el territorio de cualquier otra Parte Contratante, las Partes Contratantes se comprometen... 4. A garantizar a esos trabajadores que se encuentren legalmente dentro de su territorio un trato no menos favorable que a sus propios nacionales en lo referente a las materias que se expresan a continuación, en tanto que las mismas estén reguladas por las leyes o Reglamentos o se hallen sometidas al control de las Autoridades Administrativas, a saber: a) Remuneración y otras condiciones de empleo y trabajo. b) Afiliación a las organizaciones sindicales y disfrute de las ventajas que ofrezcan los Convenios Colectivos. c) Alojamiento. 5. A garantizar a esos trabajadores, cuando se encuentren legalmente dentro de su territorio, un trato no menos favorable que el que reciben sus propios nacionales en lo concerniente a impuesto, tasas y contribuciones relativas al trabajo a cargo del trabajador”) y descollando de entre las segundas las incluidas en los apartados. 6. “A facilitar en lo posible el reagrupamiento de la familia del trabajador extranjero a quien se le haya autorizado para establecerse dentro del territorio [posibilidad únicamente conferible a la esposa del trabajador (no esposo)] y a sus hijos menores de veintiún años que vivan a su cargo, de conformidad con lo establecido por el Anexo antes indicado. 7. A garantizar a dichos trabajadores que se encuentren legalmente dentro de su territorio un trato no menos favorable que a sus propios nacionales en lo relativo a las acciones procesales sobre las cuestiones mencionadas en el presente artículo. 8. A garantizar a dichos trabajadores, cuando residan legalmente dentro de su territorio, que no podrán ser expulsados, excepto si amenazaren la seguridad del Estado o atentaren contra el orden público o las buenas costumbres. 9. A permitir dentro de los límites fijados por las leyes, la transferencia de cualquier Parte de las ganancias o ahorros de tales trabajadores migrantes que éstos deseen transferir”), del mismo artículo.

Tal es, en síntesis, el esquema de la Carta Social Europea, Instrumento

Internacional lleno de buenas intenciones, pero de magra eficacia práctica, dato que se visibiliza por la considerable tasa de cautela que refleja su preceptiva, por lo errático y descomprometido de su normación, y por la circunstancia de que sólo aluda, y ello de forma relativizada, al contenido o goce del derecho al trabajo, pero no a la previa —y fundamental— facultad de acceder a él.

#### 4. CONSIDERACIONES MONOGRÁFICAS SOBRE LA IGUALDAD ANTE LA LEY

##### A) *Introducción*

Para la adecuada cognoscibilidad del tema que voy a desplegar debe traerse ahora a colación todo el bloque considerativo y de *sindéresis* que sobre la categorización del derecho a la igualdad (en sus dos variantes de abstracto y concreto) ha quedado perfilado precedentemente, conjunto argumental que debe ser tenido en cuenta por el lector en lo referente a la definición del derecho a la igualdad (en sus dos manifestaciones) y lógicamente en todo aquello que pertinentemente atine a su enmarcamiento gnoseológico.

##### B) *Indicaciones históricas*

###### a) *Idea general*

El ordenamiento jurídico —cualquier ordenamiento jurídico— es un bloque de disposiciones más o menos arracimado y coherente (cuya razón de ser consiste en la regulación de la vida societaria en sus diversas facetas), sometido permanentemente a un constante esfuerzo de adaptación de sus esquemas operacionales a las nuevas exigencias, determinando esta circunstancia el que sus criterios *nomotéticos* se hallen en constante renovación, haciendo aflorar este trasiego, ciertamente *insenesciente*, un ininterrumpido *obituario* de normas (que afecta a las anteriores que fallecen como consecuencia de la adopción de otras nuevas que inciden en los mismos *factums* objeto de imputación ordinamental), *iter* de sustitución y recomposición, unas veces abrupto y otras cadencioso y sincopado, pero que exige, a fin de no perder la necesaria perspectiva, un acabado conocimiento de los preceptos que fueron, toda vez que los que se sitúan en su lugar, o bien reproducen en lo básico sus planteamientos ordinamentales, o bien los transforman en profundidad, pero en todo caso mantienen una comunión analógica o paralógica cuya investigación, en cuanto criterio

interpretativo de la preceptiva en vigor es siempre útil (e incluso, imprescindible).

Esto sucede en términos generales, y todavía más en el contexto del derecho a la igualdad, y ello por la simple razón de que su singladura en su concepción autónoma y abstracta actual (materializada en la dicción denotativa contenida en el artículo 14 CE), acredita una evidente bisoñez, circunstancia que impone la necesaria pesquisa de sus fuentes allí donde se encuentren, observaciones que justifica más que sobradamente la incubación de este glosario que voy a diversificar en dos diferentes apartados, refiriéndome en el primero de ellos a los antecedentes normativos que resultan vislumbrables desde umbrales comparatistas y haciendo lo propio en el segundo en relación con nuestro propio pasado constitucional.

#### b) *Referencias históricas generales*

La doctrina suele iniciar sus correspondientes aportaciones sobre esta materia poniendo de relieve que el derecho a la igualdad no podía emerger mientras las sociedades estatales aparecieran fragmentadas en compartimentos estancos trufados de privilegio y que su instauración suponía, como consecuencia inexcusable, la obligación de tal forma de organizar la sociedad civil, valiendo por todas la opinión de MIGUEL RODRÍGUEZ PIÑERO y MARÍA FERNANDA FERNÁNDEZ LÓPEZ, autores que en su meritado libro, página 19, al efectuar su aproximación especulativa al tema y enfrentarse directamente con la frase —que ellos tildan de lapidaria, aunque poco original— con que da comienzo el imperativo contenido en el artículo 14 CE, conectan su sentido con el de sus antecedentes, destacando, de entre ellos, los provenientes por las revoluciones extranjeras liberales y en relación con nuestro propio ordenamiento, con la Constitución de Cádiz y al efecto señalan que tal precepto (el calendado artículo 14 CE) “se trataba en sus orígenes de un precepto rupturista con un pasado desigualitario de la sociedad estamental; se rechazan privilegios y exenciones, y se somete al conjunto de ciudadanos a un mismo ordenamiento jurídico igual para todos. La implantación de un sistema regulador de carácter igualitario, marca así el paso del privilegio al Derecho, y la igualdad así entendida deviene presupuesto para todo Estado democrático de Derecho”.

Ciertamente, la aseveración transcrita resulta exacta en su integridad si bien su dosis de certeza puede matizarse en el sentido de que las nociones de privilegio e igualitarismo sólo resultan frontalmente antinómicas en relación con un sentido universal de la cuestión, y no por su propia naturaleza, toda vez que cuando los detentatarios de tal privilegio consti-

tuyen una colectividad más o menos extensa el disfrute del mismo puede organizarse en obsequio a criterios estrictamente paritarios, con lo que el ensamblamiento entre privilegio o igualitarismo resulta factible en cualquier caso.

De todos modos, esta puntualización no empece un adarme a la absoluta pulcritud analítica que se desprende de la susodicha aseveración acerca del carácter rupturista de las primeras enunciaciones sobre la igualdad en la ley, enunciaciones cuya viveza e imperiosidad fueron atizadas por la instauración del sistema político liberal cuyo corazón operativo únicamente late de forma armónica a base de la conformación de un sistema de libertades cuya Administración sólo puede resultar fructífera en cuanto atendida a un postulado igualitario —para todos, en cuanto ciudadanos— del tipo del patrocinado por el artículo 14 CE.

Volviendo al hilo historicista de la cuestión es evidente que sin la presencia, aún en ciernes, de tal sistema político liberal hablar de la igualdad en términos modernos, es decir, en su efectiva —aunque abstracta— titularización por todos los miembros integrantes de una determinada sociedad, era imposible, circunstancia que impuso un forzado maridaje entre la alborada de tal sistema organizativo y el florecimiento de los Derechos Humanos y con el de la igualdad en su concepción generalizada y abstracta, concepción que ya se vislumbra en la Declaración de Independencia de los Estados Unidos (1776) al señalar uno de sus párrafos que “Consideremos como verdades evidentes que todos los hombres han sido creados iguales, que han sido dotados por su Creador de ciertos derechos inalienables, entre los que se encuentran la vida, la libertad y la búsqueda de la felicidad”, alusión, sin embargo, circunloquial y que sólo parcialmente trasciende a las respectivas Declaraciones de los Estados Americanos, ya que como muy bien recuerda MIGUEL ARTOLA, en su indicado libro, página 39, “La igualdad ante la ley no es un derecho que reconozca todas las Declaraciones. De las americanas sólo la de Massachusetts afirma que “Todos los hombres nacen libres e iguales”, mientras que la Deleware reserva esta condición a los cristianos, y en las restantes, cuando se alude a este punto se prefiere la fórmula elíptica utilizada en Virginia: “Que todos los hombres son, por naturaleza, igualmente libres e independientes”.

Por lo que se refiere a la introducción del derecho a la igualdad que estamos analizando en el Continente europeo, la misma vino de la mano no sólo del triunfo de los movimientos revolucionarios que en determinados momentos históricos conmovieron a ciertos países integrados en el mismo, constituyendo un claro ejemplo de ello lo sucedido con Francia, sino también del afloramiento de directrices al respecto fruto de compro-

misos muy medidos y ponderados entre la Corona y las nuevas corrientes liberales (caso de Alemania, por ejemplo).

En cualquier caso, tanto la aplicación revolucionaria como la transaccional sólo podía cuajar sobre la base de que el súbdito se convirtiese en ciudadano y de que todos los ciudadanos quedasen debidamente parificados en cuanto a la tasa de capacitación jurídica que les era oportunamente resignada por el ordenamiento jurídico, siendo en suma incompatible el asentamiento de la nueva concepción igualitaria de la sociedad con la pervivencia de la noción del privilegio (tal como apuntamos anteriormente), idea que se convierte por derecho propio en la fuerza motriz del nuevo sistema y de la que existe una cabal y pródiga formulación en el Preámbulo de la Constitución francesa de 1791 de cuya pingüe expresividad da prueba su simple enunciación literal ("La Asamblea Nacional, queriendo establecer la Constitución sobre los principios que acaba de reconocer y de declarar, abole irrevocablemente las instituciones que perjudicaban la libertad y la igualdad de los derechos. Ya no hay nobleza, ni pares, ni distinción de estamentos, ni régimen feudal, ni justicias patrimoniales, ni ninguno de los títulos, denominaciones y prerrogativas que derivan de ellos, ni orden de caballería alguna, ni ninguna de las corporaciones o condecoraciones para las que se exigía prueba de nobleza o que suponían distinciones de nacimiento, ni ninguna otra superioridad, más que la de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones. Ya no hay ni venalidad ni herencia de ningún cargo público. Ya no existe, por parte alguna de la nación ni para ningún individuo, privilegio ni excepción al derecho común de todos los franceses. Ya no hay gremios, ni corporaciones de profesionales artes y oficios. La ley ya no reconoce ni votos religiosos ni otros compromisos que sean contrarios a los derechos naturales o a la Constitución"), texto que elabora un acabado repertorio de causas de discriminación a cancelar y un ejemplo para las Constituciones futuras del Continente Europeo, las cuales, sin excepción, incorporan a sus postulados básicos, con una fórmula u otra, el derecho de igualdad objeto de evidencia en estas páginas, positivación monográfica de la que también se hace eco oportuno la historia constitucionalista de nuestro país, aunque lo cierto es que hay que esperar hasta la Carta Magna republicana de 1931 para ver la entronización absoluta del indicado derecho autónomo, abstracto e instrumental a la igualdad en su plural manifestación de antes la ley y en la aplicación de la misma, manifestación que vino de la mano de su artículo 2, precepto que superando las enunciaciones conjeturales, elípticas e individualizadas anteriores, sienta ya, de forma categórica y universal que "Todos los españoles son iguales ante la ley", oración reconocitiva que se convierte, pues, en el antecedente inmediato del artículo 14 CE.

### C) *Presupuestos operativos del derecho de igualdad ante la ley*

#### a) *Idea general*

Analizados en las páginas anteriores los antecedentes normativos que sobre la figura cabe reseñar (y siempre sin perder de vista lo que acerca de la categorización de la misma, dijimos en la porción preambular de este ensayo) tocanos ahora entretenernos en la evidencia, siempre desde esquema de máxima sobreidad explicativa, de la puesta en marcha del derecho abstracto a la igualdad en la aplicación de la ley, es decir, de su concreta dinamización; fenomenología que se traduce en un impulso efectivo de la apriorística y genérica potencialidad a través de la debida y puntual ocurrencia en el supuesto debatido de los distintos elementos compositivos que consecuentemente barajados propician tal concreción, presupuestos integrativos del fenomenismo sujeto a debate que son aquellos a los que vamos a aludir de inmediato.

#### b) *Subjetivos*

Teniendo en cuenta que, y tomo ahora prestada una aseveración sintetizadora proveniente de la Sentencia del Tribunal Constitucional 19/1989, de 31 de enero (acrisoladora, por otra parte, de muchas otras previas provenientes del mismo Alto Tribunal sobre la materia) “Del principio de igualdad ante la ley se deriva, por un lado, un límite al legislador para que las normas no creen entre los ciudadanos situaciones discriminatorias injustificadamente desiguales y, por otro, un derecho subjetivo capaz de poner en marcha los mecanismos jurídicos necesarios para restablecer la igualdad en los casos en que hubiere sido quebrantada”, es evidente que este subepígrafe debe llenarse de contenido aseverativo a base de distinguir entre el sujeto titular del derecho abstracto a la igualdad y el operador jurídico que deba concretamente respetarlo.

De todos modos, y teniendo en cuenta lo que antes dijimos acerca de cuáles son las específicas manifestaciones normativas de donde pueden brotar las presuntas vulneraciones del meritado derecho (ley, reglamento y convenios colectivos) vamos a soslayar ahora —para no prodigarnos en reiteración y, en definitiva, en pleonismo considerativo— el detalle de quiénes son en suma los obligados a respetar al pluricitado derecho abstracto a la igualdad, aunque, y ello debe ser ahora tenido en cuenta, esta problemática volverá a resurgir en el curso de este trabajo cuando abordemos en el mismo la cuestión relativa a qué medios de defensa pueden ser esgrimidos con éxito con finalidades reparativas de las lesiones que eventualmente pudieren efectuar al derecho que nos ocupa, estrategia defensiva

cuya concreta arboladura va a depender en definitiva de quien sea el causante de la lesión.

Así pues, y ciñéndonos de forma rigurosa a la pormenorización de quienes titularizan el derecho abstracto a la igualdad proclamado en el artículo 14 CE, tengo que decir que ésta pertenece a todo aquel sujeto de derecho que acredite la condición de español, calidad que es la requerida, en cuanto condicionante de la atribución efectuada, por el pluricitado artículo 14 CE, precepto cuya sintaxis jurisdicente plantea un doble problema: a) el de precisar si los extranjeros no acreditan derecho a la igualdad y b) el de concretar si las personas jurídicas nacionales privadas son o no incluibles en su entorno de aplicación.

Por lo que alude al primero de los problema relacionados, comoquiera que su tratamiento va a constituir lo más medular de la última porción de este trabajo, me remito a lo que allí diré, aunque anticipando sumariamente mi opinión al respecto tengo que puntualizar, ya que efectivamente los extranjeros ubicados en el territorio nacional acreditan muy importantes derechos abstractos a la igualdad (y no uno global o unitario como los españoles), pero que su fuente o caudal atributivo no es precisamente el artículo 14 CE, sino otros distintos preceptos de genética doméstica e internacional, filones de densificada textura, cuya especificación tendrá lugar en la porción especulativa antes indicada.

En lo que apunta el segundo de los problemas enunciados, es decir, si dentro de la parábola aplicativa tendida por el artículo 14 CE resultan o no alojadas también las personas jurídicas nacionales privadas, tengo que señalar que el mismo no es sino una trasposición a la concreta faceta de ordinamentalidad que estamos debatiendo del mucho más general que se suscita siempre que se utiliza el término de “nacional” o “español”, voces que dada su enorme vaguedad conceptual, polivalencia semiótica y capacidad intrínseca de dilución denotativa pueden referirse tanto a las personas físicas como a las jurídicas, circunstancia que obliga a efectuar un esfuerzo interpretativo *ad casum* que perfectamente podría ahorrarse si el legislador actuare en sus correspondientes labores de legisfehaciencia con algo más de interés y predicción.

Volviendo a la cuestión base a resolver, lo cierto y verdad es que las espadas se mantuvieron en alto hasta que el TC adoptó sobre la materia una postura de franca omnicomprensividad, tesis que prendió en su S 23/1989, resolución en la que acopiando, destilando y depurando en lo conveniente determinados planteamientos teóricos favorables a incentivar en lo posible la asimilación entre las personas físicas y las jurídicas privadas a los limitados efectos que estamos viendo se mantuvo por el meritado Tribunal el aludido allegamiento en unos términos decididamente lineales y absolutamente alejados de cualquier circunloquio o compor-



tamiento lingüístico errático o escapista, diciéndose en la misma, en lo que ahora nos interesa, que: “En el ordenamiento constitucional los derechos fundamentales rigen también para las personas jurídicas nacionales en la medida en que, por su naturaleza, resulten aplicables a ellas. Así ocurre, por ejemplo, con el derecho a la inviolabilidad del domicilio o el derecho a la tutela judicial, pudiendo decirse lo mismo del derecho a la igualdad ante la ley que reconoce a los españoles, sin distinguir entre personas físicas y jurídicas, sin que obste a ello que el propio precepto prohíba expresamente toda discriminación por razón de circunstancias que, como el nacimiento, raza, sexo, etc., son predicables exclusiva y normalmente de las personas físicas, ya que, de un lado, la prohibición de tales discriminaciones concretas no agota el contenido del derecho a la igualdad jurídica en su sentido positivo y, de otro, el propio precepto constitucional prohíbe también, mediante una cláusula abierta, la discriminación fundada en otras condiciones personales o sociales, que puedan ser igualmente atributos de las personas jurídicas, habiéndolo reconocido así el Tribunal Constitucional, que viene aplicando, implícitamente y sin poner reparo alguno, el artículo 14 CE a las personas jurídicas de nacionalidad española, como titulares del derecho que en él se reconoce como se pone de manifiesto, entre otras, en las SSTC 99/1983, de 16 de noviembre; 20 y 26/1985, de 14 y 22 de febrero, respectivamente, y 39/1986, de 31 de marzo, sin que existan razones para modificar esta doctrina general”, rasación operativa a tales efectos entre las personas físicas españolas y las jurídicas de igual condición que, sin embargo, admite un importante acervo de matiz, sutileza y pulimiento, cautela que también resulta de la propia argumentación de la Sentencia objeto de particular referencia en la que del propio modo puede leerse que: “A efectos del principio de igualdad, no existe una necesaria equiparación entre personas físicas y jurídicas, ya que, siendo éstas una creación del Derecho, corresponde al Ordenamiento Jurídico delimitar su campo de actuación y determinar, en su caso, si una concreta actividad puede ser desarrollada en plano de igualdad por personas físicas y jurídicas”.

Vemos, pues, que el TC, en apelación a la teoría propendente a amplificar, en la medida de lo posible, el gramaje de capacitación de las personas jurídicas nacionales, las paraigualiza, siempre hasta cierto punto, a las físicas en orden a la atribución, a unos y a otras, en cuanto “españoles”, del derecho genérico a la igualdad pertinentemente albergado en el artículo 14 CE, tesis equiparativa que resulta ya sin ningún género de duda del texto —ciertamente diáfano— de la Sentencia que acabamos de evidenciar, aunque en honor a la verdad, tengo que poner de relieve que ya el TS había reconocido en SS anteriores la capacidad procesal de tales personas jurídicas para postular por la vía jurisdiccional abierta por la Ley 62/1978 en

orden a la presunta violación de su derecho a la igualdad, legitimación postulativa admitida sin ninguna dificultad en sus SS 8 de julio de 1987 y 14 de enero de 1988 (anteriores, pues, a la que estamos comentado) bloque decisonal cuya esencia resolutoria ha trascendido —aunque sublimándose pertinentemente— a la de 13 de marzo de 1991 (ésta ya posterior a la del TC dicha), reconociéndose en todas ellas la aptitud general de las indicadas personas jurídicas (en los casos debatidos, periodísticas) para acudir a la consiguiente vía judicial, reconocimiento que lógicamente implica el del derecho a la igualdad discutido y cuyo resguardo jurisdiccional se pretende.

### C) *Objetivos*

El presupuesto objetivo básico para que el derecho abstracto a la igualdad opere en beneficio del español de que se trate (convirtiéndose en un derecho concreto a la misma) es que éste se encuentre en idéntica (o sustancialmente idéntica) ubicación jurídico-personal en relación con otros, circunstancia que determina la activación de la premisa igualitarista que nos ocupa (y su consiguiente concreción en la norma tomada en cuenta) y con ella el que tal español, en su parangón con los demás, no tenga porque “soportar ni un perjuicio, ni una falta de beneficio, desigual o injustificada, en razón de los criterios jurídicos por lo que se guía la actuación de los Poderes Públicos”, tal como postula en TS en numerosas Sentencias.

Así, pues, el presupuesto o condicionante objetivo de la conversión a la que nos venimos refiriendo con insistencia, es decir, aquella que troca el derecho abstracto, apriorístico o genérico a la igualdad que a todos los españoles otorga *in genere* el artículo 14 CE en uno concreto materializado en la dispensa por la ley cuestionada de un trato efectivamente igualitario por la ley (dando al vocablo “ley” el más amplio de los sentidos posibles en derecho) toma cuerpo en la necesidad de que medie una situación de analogía, equivalencia o similitud entre la situación jurídica del español de que se trate con el resto de sus connacionales tomables en consideración por la norma examinada, tema que nos obliga a resaltar la superlativa importancia del proceso parangonal que deba instrumentarse al efecto y cuyo dispositivo angular orienta su deriva hacia la necesidad de que el español que se considere irrazonablemente tratado por la norma sujeta a observación en su calidad de desigualitaria aporte el consiguiente elemento comparativo que permita detectar la consiguiente disfuncionalidad de tal norma por lo tocante a sus sendos componentes de imputación jurídica, ingredientes imputativos que a su encuentro adoptan un cariz efectivamente discriminatorio, elemento comparativo que en las hipótesis de que

se instrumente el pertinente recurso de amparo deberá ser aportado, en cuanto parámetro oportunamente delimitador del correspondiente objeto procesal, por el recurrente presuntamente discriminado, aportación que también corre a cargo de los que postularan contra la constitucionalidad de una ley denunciada como infractora del artículo 14 CE (postulación que puede discurrir por distintas vías, como sabemos, y cuyo análisis no corresponde efectuar aquí), divergiendo la concreta metodología de tal aportación según se trate del conocimiento jurisdiccional de una hipotética violación del derecho abstracto de la igualdad cometida a través de la adopción de una ley que infrinja el artículo 14 CE o bien de una hipotética conculcación de tal precepto por parte de un Poder Público (distinto del legislativo). En el primer caso, no será necesario suministrar al TC ningún elemento comparativo autónomo, ya que la desigualdad instaurada por el producto normativo puesto en entredicho dimanará, de existir, de su propia sustanciación ordinamental. En la segunda eventualidad, tal aportación deviene imprescindible y es precisamente en el devengo de esta exigencia —sobre todo en aras de la lectura que de la misma ha realizado el TC— en donde se halla uno de los caballos de Troya más sinuosos y letales para la prosperabilidad de las demandas que al efecto pudieren plantearse, ya que tal Órgano ha rechazado en multitud de ocasiones —y *a limine*— los recursos de amparo interpuestos contra hipotéticas violaciones del derecho abstracto a la igualdad ante la ley en méritos al expediente de considerar inadecuados, incasables o inapropiados los elementos de comparación propuestos por el demandante, metodología resultoria —ciertamente sumaria en su perfil— de la que se hace eco JOSÉ SUAY RINCÓN, cuando en su antes indicada aportación sobre este conjunto de realidades, concretamente en la página 842 del libro y tomo que la contiene, manifiesta que “En general, el tema no suele plantear problemas graves (se refiere a la necesidad de aportar al debate constitucional *in iter* el repetitivamente bautizado por el TC como ‘término de comparación’). No obstante, hay que denunciar la práctica seguida en ocasiones en que el Tribunal se limita única y exclusivamente a negar validez al término de comparación propuesto. Es claro que mediante este simple expediente aquel podría eliminar de entrada todas las cuestiones relacionadas con la igualdad que se le plantean, sin aplicar, por tanto, el test y la doctrina que más adelante examinaremos. Además ello supondría volver a trasladar la problemática al plano de la desigualdad en las ‘situaciones de hecho’, criterio expresamente rechazado en una de sus primeras sentencias y que motivó el Voto Particular formulado por el magistrado Díez-Picazo”.

Siguiendo con el delineamiento de esta cuestión, tengo que poner en evidencia que la meritada conducta del Tribunal Constitucional halla su justificación en el dato de que como apuntan MIGUEL RODRÍGUEZ PIÑERO

y M.<sup>a</sup> FERNANDA FERNÁNDEZ LÓPEZ, en su indicada obra, página 57, “...cualquier supuesto de hecho es susceptible de entrada en comparación con otro, cosa siempre posible, porque siempre será posible hallar factores comunes y, por ello, la mera comparación de supuestos puede conducir al absurdo y al subjetivismo, propio de toda comparación abstracta. Debe existir algo más que tener en cuenta a la hora de realizar la comparación, y ese algo más es saber *qué* debe compararse y, sobre todo, *para qué* debe compararse; este último factor aparece como esencial”.

Partiendo de estas premisas fundamentales, la técnica comparatista de la que venimos haciendo razón suele cristalizar en el hecho de poner en debido correlato, a los efectos que estamos viendo, determinadas normas generales y las concretamente denunciadas como ilegítimamente desiguallitarias, técnica que en modo alguno puede arrojarse de una instrumentación adversa, ya que la correspondencia a los fines homologadores objeto de consideración de una disposición general y abstracta denunciada como conculcadora del derecho a la igualdad con una disposición concreta no puede prosperar por la propia naturaleza de las cosas, éxito en cambio que sí puede darse cuando se sitúan en el banco comparativo dos normas especiales, siendo una de ellas la que sirve de referente y la otra la tachada de discriminatoria, punto al que alude JOSÉ SUAY RINCÓN en su antes indicada aportación, página 844 del libro y tomo que la contiene, autor que al enfocar esta temática señala literalmente que “Lo que sí puede plantearse ante el TC es la relación entre dos o más normas especiales, aunque debe notarse que cuando ello ocurre y una misma materia es objeto de varios regímenes jurídicos, el Tribunal parte de la presunción de que en la base de la especialidad existe una desigualdad entre los diferentes supuestos de hecho. Tal es el caso de las relaciones laborales objeto de pluralidad de regímenes jurídicos, examinadas en la STC 56/1988, de 24 de marzo. Más complicado —aunque semejante— es el supuesto planteado en la STC 148/1986, de 25 de noviembre”, complicación asimismo detectable cuando lo que se pretende enjuiciar a la luz del artículo 14 CE son las denominadas “leyes de caso único”, variante que en nuestro país adquirió súbito renombre como consecuencia del archifamoso caso RUMASA, y cuya virtualidad, aún con importantes matizaciones cuya reseña no viene ahora a cuento, fue a la postre sancionada por el TC en su S 166/1986, de 19 de diciembre, resolución que en lo que nos interesa peculiarmente (siempre partiendo de la validez de tales leyes y de que el elemento normativo con el que compararlas a los efectos de su eventual contraste a la luz del derecho de igualdad tenía que venir representado por la categoría genérica de leyes “normales”) señala que “La vocación a la generalidad, que su propia estructura interna impone a las leyes, viene protegida en nuestra ley fundamental, por el principio de igualdad de la

ley, establecido en el artículo 14 CE, pero este principio no prohíbe al legislador contemplar la necesidad o la conveniencia de diferenciar situaciones distintas y darles un tratamiento diverso, porque la esencia de la igualdad consiste, no en proscribir diferenciaciones o singularizaciones, sino en evitar que éstas carezcan de justificación objetivamente razonable, enjuiciada en el marco de proporcionalidad de medios al fin discernible en la norma diferenciadora. Esto equivale a decir que la prohibición de desigualdad arbitraria o injustificada no se refiere al alcance subjetivo de la norma, sino a su contenido y, en su virtud que la ley singular —supuesto el más intenso de la ley diferenciadora— debe responder a una situación excepcional igualmente singular y que su canon de constitucionalidad es la razonabilidad y proporcionalidad de la misma al supuesto de hecho sobre el que se proyecta”.

En cualquier caso, y así continuó con mi modesta y personal labor de exégesis al efecto, la aludida comparación deviene un trámite imprescindible para el consiguiente enjuiciamiento de cualquier tipo de desigualdad ilegítima en la ley, siendo ello una pura consecuencia de la fisonomía conceptual de que se reviste el problema, aspecto muy bien atisbado por MIGUEL RODRÍGUEZ PIÑERO y M.<sup>a</sup> FERNANDA FERNÁNDEZ LÓPEZ, autores que en su indicada obra, y focalizando magistralmente el problema desde estrategias especulativas de máximo radio, apuntan en la página 47 de la misma que “La igualdad como concepto relativo y relacional requiere además elementos de comparación entre las situaciones en que se encuentran los respectivos sujetos pasivos. Como recuerda Heller, la medida de lo que es igual y debe ser tratado igual depende del punto de vista en el que se establezca la comparación, a efectos de determinar los caracteres esenciales o no esenciales a tener en cuenta, es decir, las notas comunes deducibles para equipar situaciones o para establecer diferencias”, aseveración sumamente elaborada que adquiere todo su sentido y magnitud considerativa en aras a que tal proceso comparativo ha de desembocar bien en la constatación de que las situaciones en que se encuentran los sujetos concernidos (los beneficiarios de la norma y el discriminado) son idénticas o jurídicamente idénticas (calidad predicable para cuando los casos puestos en correspondencia acreditan, pese a sus eventuales divergencias de matiz, una identidad básica sustancial) o bien que tal analogía no se da, con lo que el debate constitucional entablado al efecto carece de sustrato objetivo debiendo por ello rechazarse de plano la acción indicadora del mismo.

En la hipótesis adversa, es decir, en aquella entramada en la tesitura de que el español afectado por una presunta desigualdad mantenga idéntica posición fáctica o jurídica (ver el significado que atribuimos a esta última en las líneas precedentes) con cualquier otro que resulte, a diferencia de él, favorecido por la norma a homologar, es cuando se plantea con toda

crudeza el tema cardinal de si tal disposición viola o no el derecho abstracto a la igualdad que es el reconocido al postulante por el artículo 14 CE, cuestión que entra ahora en su fase cenital y que es la de comprobar si tal trato normativo desigualitario [afectante, repito, a individuos (españoles) emplazados en una misma situación jurídica factual] es ilegítima *per se* o para que resulte tildable de tal debe converger en su conformación cualquier otro condicionante, punto cuya cabal clarificación requiere un tratamiento analítico individualizado, cosa que vamos a hacer en el epígrafe siguiente.

#### d) *Funcionales*

Alcanzado el punto terminal del que acabo de hacer razón, es decir, aquel en que el TC que entienda de la *litis* planteada (de tipología constitucional) previo debate del presunto acomodamiento de una determinada disposición (legal, reglamentaria o proveniente en su caso de un Convenio Colectivo) el artículo 14 CE llega a la conclusión de que entre el supuesto desigualitariamente tratado y los restantes favorecidos existe una identidad factual absoluta (o relativa, pero suficiente) que haga necesario penetrar en la intríngulis del mismo, entonces entra en juego toda la batería de consideraciones que hemos ido vertiendo a lo largo de estas páginas en el sentido de que en esta eventualidad no toda inferencia jurídica disimil puede catalogarse *per se* de discriminatoria y en tal concepto antinómica con el artículo 14 CE, ya que tal discordancia en cuanto a las eventuales imputaciones jurídicas a discernir a *factums* idénticos o sustancialmente equivalentes puede ser legítima, siempre que la misma supere con éxito los tests módulos o parámetros de razonabilidad y proporcionalidad que el TC exige, canones de interpretación constitucional *ad intra* cuyo origen debemos situar en las sendas *ratios decidendi* de los pronunciamientos que sobre el particular habían sido ya resignados por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, tal como ha quedado ya advertido previamente.

Así, pues, una vez desencadenado el correspondiente procedimiento enjuiciador de la presunta inconstitucionalidad de una disposición por ser la misma —a juicio del denunciante— hipotéticamente contradictoria con los postulados cardinales que sobre el derecho abstracto a la igualdad se reconocen en el artículo 14 CE o interpuesto el correspondiente recurso de amparo contra aquel acto del Poder Público que vulnera tal artículo, el TC, tras efectuar el exigido cotejo del elemento comparador propuesto con el denunciado, y llegar a la conclusión de que la correlación es la adecuada, tiene que adentrarse en el meollo de la cuestión, procediendo a sopesar en primer término si es conveniente efectuar una regulación jurídica distanciada de supuestos factuales idénticos o sustancialmente equi-

valentes, y si la respuesta es positiva, deberá entrar de lleno en el contraste, a la luz de su propio criterio, de si tal imputación jurídica diferenciada es razonable, objetiva y coherente con la finalidad pretendida (de consecución necesaria o simplemente conveniente) y en el caso de que ello sea así, si tal imputación (o mejor, sus concretas alternativas) resultan o no atentatorias de otros preceptos constitucionales y si las medidas normativas diferenciales adoptadas resultan o no proporcionadas con el sacrificio que se inflige con las mismas al meritado derecho a la igualdad siendo ésta en esencia la trama a impulsar en el curso del enjuiciamiento constitucional al que estamos aludiendo, resultando ciertamente noticiable que en el día de hoy se haya aligerado por el TC el itinerario depurador que con anterioridad el mismo se exigía en determinados casos, aludiendo a este enflaquecimiento de sustancia enjuiciadora JOSÉ SUAY RINCÓN, en su pluricitada aportación sobre el tema, autor que en la página 856 del libro y tomo que la contiene, al ocuparse en poner de relieve la operatividad en este orden de cuestiones de los dos canones o tests antes mencionados, o sea, el de la razonabilidad y el de la proporcionalidad, precisa del propio modo que "... ha pasado a ser absolutamente excepcional el empleo por parte del Tribunal de cualquier otro tipo de test distinto del de la razonabilidad: por ejemplo, no se aplica ya 'juicio de relevancia', que introducía complicaciones innecesarias, al obligar a la búsqueda en el ordenamiento jurídico de un criterio igualitario del que derivar la existencia de igualdad de trato, como si el artículo 14 no fuese ya de por sí suficiente criterio cuando realmente existe coincidencia en las situaciones".

Acotada así la temática a considerar, voy a diversificar en sendos compartimentos singularizados el análisis de los dos test a los que venimos aludiendo, o sea, el de la razonabilidad y el de la proporcionalidad, rellenando su estudio de un contenido argumental que en cualquier caso debe ponerse en estrecha sinapsis especulativa con todo lo hasta aquí aducido, siendo así que en una materia de aprehensión intelectual tan huidiza como la presente, la ocurrencia aquí de todo el bloque considerativo precedente deviene absolutamente sustancial para la comprensión idónea de la misma.

aa) *Análisis del canon de razonabilidad.*—Instaurada en nuestro ordenamiento jurídico una concreta desigualdad normativa, si ésta es objeto de denuncia constitucional, su adveración tiene que articularse a base de aplicar a la misma en primer término el canon de razonabilidad (y en segundo lugar, y si hubiere lugar a ello, el de la proporcionalidad) motivo por el que su alusión se impone, mención que podemos iniciar poniendo de relieve su amplia configuración de perfiles, toda vez que aludida razonabilidad debe hacer acto de presencia no sólo en sede de la valoración jurídica del criterio diferencial concretamente tomado en cuenta por el

hacedor de la regla cuestionada, sino también en aquella relativa a que la consecuencia ordinal resultante del tratamiento desigual de *factum* idénticos (o sustancialmente equivalentes) es congruente con tal criterio diferencial, circunstancia que nos permitiría diversificar el estudio del parámetro sujeto a debate en dos: el propiamente destinado a la homologación de la razonabilidad del meritado criterio diferencial y aquel que orientase su protagonismo a la comprobación de que el caudal de imputación jurídica diferenciada oportunamente aflorado por la norma en cuestión es coherente con el criterio diferencial (previamente aquilatado como razonable), desglose siempre posible considerando que este segundo criterio, o canon de congruencia, resulta de funcionalidad ulterior al primero (y anterior al de proporcionalidad), pero que yo no voy a efectuar a fin de no complicar más esta exposición.

Partiendo de esta unificación metodológica, tengo que patentizar que el test o módulo de razonabilidad se arroja de una importancia extraordinaria, teniendo en cuenta que de su desenlace va a depender, en definitiva, el que la desigualdad denunciada como ilegítima sea o no tal, disyuntiva que en cualquier caso va a exigir el seguimiento por parte del TC de un auténtico procedimiento contrastador de tal razonabilidad, planteándose al respecto el problema —de congrua y espinosa modularización— de precisar a quien corresponde la carga de la prueba de que el criterio desigualatorio introducido por el autor de la norma puesta en trance de homologación es o no razonable, aspecto muy bien debatido por JOSÉ SUAY RINCÓN, que en su pluralizada colaboración sobre la materia viene a explicitar en clave de síntesis lo más enjundioso de la cuestión suscitada diciendo literalmente al efecto, en la página 845 del libro y tomo que la contiene, que “¿Tiene el Poder Público que probar que la desigualdad es razonable y que no viola, por tanto, el artículo 14 CE?, o por el contrario, ¿es el particular el que debe acreditar su falta de justificación? ¿A favor de quién corresponde la presunción?”

Tras la formulación de estos interrogantes, cuya pertinencia y solución para la mejor comprensión de la materia deviene fundamental, el referido autor pone de manifiesto en la misma página aludida que en este orden de ideas, el TC ha variado su rumbo de forma ostensible, siendo así que en un primer momento, sostuvo que la carga probatoria al efecto, con toda su tasa de dificultad, competía al hacedor de la norma discutida, especialmente cuando el módulo o parámetro diferencial tomado en cuenta por el mismo era alguno de los criterios antidiscriminatorios especialmente acuñados por el artículo 14 *in fine*, metodología seguida por lo que el autor, cuyas opiniones estamos recensionando ahora, califica de “jurisprudencia de la primera época”, *modus* jurisdiccional que poco a poco fue despojándose de toda su potencial —e inicial— dosis de incisividad hasta



el punto de que en el día de hoy el mismo puede considerarse prácticamente abandonado.

Con abstracción de esta problemática, en el discurso jurídico sobre el test o canon de razonabilidad a aplicar al criterio diferencial, bajo cuyo patrocinio se llega a la desigualdad normativa objeto de análisis judicial, debe hacerse especial hincapié en el dato del notable cambio que ha experimentado el rumbo de la jurisprudencia del TC al efecto, que en los momentos presentes, y a diferencia de los próximos pasados, ha desistido, tal como muy bien apunta el meritado autor, de su pristino intento de encontrar en debida forma tal criterio diferencial con un concreto valor constitucional, abdicación cuya virtualidad resulta perfectamente patentizada en la consideración formulada por el indicado autor, que en la página 856 del libro y tomo que la contiene, al encararse con esta faceta, señala literalmente que “La solución adoptada (la que cobra cuerpo en la indicada renuncia) parece preferible, porque de lo contrario, una de dos: o se parte de una interpretación estricta del término bien o valor constitucional y entonces hay que declarar inconstitucional la mayor parte del ordenamiento jurídico; o bien, se interpretan generosamente dichos conceptos y entonces tanto da decir éste como no decir nada”, interpretación que también resulta compartida por MIGUEL RODRÍGUEZ PIÑERO y M.<sup>a</sup> FERNANDA FERNÁNDEZ LÓPEZ, autores que en su calendado libro, página 63, al incidir axiológicamente en la línea decisional seguida al respecto por el TC en lo tocante a la medulación del canon de razonabilidad al que venimos haciendo evidencia (test cuya concreta practicidad exige tener en cuenta la finalidad de la norma en cuestión, tal como de inmediato vamos a ver) ponen de relieve que “En la doctrina del TC (que teniendo en cuenta la fecha de concepción del libro de los explicitados autores (1986) era exclusivamente la de la primera época) la legitimidad del fin debe vincularse, desde luego, con la propia Constitución como sistema dentro del que buscar las razones diferenciadoras. Pero la vinculación a la Constitución puede estructurarse, básicamente, de dos maneras: positivamente, asegurando que la legitimación para introducir diferencias descansa en una habilitación expresa de la Constitución; negativamente, deduciendo la legitimidad del hecho de que ni la finalidad de la medida, ni el factor diferencial, ni la propia medida diferenciadora sean incompatibles con la Constitución, aunque no se apoyen en un precepto o en un principio expreso de la misma”.

Tras estos prolegómenos conceptuales relativos a la *praxis* a seguir por el TC en la subsunción del criterio diferencial permitiente de la desequiparación jurídica a la que nos venimos refiriendo, sólo resta que nos adentremos ya en el *quid* del canon de razonabilidad objeto de debate (y en suma en el propio juego del mismo) y en tal sentido tengo que poner en

evidencia que lo único que va a acreditar importancia en este contexto es el objetivo normológico o finalidad intrínseca de la regla en cuestión, debiendo ponderarse y sopesarse, a base de una categorización amplia del test analizado, cual sea en concreto su razón de ser (forzosamente lícito, aunque no necesariamente constitucional) y que la misma sólo puede cumplirse adecuadamente a base de la introducción del criterio normativo desparificador que estamos considerando, debiendo mediar, por tanto, una inelectable correspondencia entre la aludida diferenciación y la consecución de la finalidad perseguida, componente teleológico que se constituye en la espina dorsal del enjuiciamiento adverbativo y homologador al que estamos haciendo mérito.

ab) *Análisis del canon de proporcionalidad.*—El derecho representa, institucionalmente, el emblema del equilibrio y de la medida. Pues bien, el test que se convierte ahora en nuestro norte expositivo presupone, por su propia esencia, el paradigma de tales características al demandar que deba existir una perfecta correspondencia entre la tasa de desigualdad introducida en la norma y la finalidad perseguida por la misma, exigencia que parte de la anteriormente señalada razonabilidad (congruencia) (ver el trabajo "El juicio de razonabilidad en la justicia constitucional", de CARRASCO PEREA, en la *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 11, 1984) y que presupone en definitiva un escalón más (el último en la ponderación de la legitimidad-ilegitimidad de la norma desparificadora, canon que enraiza en cualquier caso tal enjuiciamiento, dadas sus características más identificadoras, en el terreno de la conjetura, porque *a priori*, y salvo casos extremos, es imposible saber cuando el mismo va a resolverse en un sentido u en otro, siendo así que es precisamente en el sopesamiento de su concreta virtualidad en donde se detectan las fricciones jurisdiccionales más importantes en los magistrados del TC, todo ello en apelación de un casuismo decisonal que se exterioriza como inevitable. Con independencia de ello, es absolutamente reseñable respecto al test que estamos investigando el que el mismo sea utilizado por el TC con verdadera prudencia, siendo así que de no proceder de semejante guisa, tal órgano podría interferir en lo que debe ser una libre alternativa opcional y autodeterminación operativa a activar por el legislador, punto muy bien debatido por MIGUEL RODRÍGUEZ PIÑERO y M.<sup>a</sup> FERNANDA FERNÁNDEZ LÓPEZ, autores que en su pluricitado libro, página 60, ponen de relieve, en enunciación literal y sintética que suscribo en toda su integridad, que "Ahora bien, examinar la proporcionalidad o la racionalidad de la medida en atención al fin perseguido por la norma puede llevar al TC a valorar las opciones que la CE deja en manos del legislador, restringiendo en parte su margen de maniobra, y ello porque el juicio de proporcionalidad valora el

acierto de la medida cuando debiera tratarse de indagar si la medida tomada por el legislador está incluida en el radio de acción que el está permitido, no de saber si es la medida técnicamente más correcta o políticamente más deseable”.

## 5. CONSIDERACIONES MONOGRAFISTAS SOBRE LA IGUALDAD EN LA APLICACIÓN DE LA LEY

### A) *Idea general*

En las páginas precedentes nos hemos ocupado en delinear un sobrio panorama especulativo general sobre lo que da de sí el derecho abstracto a la igualdad en sus variantes de la ley y en la aplicación de la misma, así como de precisar lo más sobresaliente de la funcionalidad de la primera de las manifestaciones dichas, correspondiéndonos ahora efectuar lo propio, en relación con la restante modalidad, es decir, aquella que versa sobre la igualdad en la aplicación de la ley y al respecto tengo que decir, como providencia primigenia sobre la misma, que ésta presenta un perfil posibilista y otro efectivo, atinando el primero a todo lo que, en hipótesis, podría encajar en el marco del artículo 14 CE, pero que a la postre no ha recibido la pertinente sanción del TC, y aludiendo el segundo a lo que efectivamente ha sido ya marchamado por dicho Alto Tribunal en sus indelegable funciones de custodio e intérprete supremo de la CE, alternativas que difieren concretamente del hecho de que cuando la desigualdad afectiva o concreta en la aplicación de la ley proviene de poner en parangón precedentes (judiciales o administrativos) dimanantes de diversos órganos aplicativos, entonces la eventual conculcación del derecho abstracto a la igualdad —en una visión maximalista del mismo— consagrado por el art. 14 CE no resulta sancionable a base de ningún tipo de estrategia reparadora que repose en la aducción postulativa de tal precepto. Por otra parte, y así continuo insistiendo en el explicitado —y teórico— perfil posibilista, el derecho a la igualdad en la aplicación de la ley, cuando de eventuales discriminaciones administrativas se trate, resulta ostensiblemente depauperado sustrayéndose su *praxis* a cualquier protagonismo desmedido tal como tendremos ocasión de exponer en el curso de estas consideraciones.

Ello explicado, y ya profundizando en la concreta virtualidad del derecho que nos ocupa (tal como resulta la misma del proceder jurisdiccional del TC), tengo que poner de relieve que el mismo cobra cuerpo en la potencialidad que el artículo 14 confiere a todo justiciable (jurisdiccional o administrativo) a no ser ilegítimamente desigualado por el órgano que

aplica el derecho, desaparificación que en su caso cristaliza un cambio de criterio aplicativo impulsado por tal órgano en relación con su propio precedente (del que fue anteriormente protagonista pasivo el mismo sujeto discriminado o un tercero), siempre que tal cambio no se atenga a la lógica o a la razón.

En base a esta formulación descriptiva, fácilmente se colige que el derecho a la igualdad en la aplicación de la ley se sitúa justo en el dintel de la tensión máxima entre el artículo 14 CE y toda aquella suerte de preceptos (y ahora ya me refiero de forma singularizada a la variante judicial del tema, aunque lo que diga respecto de la misma podrá ser también tenido en cuenta en relación con la manifestación administrativa, si bien con las reservas y matizaciones que luego expondré) que liderarán la actuación de poder judicial, en especial el artículo 117 CE que enumera entre uno de los atributos básicos de su congruente funcionalidad el de la independencia, tensión que acredita como referentes polarizadores básicos, por un lado, y en lo que atina al justiciable, su derecho a que en la aplicación de la ley el órgano judicial en cuestión se atenga a su propio precedente, ya que de lo contrario su derecho a la igualdad, a la legalidad y en suma a la seguridad jurídica quedaría gravemente en entredicho, y por otro, en lo que concierne al Juez, su intrínseca aptitud para aplicar la ley con abstracción no sólo del criterio que sobre idéntica materia haya sido sustentado por otros órganos judiciales (variante del derecho a la igualdad no recibida por el TC tal como veremos ulteriormente), sino también con alejamiento de su entendimiento normativo anterior, aplicación distanciada del precedente que en lo que nos afecta se sublima en la posibilidad de una separación de su propio sentir decisorio anterior, eventualidad que el TC permite siempre que tal cambio criterial responda a razones objetivas y ponderadas y no a un puro arbitrio o subjetivismo irracional.

Tal es el guión-tipo que debe ser tenido en cuenta en la intelección de ésta ciertamente abstrusa temática en la que la influencia del TC resulta, como en todo lo relativo a la comprensión del texto constitucional, decisivo, entendimiento que cognicionalmente parte de lo difícil que resulta cohesionar de forma armónica los intereses en juego, o sea, el derecho a la igualdad, a la legalidad y a la seguridad jurídica, noción, esta última, cuyo valor se potencia si tenemos en cuenta que el "precedente" en cuestión presupone la existencia de una previa decisión interpretativa procedente del órgano judicial aplicador, decisión jurisdiccional que sea cual fuere su valoración dogmática, apriorística o teórica en sede de la teoría general de las fuentes ordinamentales asume el papel de regla de derecho tenida en cuenta de forma monográfica en la resolución del caso concreto de que se trate, decisión interpretativa que inopinadamente se trueca por otra en

detrimento del justiciable que posiblemente confió en su previa existencia todo ello en obsequio al legítimo y genuino derecho del Juez a apartarse de su propio precedente, es decir, de su propia interpretación jurídica anterior, apartamiento decisorio operable en aras a su independencia y a la no petrificación del sentir jurisprudencial, premisas que le autorizan a efectuar el hallazgo de otra regla directiva (contando, por supuesto, con que sea razonable) de entre las que posibilita, *in genere*, la norma a aplicar (siempre por supuesto que tal norma permita más de una interpretación razonable, cosa que no siempre sucede, tal como indicaremos con ulterioridad al aludir a las disposiciones de interpretación única).

Estos son, en suma, los intereses en conflicto, y el TC, haciendo gala de grandes dosis de sincretismo decisonal, resuelve el nudo gordiano trenzado en torno a los mismos a base de una más o menos equilibrada mixtura de factores a tener en cuenta, y siempre partiendo del máximo respeto hacia las decisiones judiciales, engendrando todo ello una metodología para la solución de esta inextricable problemática, que aunque no se presenta como absolutamente satisfactoria, sí que es por lo menos la mejor de las posibles y a cuyo escuadriñamiento vamos a destinar las páginas siguientes.

## B) *Presupuestos operativos del derecho a la igualdad en la aplicación de la ley*

### a) *Subjetivos*

Por lo que se refiere a la titularización del derecho abstracto a la igualdad en la aplicación de la ley nos remitimos a toda una serie de consideraciones que quedaron precedentemente expuestas acerca de la misma cuanto ésta atinaba a la variante de en la ley, reflexiones relativas a la imputación de tal derecho y que en síntesis hacían referencia a que su atribución efectiva tenía lugar, tanto en favor de las personas físicas como de las jurídicas (aunque con matices respecto de estas últimas), pero sólo en la medida en que unas y otras se adornaren debidamente de la calidad de españoles, quedando fuera del margen de actuación del artículo 14 CE los extranjeros, circunstancia no impeditiva de que en determinados supuestos estos últimos pudieran reivindicar para sí la operatividad de un derecho a la igualdad (en su eventual parangón con los españoles o con otros extranjeros) de perfiles idénticos, similares o incluso superiores (según los casos) al resignado por el artículo 14, derecho autónomo no alojado, pues, en este precepto y a cuyas concretas fuentes de incubación (nacionales y extranjeras) y régimen haremos mérito en la porción correspondiente de estos comentarios.

Por lo tocante a quién se halla obligado al respeto del derecho en cuestión, ya hemos aludido con anterioridad a este aspecto, señalando como debidos tributarios de su exigencia a los órganos judiciales y administrativos en la medida en que se viere en la tesitura de infringir su propio precedente aplicativo, quedando, por tanto, excluidos de la posibilidad de verse emplazados en la pertinente instancia de tutela y resguardo constitucional aquellos que se aparten de precedentes adventicios, exclusión que es fruto de una corriente decisonal del TC perfectamente consolidada en la actualidad, tendencia resolutoria que fía la defensa en estas áreas del derecho abstracto a la igualdad, tanto en el juego de los recursos ordinarios como en el especial de revisión al que se refiere el artículo 102 de la Ley Jurisdiccional (recurso, sea dicho en un inciso, cuya interposición deviene imprescindible en aquellos casos en los que la desigualdad aplicativa denunciada sea residenciable en amparo, todo ello por propia imposición del TC, valiendo como botón de muestra al respecto su Sentencia 204/1990, de 13 de diciembre, en la que puede leerse al efecto que “Hay, pues, una contradicción evidente entre la Sentencia desestimatoria que aquí se recurre, dictada en el procedimiento 971/1987, y la que estimando la demanda y declarando la nulidad de los actos recurridos, pronunció la misma Sala en el procedimiento 915/1987. Y aunque esta contradicción no se impugna en el recurso de amparo como infracción del artículo 14 de la Constitución por desigualdad en la aplicación de la ley, que es lo usual y más consecuente con esta clase de infracciones, sino que se denuncia como no prestación de la tutela judicial efectiva que garantiza el art. 24.1 CE, no por ello, podía la parte actora prescindir del recurso extraordinario de revisión previsto expresamente para tales supuestos en el artículo 102 de la LJCA. Pudo la recurrente a través de dicho recurso y respetando la naturaleza subsidiaria del amparo constitucional —a la que se hallaba obligado por el artículo 44.1.a) de la LOTC— plantear el problema de contradicción que invoca en este recurso (y lo hace no sólo con base en la Sentencia de 9 de febrero de 1988, dictado en el otro procedimiento seguido a su instancia, sino también en las Sentencias de la misma Sala, anteriores a la recurrida, de 14 de enero de 1988 y 3 de febrero siguiente), para que los órganos de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa tuvieran la oportunidad de pronunciarse respecto a la contradicción producida y a través de ella, sobre si se daba o no la vulneración del artículo 25.1 de la Constitución que es la infracción sustancialmente denunciada en este recurso. Al no hacerlo así se ha incumplido de manera manifiesta el requisito que impone el art. 44.1.a) de la LOTC que, por lo razonado en el fundamento 1 y conforme solicitan el Ministerio Fiscal y el Abogado del Estado, ha de conducir a la desestimación de la demanda de amparo”), constituyendo piezas maestras del mosaico jurisdiccional constituyente de esta partitura

jurisprudencial diversas Sentencias del TC de directo impacto en esta problemática, de entre las que sobresale por su locuacidad considerativa sobre la materia, la 183/1985, de 20 de diembre, en la que puede leerse, por lo que nos acucia especialmente, que “Sobre lo anterior hemos de reiterar también ahora que la discriminación constitucionalmente impedida sólo podrá entenderse verificada cuando las resoluciones que quieran traerse a la comparación procedan del mismos órgano jurisdiccional. Si, por el contrario, nos hallamos ante diferentes órganos juzgadores, las discrepancias entre sus decisiones sobre supuestos jurídicamente iguales deparará, ciertamente, una distinta aplicación de la ley a causa de interpretaciones también diversas, pero sin que dicha distinción en la concreción de las reglas de Derechos pueda referirse a una u otra de las resoluciones contrastadas, cada una de las cuales es, respecto de las demás, diferente, más no discriminatoria. Este Tribunal juzga sólo de los actos del poder (art. 41.2 de su Ley Orgánica) y no de sus resultados, de tal modo que cuando aquellos no sean en sí mismos contrarios a la Constitución no podrá decirse otra cosa que el hecho de que su consideración conjunta se advierta una diferente aplicación de las normas, supuesto éste que habrá de alcanzar remedio con los recursos que el legislador cree para procurar, en garantía también del principio constitucional de seguridad jurídica (art. 9.3), una básica uniformidad en la interpretación de la ley por Jueces y Tribunales”.

Tal es el *corpus* jurisdiccional de donde resulta la exclusión aludida, y cuya *ratio* reposa más bien en consideraciones pragmáticas —incluso políticas— que en una depurada *masse de granit* dogmática, ya que la diferencia que establece en su argumentación el TC entre aplicación distinta de la norma y aplicación discriminatoria tiene mucho de sutil e incluso de espaciosa, estribando su esencia, a mi juicio, en la idea de que así como un órgano judicial concreto puede indicar en aplicaciones discriminatorias tal eventualidad no puede acontecer en relación al Poder Judicial considerado en su globalidad, ya que, y eso es la idea-guía sobre la materia antes apuntada, si bien un órgano individualizado puede, en obsequio a su connatural e irreductible independencia, incurrir en potenciales comportamientos discriminatorios en la aplicación de las leyes, tal posibilidad no cabe cuando lo que se halla en trance de observación es la totalidad del Poder Judicial, institución que posibilita en su seno el acceso a un dispositivo *ad hoc* tendente a la corrección jurisdiccional de cualquier tipo de eventuales desigualdades en la aplicación de la ley cometida por cualquiera de sus órganos, dispositivo integrado en el propio discurso y método judicial y del que forman parte los recursos articulados en nuestras leyes de procedimiento, pivotando en suma sobre este tándem —independencia y posibilidad de acceso al recurso correspondiente— la fundamentación de

la exclusión dicha, justificación que resulta clara en un considerable número de STC valiendo por todas —por su contundencia clarificadora al efecto— la 120/1987, de 10 de julio, resolución que basamentando su episteme especulativa en lo anteriormente proveído sobre el particular por otras anteriores (especialmente, y atinamos así a la jurisprudencia más reciente, por la 84/1987, de 29 de mayo, en la que ya se menciona el artículo 117 CE como fundamentador de la exclusión a la que nos venimos refiriendo) sienta sobre el extremo objeto de debate que “No es admisible sostener la vulneración del principio de igualdad en la aplicación de la Ley cuando se pretende que esa lesión se da en una resolución judicial que resuelve de modo distinto o diferente de otros Tribunales, ya que aquel principio ha de conciliarse con el de independencia de los órganos judiciales y que la institución que realiza el principio de igualdad, a través de la uniformidad en la aplicación del Derecho, es la jurisprudencia, encomendada a órganos jurisdiccionales de superior rango”.

Concluyo este punto poniendo de relieve que el TC, potenciando hasta el máximo la virtualidad de la exclusión a la que venimos aludiendo constantemente, mantiene la tesis de que la expresión “órganos judiciales diferentes” debe entenderse en sentido amplio, comprendiendo dentro de la misma a las distintas salas o secciones que integran un mismo órgano, valiendo por todos el componente alegacional que al efecto se contiene en su Sentencia 200/1990, de 10 de diciembre, en la que al respecto puede leerse que “Ni el principio de igualdad, ni en su configuración como derecho subjetivo, permite asegurar un tratamiento idéntico, uniforme o unificado por los diversos órganos judiciales, incluso las salas o secciones que formen parte de un mismo órgano, en especial cuando existe un reparto de materias entre las mismas; ni la CE impone una convergencia interpretativa entre esos órganos o salas, ni corresponde al TC la labor de resolver y unificar esas posibles divergencias en la interpretación de las leyes, materia exclusiva de los Jueces y Tribunales; TC tan sólo ha de proteger al ciudadano frente a las desigualdades de trato en la aplicación de la ley por un mismo órgano judicial cuando puedan calificarse de arbitrarias, irrazonables o que obedecen a un propósito discriminatorio”.

El condicionante sustancial para que pueda enjuiciarse constitucionalmente la hipotética ilegitimidad de la mutación (en todo o en parte) del propio precedente al que nos estamos refiriendo, es que éste existe en realidad, existencia, por tanto, que se convierte en un *prius* de toda la operatoria de tipo homologador que resulte desplegable en sede del proceso que al efecto pueda activarse por parte del justiciable eventualmente perjudicado, presupuesto de comparecencia insorteable que en el orden de cosas sujetas a investigación se materializa en la imprescindible aportación por parte del meritado justiciable de lo que en la terminología forense al



uso se ha dado en calificar como de “término de referencia adecuado” o “término de comparación”, nociones alusivas al indicado precedente propio (del juzgador de que se trate) a la postre no respetado en la resolución discutida por el español que crea ver lesa su consiguiente derecho a la igualdad en la aplicación (judicial) de la ley, referente sin cuya presencia *ad casum* resulta imposible el planteamiento de tal cuestión.

Partiendo de la esencialidad de tal término comparativo, tengo que puntualizar que sus huellas de identidad más indelebles han ido trazándose de forma paulatina por parte del quehacer decisorio del TC, órgano que correlativamente al resaltamiento de la necesidad de tal aportación (el del indicado precedente ulteriormente modificado) y a la reafirmación de que el mismo debe provenir precisamente del mismo órgano judicial y no de otro (tema ya explorado en estas mismas páginas) ha ido conformando lo que podríamos considerar como de teoría general sobre la pluricitada aportación (que corre a cargo del justiciable oportunamente postulador, en el juicio constitucional correspondiente), teoría que acredita, a nivel de Sentencia del TC, su punto máximo de acarreo y firmeza resolutive global en la S 48/1987, de 22 de abril, en la que al efecto puede leerse que “Es presupuesto inexcusable para el examen que este Tribunal pueda realizar cuando ante él se deduzca una queja como la presente el que por el recurrente se ofrezca un término de referencia adecuado, consistente en la identificación de decisiones anteriores del mismo órgano judicial que hayan resuelto de manera diversa en supuestos no diferentes a aquél en el cual recayó la resolución impugnada y reputada discriminatoria. Importa también advertir que las resoluciones que así quieran compararse con la recurrida han de ser expresivas de una línea jurisprudencial cierta, de forma que no bastará al efecto con invocar cualquier pronunciamiento, aunque se encuentre alejado en el tiempo, debiendo citarse decisiones que manifiesten una doctrina consolidada sobre el modo de interpretar y de aplicar reglas jurídicas”.

Sumamente clarificador es el texto transcrito, que tanto en su propia mismidad decisonal, como en su potencial acompasamiento con otros anteriores, impone el seguimiento de una *praxis* ciertamente rigurosa en este orden de cuestiones, requiriendo, tal como hemos dejado ya apuntado, que el justiciable que se considere lesionado en su derecho abstracto a la igualdad por la decisión judicial que le afecte no sólo aporte, en cuanto inexcusable elemento paragonal, un precedente del mismo órgano judicial que resuelva en sentido inverso al discutido en un supuesto fáctico idéntico o sustancialmente equivalente al suyo, sino que también demanda que tal aportación se acomode a determinadas pautas, tales como que el término de referencia puesto en la balanza procesal de la *litis* en cuestión no sea una sola resolución previa, sino varias integrantes de una “línea jurisper-

dencial cierta", certeza que debe conjugarse con la concurrencia *ad casum* de otros calificativos, y que son los alusivos a la generalidad, firmeza, consolidación y continuidad de tal *praxis* jurisdiccional, batería de exigencias que implican el que no sea suficiente para el éxito de la pretensión deducida por el justiciable que se considere perjudicado en su derecho a la igualdad en la aplicación de la ley la mera invocación de antecedentes jurisdiccionales que aún procediendo del mismo órgano judicial de quien dimanó la resolución debatida no reúna el florilegio de solicitudes identificadoras a las que acabamos de hacer mérito, por ser supuestos absolutamente abstractos o carentes del paradigma de la certeza o consolidación ya referenciado o por constituir casos aislados desprovistos de la necesaria unicidad y solidez, constituyendo esta suerte de innovaciones desafortunadas la principal fuente de fracasos jurisdiccionales al respecto.

Por otra parte, el precedente judicial, que devenga puesto en comparación con la resolución tildada de discriminatoria, tiene que acreditar una absoluta virtualidad actual no pudiendo resultar el mismo desfasado por la sobreveniencia de nuevos acontecimientos normativos, ya que en tal caso su potencial beligerancia a los efectos que estamos viendo quedaría totalmente precarizada, conclusión cuya evidencia resulta clara de la STC 119/1987, de 10 de julio, en la que puede leerse sobre el particular que "El artículo 14 de la Constitución ampara la igualdad ante la ley, pero ello no impide que a través de cambios normativos se ofrezca un tratamiento desigual a lo largo del tiempo; el principio de igualdad ante la ley no exige que todas las situaciones, con independencia del tiempo en que se originaron o en que se produjeron sus efectos, deban recibir un tratamiento igual por parte de la ley, puesto que con ello se incidiría en el círculo de competencias atribuido constitucionalmente al legislador y, en definitiva, en la natural y necesaria evolución del ordenamiento jurídico. La desigualdad de trato, entre diversas situaciones derivadas únicamente de un cambio normativo y producido tan sólo por la diferencia de las fechas en que cada una de ellas tuvo lugar, no encierra discriminación alguna, y no es contraria al principio de igualdad ante la ley (STC 70/1983, de 26 de julio)".

#### b) *Funcionales*

Llegados a este punto, es decir, denunciada una concreta aplicación judicial de la ley como directamente atentatoria al derecho abstracto a la igualdad que para todos los españoles postula el artículo 14 CE (y descartada la posible inaplicación del mismo por acreditar la desigualdad denunciada un tratamiento jurisdiccional diverso, cosa que sucede, por ejemplo, tratándose de la igualdad interprocesal subjetiva cuya eventual lesión integra un supuesto de infracción del artículo 24 CE, *ex* STC, de 22 de julio

de 1988, en la que se dice que “El artículo 14 CE no incluye la igualdad de las partes en el proceso, cuestión que hay que conectar, más bien, con el derecho a la tutela judicial efectiva y con el derecho a la defensa de las posiciones respectivas durante el mismo; no es realmente la igualdad la que se ventila, sino la concesión a las partes de iguales posibilidades y oportunidades de actuar en el juicio y de proceder a la defensa de sus intereses respectivos”) entramos en la fase netamente funcional del instituto en la que deberá impulsarse la pertinente actividad rituarial tendente a la comprobación de si el objeto procesal a considerar se halla perfectamente conformado a la luz de la Constitución y de su propia interpretación, verificando en primer lugar la presencia en la *litis* del término de comparación al que hemos hecho mérito en las líneas precedentes y que el mismo, una vez contrastada ésta, se arroja de toda la suerte de condicionantes a los que del propio modo hemos aludido. Siendo ello así, se pasará a la fase ulterior que es aquella en la que deberá aquilatarse jurisdiccionalmente si el cambio de criterio es o no razonable, ya que si lo es prevalecerá el derecho del juzgador a su independencia operacional y, en caso contrario, su resolución desparficadora será debidamente anulada en cuanto vulneratoria del derecho a la igualdad del justiciable, dilema que nos obliga a incidir monográficamente en esta cuestión.

aa) *Problemática relativa a la razonabilidad del cambio de criterio denunciado.*—Con esta rotulación nos estamos refiriendo al elemento clave de toda esta problemática, siempre entendiéndola desde el punto de vista del TC, y al respecto tengo que puntualizar que el mismo siempre ha anudado el tema de la igualdad en la aplicación judicial de la ley a que el meritado cambio criterial sobre una determinada aplicación normativa a supuestos idénticos o jurídicamente equivalentes sea o no racional, circunstancia que determina que el *test o topoi* de la razonabilidad en su proyección sobre tal trueque se constituya en el elemento capital a tener en cuenta, valiendo por todas, por su contundencia aseverativa y por el acopio que efectúa de antecedentes, la STC 25/1987, de 26 de febrero, en la que a modo de consideración compendiosa sobre el particular, se dice que “Asimismo, en la Sentencia 49/1982, de 14 de julio, hemos afirmado que la regla general de la igualdad ante la ley enunciada en el artículo 14 de la Constitución contempla, además de la igualdad en la ley o en el tratado por la ley, la igualdad en la aplicación de la ley, lo que obliga a que un mismo órgano jurisdiccional no puede modificar arbitrariamente el sentido de sus decisiones en casos sustancialmente iguales, de tal manera que cuando dichos órganos entiendan que deben apartarse de sus resoluciones precedentes tienen que ofrecer para ello una fundamentación suficiente y razonable. Esta doctrina ha sido reiterada en numerosas ocasiones,

entre otras en las Sentencias 103/1984, de 12 de noviembre; 127/1984, de 26 de diciembre; 14/1985, de 1 de febrero; 49/1985, de 28 de marzo; 57/1985, de 29 de abril; 140/1985, de 21 de octubre; 166/1985, de 9 de diciembre; 32/1986, de 30 de abril; y 56/1986, de 14 de mayo; en las que el Tribunal ha ido precisando los aspectos que deben tomarse en consideración cuando se enjuicia una queja de desigualdad en la aplicación de la ley, exigiendo, en suma, para que pueda prosperar dicha queja que, además de existir una plena identidad en los supuestos de hecho de que conozca en cada caso un mismo órgano judicial, éste se apartase del criterio precedente de modo arbitrario o sin motivación o fundamentación razonable y suficiente”.

Tal es, en definitiva, el estado actual de la cuestión: si la resolución judicial se aparta del precedente de forma razonable, entonces la queja del justiciable no alcanzará el éxito pretendido en sede del proceso constitucional entablado. De adverso, sí. Ahora bien, con ello, y a pesar de su importancia asertiva, no está dicho todo porque quedan por precisar dos cuestiones de máxima trascendencia y que son las referentes a qué significa en realidad apartarse el precedente y a si tal apartamiento debe o no ser objeto de una motivación expresa y *ad hoc*.

Por lo tocante a la primera de las cuestiones aludidas, el juzgador, al separarse de sus criterios anteriores, lo que está haciendo en realidad es interpretar de forma diversa a como lo hizo previamente una misma disposición (o un conjunto de ellas), interpretación plural que en principio resulta factible salvo que se trata de normas de interpretación única, categorías preceptuales antes aludidas y a la que con ulterioridad nos referimos especialmente.

En virtud de esta posibilidad, el juzgador de quien dimana la resolución discutida se aparta del precedente cuando un mismo supuesto (o sustancialmente equivalente) recibe una imputación jurídica diversa a la anteriormente proveída y ello exclusivamente en función de que tal juzgador interpreta la normativa aplicable al mismo de forma diferente a como lo hizo precedentemente, pero no media tal apartamiento cuando partiendo de idéntica interpretación se llega a conclusiones silogísticas disímiles, ya que entonces se trata de un problema de pura irracionalidad decisional y no de igualdad, irracionalidad que alternativamente puede afectar, tanto al precedente en sí (paliable *pro futuro*, con una resolución diferente a la misma) como al acto veredictivo últimamente dictado (rectificable por la vía del recurso ordinario y, excepcionalmente, en méritos a uno de amparo interpuesto con la finalidad de restablecer el derecho a la tutela efectiva judicial puesto gravemente en entredicho con la adopción de la resolución judicial irrazonable que nos ocupa, pero no mediante la alegación por parte del justiciable del derecho a la igualdad del artículo 14 CE), conclu-

sión a la que llego en aras a la interpretación del propio TC que en su afán de encorsetar la posible entrada en juego del meritado artículo 14 CE siempre conecta su eventual operatividad a un cambio de criterio razonable o irrazonable, trueque que en pura técnica judicial sólo puede acreditar como elemento objetivo racionalizador una eventual interpretación paralogica de las normas, pero no una potencial disimilitud aplicativa de las mismas, aplicación que partiendo de idéntica interpretación sólo puede ser una, sin que el juzgador acredite el más mínimo derecho a imponer un cambio metodológico al respecto, mutación que de producirse sería absolutamente noxológica y encuadrable con exclusividad, por todo lo explicado, en el marco reparador delineado en torno al artículo 24 CE.

El otro de los temas aludidos, de máxima conflictividad al respecto, es el alusivo a la necesidad de que el cambio de criterio se motive o no de forma expresa, tema acerca del cual el TC ha variado ostensiblemente de norte interpretativo, ya que partiendo de una concepción motivacional estricta sobre el particular visibilizada, por ejemplo, en la importante Sentencia (antes dicha) 49/1982, de 14 de julio, en la que se explicaba que “la regla general de la igualdad ante la ley contenida en el artículo 14 de la Constitución contempla, en primer lugar, la igualdad en el trato dado por la ley o la igualdad en la ley y constituye, desde este punto de vista, un límite puesto al ejercicio del poder legislativo, pero es asimismo igualdad en la aplicación de la ley, lo que impone que un mismo órgano no puede modificar arbitrariamente el sentido de sus decisiones en caso sustancialmente iguales y que cuando el órgano en cuestión considere que debe apartarse de sus precedentes tiene que ofrecer para ello una fundamentación suficiente y razonable”.

Así, pues, y en base a este preciso *dictum*, el órgano judicial al variar su precedente no sólo tenía que aludir de forma inequívoca al mismo, sino que con independencia de la fundamentación general que requiere su nueva resolución debía asimismo motivar de forma suficiente el aludido cambio criterial en caso de no hacerlo, su meritada última decisión podía ser oportunamente combatida como vulneratoria del derecho a la igualdad en la aplicación de la ley, forma de entender el tema que paulatinamente ha ido decantándose hacia la flexibilización de tal primigenia exigencia motivacional, constituyendo un claro exponente de este escoramiento la STC de 21 de mayo de 1984, en la que empezó a aguarse la aludida obligación motivacional al señalarse que si bien la “manifestación explícita del cambio de criterio constituye el medio más idóneo para asegurar el respeto a los valores constitucionales”... el hecho de que tal motivación no figure de modo expreso en la sentencia no supone necesariamente una vulneración del principio de igualdad establecido en la Constitución. El cambio de criterio y su fundamentación pueden deducirse de la propia

resolución judicial del mismo modo que la reiteración de la nueva fundamentación jurídica por el mismo órgano judicial, en Sentencias posteriores puede poner de manifiesto que el cambio no es fruto de una decisión arbitraria que puede resultar discriminatoria, sino de una opinión consciente, consecuencia de la toma en consideración de nuevos elementos de juicio”, discurso producto de la pertinente interpretación operativa proveniente del TC que se ha convertido en moneda corriente en la doctrina de moderna progenie del mismo sobre la materia, adscribiéndose a esta nueva concepción un número ya considerable de Sentencias de entre las que sobresale, por sus pretensiones de globalidad considerativa al efecto, la 49/1985, resolución en la que tras aludir a que no será siempre exigencia constitucional que la resolución judicial enjuiciada formule una fundamentación explícita del cambio criterial objeto de constante alusión, se adujo literalmente que: No parece que sea necesario siquiera en todos los casos que la justificación del cambio de criterio se expresa formalmente, pues lo trascendente para evitar la vulneración del principio de igualdad es la existencia del cambio mismo y no su exteriorización”, *praxis* jurisdiccional cuyo *iter* adquiere visos de general beneplácito por parte del TC que continúa insistiendo en su viabilidad y racionalidad en otras Sentencias posteriores, concretamente en la 142, de 23 de octubre y en la 166, de 9 de diciembre, ambas de 1985, resoluciones que impactan de forma directa en esta problemática, señalando la primera de ellas (y tomo las citas del trabajo antes indicado de JOSÉ SUAY RINCÓN) que “No toda ausencia de motivación expresa produce una desigualdad inconstitucional por no razonada o arbitraria, sino tan sólo aquella en la que resulta patente que la diferencia de trato obedece a una deliberada modificación de los criterios de interpretación de la legalidad hasta entonces mantenidos, apreciable mediante cualquier elemento de juicio externo”, tesis asimismo recibida por la segunda de las Sentencias relacionadas que al efecto pone de relieve que “Como hemos dicho en reiteradas ocasiones, el cambio de criterio en la aplicación de la ley por un mismo órgano judicial no puede ser arbitrario, sino fundado y motivado. Debe ser también manifiesto, aunque no necesariamente en forma expresa”.

Vemos, pues, que la posibilidad de acudir a la motivación implícita ha adquirido carta de naturaleza en la interpretación aportada en este orden de cuestiones por el TC, aunque esta autorización conlleva del propio modo la necesidad de distinguir entre tal tipo de motivación y la pura inadvertencia decisional al respecto, disyuntiva de la que también se ha ocupado el TC, y continúo así con la recensión jurisprudencial efectuada en su pluricitado trabajo por JOSÉ SUAY RINCÓN, autor que incluye entre muestras jurisdiccionales a traer a colación ahora la ya referenciada Sentencia 166/1985 que en cita literal, que tomo del calendado ensayo, apunta

en cuanto elemento viabilizador de tal tipo motivacional, el que “Puede inferirse con certeza o, al menos con relativa seguridad que el cambio objetivamente perceptible es consciente y que de él queda excluida tanto la arbitrariedad, como la inadvertencia, quedando bien entendido que, como la naturalmente exigible es la motivación expresa, la tácita sólo podrá admitirse cuando se dé respecto a ella ese alto grado de certeza evocado”, posición decisional asimismo recogida por la ulterior 48/1987, de 22 de abril, que también en cita literal (que asimismo recojo del meritado trabajo de JOSÉ SUAY RINCÓN) precisa que “Para considerar respetado el principio de igualdad basta, en tales casos, con que la nueva y distinta resolución se haya adoptado reflexivamente por el juzgador, es decir, que por quien aplique el derecho, se tengan en cuenta —para modificarlos en esta hipótesis— sus propios precedentes, de tal forma que la resolución finalmente dictada no aparezca como fruto de un mero voluntarismo selectivo frente a los casos anteriores resueltos de modo diverso”, tesis que aparece reproducida en la ulterior Sentencia del propio TC 91/1990, de 23 de mayo (y con ello concluyo esta breve recensión jurisprudencial sobre la materia) en la que al respecto se aduce que “Con relación al fondo del asunto, conviene recordar que es doctrina reiterada de este Tribunal que la exigencia de igualdad y no arbitrariedad en la aplicación de la ley no puede en modo alguno traducirse en una petrificación de la jurisprudencia, de forma que cada órgano jurisdiccional quede rigidamente vinculado por sus propios precedentes. Lo que aquellos principios (que se derivan, como se dijo en los artículos 9.2, 14 y 24 CE) exigen es que las diferencias de criterio en la aplicación de la ley no sea fruto de un mero voluntarismo casuístico, sino que resulten de una alteración, justificada y consciente, de la línea jurisprudencial anteriormente seguida. El tratamiento diverso por parte del mismo órgano jurisdiccional de situaciones esencialmente similares vendrá justificado si es resultado de la adopción de nuevos criterios, de eficacia general y de aplicación continuada, en sustitución de los anteriormente mantenidos. Este cambio de criterio podrá manifestarse, bien en forma explícita en la resolución judicial —expresando la ruptura con la línea jurisprudencial hasta entonces seguida— bien implícitamente, en virtud de los razonamientos que expliquen y justifiquen la decisión, y que muestren los elementos lógicos en que la nueva orientación jurisprudencial se funda”.

Tal es, en síntesis, el estado actual de la cuestión, todo ello en base de un discurso jurisdiccional que encaminado a rigidificar en lo posible la eventual aplicación del artículo 14 CE ha venido a introducir una gran complejidad en la concreta operatoria a seguir, dato al que se agregan evidentes dosis de incertidumbre toda vez que la distinción a la que hace mérito la doctrina jurisprudencial relacionada en el sentido de diferenciar

las motivaciones implícitas de la simple inadvertencia no está en modo alguno clarificada desde el punto de vista de su concreta aplicación, introduciendo importantes dosis de facticidad a advenir previamente, tema que aparece también conectado con una cuestión de especial relevancia en este orden de cuestiones y que es la referente a la necesidad que ahora se siente, y de la que no existía ni rastro con anterioridad, de que el justiciable que denuncie el tipo de violación del derecho a la igualdad que estamos considerando aporte, además del adecuado término de comparación aludido, algún exponente *ad hoc* de razonabilidad que contribuya a llevar al ánimo del TC la evidencia de lo irrazonable del cambio de criterio operado, hecho, por otra parte, que también complica la posición decisional del TC que se halla abocado a una homologación de tal razonabilidad aún sin contar con la suficiente información al respecto, información a la que contribuye decisivamente la motivación explícita en trance de observación y actualmente desfundamentalizada, vertiente de funcionalidad sobre el particular de la que se ocupa con especial acierto JOSÉ SUAY RINCÓN en su trabajo antes meritado.

Prosiguiendo con el escrutamiento de esta fértil problemática, tengo que poner de relieve que una vez constatada la existencia de una motivación —explícita o implícita— determinante del cambio de criterio, su densidad y justeza aseverativa se hurtan, en principio, a cualquier tipo de contraste por parte del TC y ello por propia —y convencida— decisión del mismo, siendo a tales efectos sumamente indicativa la STC de 22 de abril de 1987, en la que haciendo reposar su propio sentido decisional en otra anterior, de fecha 28 de marzo de 1985, se dijo al respecto que “Alegada la vulneración del principio de igualdad ante la ley con base en un cambio de doctrina jurisprudencial, la solidez o debilidad de las razones que motivan el cambio de criterio no puede ser enjuiciada por el TC”, tesis mantenida sin fisuras por el Alto Tribunal a lo largo de su consiguiente *praxis* judicatoria y que ha sido criticada por JOSÉ SUAY RINCÓN que en su trabajo indicado, página 878 del libro y tomo que la contiene, sustenta al efecto que “A todo lo anterior (se refiere a la viabilidad de las motivaciones implícitas relacionadas) hay que añadir, además, la insistencia del Tribunal en no entrar a valorar la suficiencia de la motivación del cambio de criterio, lo que obviamente equivale a dar por buena cualquier cosa. Esta doctrina —inadmisibles en nuestra opinión, porque el mismo cambio puede ser portador de una arbitrariedad en el fondo del asunto que se renuncia *a priori* a controlar— ha ido apareciendo en muchas de las resoluciones a las que ya nos hemos referido. Por citar alguna inédita ahora, valga la STC 30/1987: “Se trata, en suma, no de examinar la suficiencia o insuficiencia del fundamento dado a la diversidad de trato,



sino de determinar tan sólo si existe para la diferente aplicación judicial de la norma ese fundamento”.

Sin embargo, y justo es reconocerlo, el TC va asumiendo cada vez con más decisión la necesidad de proceder a la valoración global del juego interpretativo al que se ha atenido al Juez o Tribunal *aquo*, ya que de lo contrario podrían producirse situaciones de ominosa y flagrante irrazonabilidad que no sólo atentarian contra el derecho a la igualdad que estamos analizando, sino también contra el derecho más genérico a la tutela efectiva judicial y todo ello por el simple motivo de que si bien tal interpretación (que presupone la búsqueda y el hallazgo de la regla concreta a aplicar efectivamente al caso controvertido) compete de forma exclusiva y soberana al Juez de Instancia, la misma puede —y debe— ser valorada en el recurso de amparo correspondiente cuando es absurda, irrazonable o arbitraria, siendo de destacar al efecto la instauración de una nueva corriente decisonal en la que el meritado TC irrumpe con fuerza —y cada vez más con intensidad y frecuencia— en la homologación de las condiciones en las que el calendario Tribunal ordinario ha llevado a cabo su derecho (obligación) a la interpretación (y búsqueda de la norma a aplicar), tema en el que ha incidido con insuperable —y anticipador— acierto JAVIER SERRA CALLEJO, el primero, en su número 2.364, de 21 de noviembre de 1989, con el título “La arbitrariedad en la aplicación judicial de la ley. El valor del precedente” y el segundo, en el número 2.408, de 24 de enero de 1990, bajo el rótulo de “El control por el Tribunal Constitucional de la ‘irrazonabilidad’ de las resoluciones judiciales”, diciéndose en el último de ellos, en lo que nos interesa, que “La interpretación de las normas admite un haz extenso de posibilidades y, por supuesto, al Tribunal Constitucional no le corresponde revisar la elección que —dentro de tales límites— hayan efectuado los órganos judiciales, so pena de convertir el recurso de amparo en una segunda casación. Ahora bien, cuando el razonamiento del Tribunal ordinario, aunque aparezca explícito, es claramente ilógico e insostenible, cuando se traspasa la barrera de la “razonabilidad”, existe, en mi opinión, un comportamiento arbitrario que atenta contra el espíritu del artículo 24.1 de la Constitución”, atentado, puntualizo yo, que se extiende, en virtud de la doctrina del TC, al derecho de igualdad en la aplicación de la Ley de Conformidad con la beligerancia que al mismo atribuye el propio TC y cuyo contraste por parte del TC ha sido vigorosamente reivindicado en dos recientes Sentencias del mismo, ambas de 1989, las 128, de 17 de julio, y la 159, de 6 de octubre, resoluciones comentadas en el último de los trabajos dichos y en las que se pone en evidencia la certeza de la tesis que sostiene el meritado autor, de quien recojo, como compendio de la argumentación procedente del TC al efecto, la siguiente cita (resultante de la última de las resoluciones indicadas) texto contenido en

el segundo de sus trabajos sobre la materia en el que se lee literalmente que “La Sentencia parte de la doctrina tradicional del Tribunal acerca de la satisfacción del derecho a la tutela judicial efectiva ‘mediante la obtención de una respuesta judicial motivada sobre el fondo de la cuestión litigiosa’ y la improcedencia de revisar en el ámbito del recurso de amparo ‘el acierto técnico de la decisión o su conformidad a las pretensiones de la parte’. Pero advierte inmediatamente que ‘la anterior premisa, cierta en términos generales, se complementa (...) con la necesidad de que los pronunciamientos judiciales se encuentren razonados en derecho y no sean, por tanto, arbitrarios o infundados. Ello permite que este Tribunal pueda, y aún deba, examinar aquella motivación de las resoluciones judiciales a fin de verificar no sólo su mera existencia, sino también su carencia de arbitrariedad o su irrazonabilidad’. En definitiva, ‘no es suficiente, pues con la consignación en el pronunciamiento judicial de unos razonamientos tildados de ‘jurídicos’, si su lectura o examen ponen de manifiesto posteriormente que éstos son contradictorios, irrazonables o carecen de un sentido lógico’ (FJ 6.º)”.

Tal es, compendiosamente, el discurso jurisdiccional que se va imponiendo y que determina en sede de lo que estamos explicando que cuando la resolución irrazonable debidamente enjuiciada por el TC diverja de otros precedentes del propio órgano judicial aplicador, el justiciable pueda postular en amparo no sólo en base al artículo 14 CE, sino también en méritos del artículo 24 del propio texto constitucional. Por el contrario, cuando el juzgador ordinario de que se trate no acredite en su historiografía jurisdiccional otras resoluciones contradictorias con la denunciada por ilógica y/o irracional, entonces el aludido justiciable sólo podrá hacer uso de su facultad de denunciar la hipotética violación de su derecho a la tutela efectiva judicial, pudiendo en tal caso fundar la denuncia no sólo en la propia estolidez o absurdidad decisional del texto denunciado, sino también en la existencia de otras resoluciones contradictorias con el mismo procedente de distintos órganos judiciales.

Ni que decir tiene que con el atenimiento a esta *praxis* enjuiciadora, el TC va arropándose de competencias cada vez más engrosadas, pero ello no es sino una consecuencia de su posicionamiento en el cosmos constitucional, arropamiento que se traduce en el hecho de que también cada vez con más vigor el aludido Tribunal va asumiendo el papel —que de vez en cuando el mismo rechaza con énfasis puramente semiótico— de un auténtico Tribunal de super casación-apelación situado en la cúspide del entramado jurisdiccional, metodología de geometría variable de ya general vigencia siendo así que tanto en la área de la adveración probatoria de los hechos, como en la netamente subsuntiva, y ahora también en la interpretativa y motivacional, el TC, en defensa del derecho a la tutela efectiva

judicial (en sus diversas alternativas civiles y penales) se constituye en el último baluarte del que puede hacer uso el justiciable perjudicado, fortín cuya robustez y polivalencia ha ganado una buena porción de quilates en la última jurisprudencia proveniente del meritorio Tribunal, engrosamiento de gramaje tuitivo que se observa con facilidad si tenemos en cuenta que en lo tocante a la aludida tarea interpretativa del Tribunal de Instancia, la labor de homologación que éste puede desplegar al efecto abarca incluso a la tarea selectiva de la normativa directamente aplicable al caso debatido, aspecto que se constituyó en una de las facetas a analizar en la STC 90/1990, de 23 de mayo, en la que, entre otras cosas, se denunció la errónea actuación del Tribunal Ordinario en cuanto a la concreta identificación de la preceptiva a tener en cuenta para la solución jurídica del caso materia de la *litis*, denuncia que si bien no prosperó *ad casum* en atención a las circunstancias concurrentes en el supuesto discutido, si que permitió al TC hacer especial hincapié en una serie de consideraciones de largo alcance al respecto al atraer para sí la competencia en orden a la verificación y sopesamiento de las condiciones de tal elección, asunción de habilidades al efecto, hasta entonces titularizadas en exclusiva por la jurisdicción ordinaria, que deviene perfectamente materializada en el Fundamento jurídico 4.º (“Rechazada la anterior objeción ha de analizarse ahora si la Sentencia impugnada ha infringido el art. 24.1 de la Constitución al aplicar el Real Decreto 2705/1981 y no el Real Decreto 2705/1981”). Para lo cual ha de partirse de la doctrina de este Tribunal pertinente al caso. Doctrina que se sustenta en la afirmación de que el problema de “cual sea la norma aplicable al caso concreto es una cuestión de estricta legalidad ordinaria que no corresponde resolver a este Tribunal” (STC 211/1988, Fundamento jurídico 2.º, entre otros), en tanto que “la selección de las normas aplicables y su interpretación corresponde, en principio, a los Jueces y Tribunales ordinarios, en el ejercicio de la función jurisdiccional que, con carácter exclusivo, les atribuye el artículo 117.3 de la Constitución (STC 178/1988, Fundamento jurídico 2.º, igualmente entre otras). Es pues, facultad propia de la jurisdicción ordinaria determinar la norma aplicable al supuesto controvertido y cuál o cuáles son las normas derogadas. Determinación que podrá constituir vulneración de la legalidad ordinaria, pero no lesión de la Constitución. El control por parte de este Tribunal de la selección de la norma aplicable llevada a cabo por los órganos jurisdiccionales sólo podrá producirse, en términos generales, si se ha tratado de una selección arbitraria, manifiestamente irrazonable (STC 23/1987, Fundamento jurídico 3.º) o ha sido fruto de un error patente; si se ha desconocido o no se ha tenido en cuenta por el Juez la ordenación constitucional y legal de los controles normativos (arts. 106.1 y 163 de la Constitución), por ejemplo, no aplicando directamente una ley

postconstitucional por entenderla incompatible con la Norma fundamental sin plantear cuestión de inconstitucionalidad (STC 23/1988, Fundamento jurídico 1.º); o en fin, si de dicha selección se ha seguido daño para otro derecho fundamental distinto de la tutela efectiva judicial e igualmente tutelable a través de la vía del recurso de amparo (STC 50/1984, Fundamento jurídico 3.º; ATC 254/1982)” de dicha Sentencia, resolución suficientemente expresiva en cuanto que de la misma resulta una auténtica —y ciertamente densificada— batería de supuestos en los que tal selección puede ser controlada por la vía del recurso de amparo, supuestos en los que —y ello es el común denominador de todos— se produce una manifiesta erroneidad en el hallazgo de la norma o un grave perjuicio como consecuencia de tal hallazgo preceptivo desnortado, erroneidad ostensible o causación de perjuicio grave que se constituye en el elemento clave y moderador a tener en cuenta en este orden de realidades porque lo que también resulta evidente es que una generalización de las posibilidades anulatorias de las Sentencias de Instancia que la Constitución pone en manos del TC provocaría una verdadera revolución jurisdiccional, siendo éste el único motivo por el que tal órgano hace uso de sus amplísimos y soberanos poderes al respecto sólo cuando se encuentre frente a supuestos materializadores de *leading cases*, o si se quiere, frente a hipótesis en las que la incongruencia decisoria, irrazonabilidad normativo-aplicativa o la magnitud de los eventuales defectos probatorios revistan caracteres de verdadero escándalo por su esencialidad, hurtándose a tales alternativas anulatorias la denuncia constitucional de aquellas resoluciones de instancia cuyas potenciales tasas de irracionalidad e incongruencia o cuyas deficiencias probatorias no se adornen del calificativo de superlativas, tesis que es la que aparece clara por lo tocante a la mencionada congruencia e hilación de dichas resoluciones en la reciente Sentencia del TC 1/1991, de 14 de enero, en la que se media sobre el particular que “El derecho fundamental 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 manifiestamente arbitraria o irrazonable, aunque la fundamentación jurídica pueda estimarse discutible o respecto de ella puedan formularse reparos, pues no corresponde al TC, que no es una tercera instancia y órgano revisor que tenga que efectuar el control de mera legalidad, rectificar errores, equivocaciones o incorrecciones jurídicas en la interpretación y aplicación de normas legales realizadas por los Jueces y Tribunales en el ejercicio exclusivo de la potestad que les reconoce el artículo 117.3 CE salvo que al hacerlo violen alguna garantía constitucional.

Vemos, pues, la importancia que acredita la aplicación del test de razonabilidad al respecto, siendo de destacar ahora que el justiciable influi-

gido por un trato discriminatorio producto de una decisión motivada explícita o implícitamente por el Juez o Tribunal Ordinario, puede plantear el pertinente recurso de amparo delimitando alternativamente su objeto procesal bien a base de invocar la consiguiente infracción de su derecho a la igualdad en la aplicación de la ley o bien aduciendo la conculcación en su perjuicio del derecho a la tutela efectiva judicial, dilema de factible protagonismo de cuya virtualidad se ocupó por vez primera su Sentencia 204/1990, de 23 de mayo, en la que en directa atinencia al tema suscitado y a la imprescindibilidad de agotar la vía judicial al respecto se sostuvo que:

“La recurrente estima que tal disparidad de criterios (la denunciada en el recurso de amparo en cuestión) resulta arbitraria y causa inseguridad jurídica vulnerando el derecho constitucional a la tutela judicial efectiva del art. 24 de la CE. El Ministerio Fiscal manifiesta al respecto que el derecho constitucional efectivamente vulnerado sería el que resulta del artículo 14 CE, que impone a los Jueces la igualdad en la aplicación de la ley. Ahora bien, y aún cuando hubiera resultado técnicamente más precisa la invocación del artículo 14 CE como fundamento constitucional de la demanda de amparo, no cabe estimar incorrecta la invocación al respecto del artículo 24 CE. Este Tribunal ha basado repetidamente su censura a la aplicación desigual de la ley por los órganos judiciales en casos esencialmente idénticos, en cuanto supusiera, por injustificada, una actuación contraria al principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos del artículo 9.3 de la Constitución (por todas, STC 63/1984, Fundamento jurídico 4.º). Y, ciertamente, una actuación manifiestamente arbitraria por injustificadamente desigual de un órgano jurisdiccional implica una denegación de la tutela judicial efectiva que garantiza el artículo 24 CE. En cuanto a la desigualdad de trato, pues, supone arbitrariedad manifiesta por parte del órgano judicial, cabe aducir, como base del amparo que se solicita, tanto el art. 14 como (así, en este caso) el art. 24 CE, en su dimensión de garantía de la tutela judicial efectiva”, discurso de muy profundo calado en cuanto arbitrador de principios rectores decisivos en este orden de magnitudes, tesis que ha sido reiterada en la ulterior Sentencia del propio TC 204/1990, de 13 de diciembre, resolución a la que antes hicimos referencia cuando aludimos a la necesidad de interponer el recurso extraordinario de revisión como medio para entender apurada la vía judicial ordinaria y poder acceder en su caso al postrer patrocinio garantista del TC.

## 6. ESPECIAL ALUSIÓN AL PRINCIPIO ANTIDISCRIMINATORIO

A) *Idea general*

De conformidad con lo que antes explicamos, el principio que estamos viendo no constituye una manifestación concreta del derecho abstracto a la igualdad, derecho que se agota en realidad en las dos manifestaciones antes dichas, sino y a lo sumo una especial cualificación de ellas, cuando el elemento diferenciador utilizado para la vulneración del mismo se adorna de una faz especialmente repulsiva por atentar de forma directa contra el derecho a la dignidad del injustamente desigualado.

Ello alegado, lo que se plantea es hasta dónde alcanza la posibilidad de denunciar la discriminación sufrida en su calidad de desigualdad cualificada, alternativa cuya practicidad llevada hasta sus últimas consecuencias sí que puede hacer aflorar una variante especial del derecho objeto de debate en su congruente enfoque jurisdiccional, tema que en relación con nuestro ordenamiento constitucional tiene que examinarse a la luz de la refundición que el principio antidiscriminatorio ha experimentado con el derecho a la igualdad “normal” en cuanto potencialidad debidamente destilada por el artículo 14 CE, refundición que cuenta con el autorizado antecedente del Derecho italiano, pero que no implica una *praxis* a seguir forzosamente siendo perfectamente admisible la regulación en dos preceptos diferentes del calendario derecho a la igualdad “común” y de aquél que en su vertiente negativa conecta con la prohibición material de análisis, prohibición en realidad, cuyo único destinatario es el correspondiente hacedor de normas o aplicador del derecho que bajo ningún concepto puede incidir en comportamientos jurisdiccionales o jurisdiccionales discriminatorios, ya que si así hiciere el derecho a la igualdad titularizado por cualquier español resultaría especialmente lesionado.

Ahora bien, teniendo en cuenta la conmixti3n que se ha operado en este orden de cuestiones por la vía del artículo 14 CE, el tratamiento de esta especial —por odiosa— desigualdad ilegítima, eventualmente impuesta por el susodicho hacedor de normas o aplicador del derecho, ha quedado desvaído en gran medida y ello ha sucedido en primer término porque en apelación a una hermeneusis unitaria del artículo 14 CE, el TC ha considerado que cualquier desigualdad irrazonable, sea cual fuere el criterio diferencial utilizado, es constitutiva de un acto discriminatorio, discurso que iniciado a través de la STC, de 10 de noviembre de 1981, ha trascendido sin fisuras a un número considerable de decisiones posteriores (ver las SSTC 99/1983, 1, 87, 93 y 99, todas de 1984; 20, 26 y 72, las tres de 1985, etc.), desvaimiento que también acredita como importante veta productiva la circunstancia de que toda denuncia de desigualdad discrimi-

natoria (por haberse utilizado como elemento diferencial alguno de los criterios de especial ominosidad y repelencia relacionada por el artículo 14 CE *in fine*) ha sido sometido al banco de pruebas común aplicándosele los tests de razonabilidad y proporcionalidad antes expuestos, dato que ha provocado una pérdida de sustancia considerable, a efectos de la logística defensiva a utilizar, de la interdicción discriminativa recogida por el pluricitado artículo 14 CE, efecto peyorativo para la misma a la que no es ajeno el propio redactor del meritado precepto que mixtificó con su comportamiento legisfehaciente el posible vigor resultante de la instrumentación de la prohibición debatida, mixtificación que vino de la mano de añadir a lo que debería haber sido una relación cerrada de criterios desparificadores particularmente repugnantes la fórmula de “cualquier otra condición o circunstancia, personal o social”, enunciación que tendió un puente de muy estimables proporciones entre la desigualdad “irrazonable” común y la desigualdad propiamente discriminatoria.

Todavía quedaba la posibilidad de que el calendado allegamiento jurisdiccional entre un tipo de desparificación injusta y otro pudiere desequilibrarse en beneficio del discriminado, cosa que hubiera sucedido a base de potenciar la necesidad de que el legislador jutificase en debida forma la razonabilidad de su quehacer normativo cuando utilizase como base de la desigualdad imputación jurídica que impusiese alguno de los criterios tildados como discriminatorios por el artículo 14 CE, provocando así no sólo un mayor control sobre la razonabilidad del mismo, sino también un desplazamiento de la carga de la prueba.

De todos modos, lo cierto es que tampoco esta línea jurisdiccional recibió consagración alguna y el TC se debatió en un océano de incertidumbres acerca de las relaciones que deben mediar entre el principio antidiscriminatorio y el derecho a la igualdad, binomio que lo máximo que provoca son determinadas aseveraciones délficas por parte de dicho Tribunal sin grandes repercusiones prácticas.

Concluyo este punto poniendo de relieve que teniendo este libro como objetivo básico ofrece una visión de conjunto de las categorías que nos sirven de referente indispensable para el tratamiento analítico de la extranjería, efectuar un estudio exhaustivo de los diferentes criterios de exclusión relacionados por el artículo 14 CE resultaría ahora totalmente descontextualizado, debiéndose consultar al efecto los libros que se ocupan monográficamente de esta materia, de entre los que sobresalen por sus dimensiones alegacionales el antes indicado de MIGUEL RODRÍGUEZ PIÑERO y M.<sup>a</sup> FERNANDA FERNÁNDEZ LÓPEZ.

En cualquier caso, al abordar directamente la inserción del extranjero en el seno del derecho a la igualdad ya tendré ocasión de referirme al tema en estricta relación con el mismo, así como a la influencia que la normativa

comunitaria ejerce en esta sede, alusión que acontecerá en la última porción de este trabajo y que siempre partirá de la base de que el meritado extranjero, aún acreditando derecho a ser tratado igualmente y a no ser, consecuentemente, discriminado, no es titular de las potencialidades alojadas bajo la frazada constitucional del artículo 14 CE.

## 7. EL EXTRANJERO Y EL DERECHO A LA IGUALDAD

### A) *Idea general*

Tras el conjunto de observaciones que han antecedido, afrontamos directamente la parte de este ensayo en la que vamos a evidenciar el engarce que media entre la posición jurídica del extranjero ubicado en España y el derecho a la igualdad en la ley y en la aplicación de la ley, enlace que puede entenderse en un sentido amplio y otro estricto, abrazando el primero de ellos cuestiones tan complejas como si es factible un trato desigual que favorezca, general o puntualmente, a los extranjeros en relación con los propios nacionales del Estado huésped, tema al que hemos hecho cabal alusión en otros pasajes de esta obra.

A su vez, el sentido estricto que vamos a analizar de inmediato puede examinarse bien en relación con el estudio de la posición jurídica del extranjero, considerada a la luz del derecho a la igualdad en su eventual cotejo con la del español, o bien centrado exclusivamente esta problemática en torno al parangón que cabe establecer entre extranjeros, dualidad de posibilidades cuya especulación acaecerá en el curso de estas reflexiones.

Tras este previo delineamiento expositivo paso ya al estudio concreto de los interrogantes que se plantean al respecto, refiriéndome en primer lugar a la igualdad que quepa exigir (o dispensar) entre españoles y extranjeros y haciendo lo propio en el segundo, pero sólo en la eventual comparación de unos extranjeros con otros, análisis en el que tendrá acusado protagonismo la teoría general que sobre la materia resulta destilada por la STC de 23 de noviembre de 1984, a la que nos hemos referido profusamente en las páginas precedentes.

### B) *Igualdad entre españoles y extranjeros*

#### a) *Idea general*

En méritos a un atendimento de la misma de carácter general y abstracto que afectase a ambas categorías de sujetos, no sería legítimo instrumentar un trato jurídico desequilibrador en cuanto a la tenencia disfrute



o ablación de un derecho o respecto al sometimiento de una obligación por el mero hecho de que el titular de tal derecho o el gravado por tal obligación fuese nacional o extranjero, debiendo existir en todo caso una justificación objetiva y razonable legitimadora de la desnivelación instaurada, siendo del propio modo rechazable una desaparición en el trato recibido en la aplicación (judicial o administrativa) de la ley asentada exclusivamente en la disimilitud personal dicha, aludiendo de esta guisa a las dos manifestaciones clásicas de igualdad en la ley en la aplicación de la ley.

Sobre la base de este entendimiento general del referente que va a constituirse en el catalizador al respecto, voy a distinguir cada una de las manifestaciones dichas, diferenciando en la primera de ellas (la de la igualdad en la ley) según que el derecho pluralmente conferible a los extranjeros y españoles fuese uno de tipología constitucional o, por el contrario, no acreditare tal condición y diferenciando en la hipótesis de igualdad en la aplicación de la ley la hipótesis administrativa y la netamente jurisdiccional.

b) *En la ley*

Esta alternativa del derecho a la igualdad que impide el establecimiento de diferencias preceptuales para supuestos de hechos idénticos en todos sus matices o parejos en lo fundamental, aún divergiendo en lo accesorio, salvo que el criterio diferencial disponga de una causa objetiva y razonable, acredita como fuente ordinamental de primer orden, del propio modo que la otra variante a la que luego nos referiremos, el artículo 14 CE objeto de persistente alusión a lo largo de estas páginas, precepto que viene a autonomizar y dotar de nervio constitucional al derecho abstracto e instrumental a la igualdad (siendo su complemento el artículo 10.1 de la propia CE en cuanto reconocedor del principio de dignidad y todos aquellos preceptos que establecen fórmulas de imputación de alcance globalizado e impersonal, fuente a las que hemos hecho también alusión, así como a su significado, en otros pasajes de este libro), artículo que en base a su propia enunciación subjetivadora, concebida exclusivamente en favor de los españoles, no puede ser de aplicación a los extranjeros, exclusión asentada en toda la serie de consideraciones que hemos expuesto en el capítulo I de este libro cuando enfocamos en concreto —y de forma monográfica— el sistema seguido por el CE en cuanto a la atribución de derechos constitucionales a los extranjeros por la vía de su artículo 13.1, exclusión por otra parte, marchamada por el TC en su carácter de intérprete y custodio supremo de la Constitución que en su pluricitada Senten-

cia de 23 de noviembre de 1984, al conocer de una presunta violación del calendado artículo, sentó literalmente en el apartado primero de su F. J. tercero que "Cuando el art. 14 de la Constitución proclama el principio de igualdad, lo hace refiriéndose con exclusividad a 'los españoles'. Son éstos quienes de conformidad con el texto constitucional, 'son iguales ante la ley' y no existe prescripción ninguna que extienda la igualdad a los extranjeros", premisa cuyo rezo sobre el particular no puede ser más claro, derivándose del mismo en primer término que los extranjeros no pueden prevalerse del *dictum* del artículo 14 CE en ninguna de las variantes de tuición integrantes de su dispositivo jurídico protectoral y en segundo lugar que el derecho a la igualdad que en su caso titularicen por lo tocante a la variante del mismo que estamos debatiendo tiene que acreditar otras fuentes de gestación, fuentes, por otra parte, de búsqueda imprescindible y a las que implícitamente se refiere el propio TC cuando, tras sentar su tajante afirmación de que el artículo 14 no es de aplicación a los extranjeros, afirma también que "La inexistencia de declaración constitucional que proclame la igualdad de los extranjeros y españoles no es, sin embargo, argumento bastante para considerar resuelto el problema, estimando que la desigualdad de trato entre extranjeros y españoles resulta constitucionalmente admisible, o incluso que el propio planteamiento de una cuestión de igualdad entre extranjeros y españoles esté constitucionalmente excluido. Y no es argumento bastante porque no es únicamente el artículo 14 de la Constitución el que debe ser contemplado, sino que, junto a él es preciso tener en cuenta otros preceptos sin los que no resulta posible determinar la posición jurídica de los extranjeros en España", razonamiento que centrando adecuadamente el problema reenvía la génesis del eventual derecho a la igualdad de los extranjeros a otras *ratios* constitucionales que unas veces acreditan un soporte muy general y otras un asidero rigurosamente individualizado, materializando el primero de los aludidos reclamos el ya indicado artículo 10.1 de la CE, en su consideración de positivador del principio de la dignidad, criterio que se constituye en fuente primaria de un principio de igualdad de corte muy general y multivalente y aludiendo a las segundas todos aquellos preceptos que anudan el indicado derecho a la igualdad al tema de la configuración subjetiva que quepa ofertar respecto a cada uno de los derechos considerados en su estricta mismidad, todo ello con independencia del propio vigor normativo de la Sentencia pluralizada y del alcance internizado que tienen en nuestro derecho interno los proveimientos que sobre el particular resultan extraíbles de los Instrumentos Internacionales objetivadores de los Derechos Humanos y a los que nos hemos referido con anterioridad en estas mismas páginas.

Dicho ello, vamos a diversificar el estudio de esta cuestión distinguien-

do entre derechos constitucionales y ordinarios en cuanto plural y convergentemente titularizados por españoles y extranjeros, dicotomía de efectiva agencia que es el constituyente del referente fundamental para saber cual es la tasa o dosis de igualdad en la ley que puede requerirse en la regulación de los mismos según que su tenencia y disfrute pertenezca a un nacional o a un no nacional.

aa) *Respecto a los derechos constitucionales.*—De conformidad con lo propuesto por la fórmula atributiva recogida por el artículo 13 CE, interpretada a la luz que sobre su sentido fue arrojada por las SSTC 107/1984 y 115/1987, los derechos pormenorizados en la CE y que se disciernen a los extranjeros son de dos clases: los que por su carácter esencial no permiten ningún tipo de diferenciación regulativa en méritos de la nacionalidad o extranjería de su concreto titular y los que por su carácter menos trascendente admiten tal disimilitud, si bien el potencial de diferenciación introducible al efecto acredita como límite infranqueable el correspondiente *standard* constitucional, siendo evidente que respecto a los derechos primeramente mencionados, no resulta factible introducir la extranjería de su eventual detentador como un elemento que permitiere una legítima regulación separada, teoría a la que alude de forma precisa la Sentencia del TC 107/1984, al sentar, en lo que nos interesa (y tras poner de relieve el carácter de derechos de conformación legal de que se apoderan los conferidos a los extranjeros), que “Esta configuración puede prescindir de tomar en consideración, como dato relevante para modular el ejercicio del derecho, la nacionalidad o ciudadanía del titular, produciéndose así una completa igualdad entre españoles y extranjeros, como la que efectivamente se da respecto de aquellos derechos que pertenecen a la persona en cuanto tal y no como ciudadano, o, si se rehúye esta terminología, ciertamente equívoca, de aquellos que son imprescindibles para la garantía de la dignidad humana, que, conforme al art. 10.1 de nuestra Constitución, constituye fundamento del orden político español. Derechos tales como el derecho a la vida, a la integridad física y moral, a la intimidad, la libertad ideológica, etc., corresponden a los extranjeros por propio mandato constitucional, y no resulta posible un tratamiento desigual respecto de ellos en relación a los españoles”.

Así, pues, en méritos a esta expresa aseveración interpretativa, que acredita valor normativo de conformidad con el régimen que lidera la actuación del TC, los extranjeros acreditan un derecho a la igualdad instrumental, absoluto y abstracto, en relación con los derechos fundamentales de la persona humana, derecho constitucionalizado en favor de los mismos en méritos del pasaje resolutorio que acabamos de transcribir, porción decisoria que sanciona la absolutividad aludida en función de que

bajo ningún pretexto sería legítima la introducción para la pesquisa y hallazgo de una razón seria y objetiva permitiente del trato diferencial eventualmente instrumentado por alguna norma doméstica, derecho general a la igualdad en este orden de cosas que se solapa al que del propio modo resulta de aquellos preceptos constitucionales que al positivizar los derechos absolutos a los que venimos aludiendo hacen uso de las consabidas fórmulas de imputación ya conocidas (“Todas las personas”, “Todos”, “Nadie”, etc.) y cuya hipotética vulneración resulta perfectamente residenciable ante las pertinentes instancias constitucionales de tuición, derecho, pues, de plasmación jurisdiccional y que acredita como tentáculos básicos el pluricitado artículo 10.1 y aquellas normas que desde instancias internacionales se ocupan de la materia (y que nosotros hemos analizado precedentemente).

Ahora bien, dentro del grupo de derechos constitucionales que por la vía del artículo 13.1 de la CE les son otorgados a los extranjeros ubicados en España existen otros distintos de los que acabamos de mencionar, que si bien no disponen de la vitola de ultraesenciales para el pleno desarrollo de la dignidad humana no pueden recibir —en cuanto integrados en el tejido de la CE— una configuración que no respete el techo constitucional, si bien, y teniendo en cuenta su menor vigor óntico, resulta legítimo instrumentar su regulación de forma distinta según que su titular sea un nacional o un extranjero, tesis a la que alude inequívocamente, por lo menos en relación con alguno de sus componentes considerativos, el TC en su Sentencia de 23 de noviembre de 1984, al señalar que “Puede también, sin embargo, introducir la nacionalidad como elemento de definición del supuesto de hecho al que ha de anudarse la consecuencia jurídica establecida y en tal caso, como es obvio, queda excluida *a priori* la aplicación del principio de igualdad como parámetro al que han de ajustarse en todo caso las consecuencias jurídicas anudadas a situaciones que sólo difieren en cuanto al dato de la nacionalidad, aunque tal principio haya de ser escrupulosamente respetado en la regulación referida a todos aquellos situados en idéntica relación con el dato relevante”, cuestión que en su enlace con el derecho abstracto a la igualdad en la ley que estamos viendo determina el que el mismo no opere en este orden de magnitudes, inoperatividad de rasgos absolutos y en los que la introducción del factor nacional no requiere justificación de ningún tipo, presumiéndose, *iuris et de iure*, que su vigencia acredita una causa objetiva y razonable en cuanto legitimador de la desaparificación introducida en la norma, no cabiendo, por tanto, ninguna posibilidad de indagatoria al efecto.

Así, pues, en el contexto de los derechos constitucionales no esenciales (por ejemplo, los de reunión, asociación y manifestación), resulta factible imponer una regulación distanciada de los mismos en razón de la concreta

ciudadanía nacional o extranjera de su titular, a diferencia de lo que sucede con los hiperbásicos, de conformidad con lo que acabamos de evidenciar en las líneas precedentes, aunque focalizando la cuestión desde posicionamientos especulativos amplios, cabría vislumbrar alguna manifestación concreta del principio de igualdad en la ley en este ámbito, y es la de que, aún situándose en distintos niveles de dimensión fructuaria, los derechos insertos en la CE conferidos a los españoles y extranjeros deben medirse por el mismo rasero constitucional sin que la configuración que resulte legítimo aportar a los de estos últimos, aún siendo diferente de la de los primeros, puede descender del umbral constitucional exigido por la CE.

En vista de ello, podemos concluir el análisis de esta temática extrañando dos conclusiones cardinales: a) En sede de los derechos constitucionales no hiperbásicos los extranjeros no pueden prevalecerse de ningún derecho a la igualdad de la ley de concepción similar a la prevista por el artículo 14 CE; b) Sin embargo, si que resultan protegidos por una manifestación amplia de tal premisa igualitaria y que es la que materializa en la idea de que el impulso de la desigualdad admisible en este orden de cosas no puede llegar a desnaturalizar la constitucionalidad del derecho sobre el que se proyecte, tema tratado en relación con los de reunión, manifestación y asociación por la STC 115/1987, objeto de cabal comentario en otros pasajes de este libro.

ab) *Respecto a los derechos no constitucionales.*—Continuando en este mismo orden de magnitudes expositivas, y siempre en relación con el tema crucial que nos ocupa, tengo que poner de relieve que el caudal de capacitación del extranjero oportunamente ubicado en España no se agota con la tenencia por parte del mismo de los derechos constitucionales a los que en su manifestación dual nos hemos referido precedentemente (es decir, los ultraesenciales y los simplemente esenciales), sino que también tal sujeto de derecho deviene asignatario de los que le sean resignados por la legislación ordinaria, atribución de derechos que del propio modo debe ser contrastada desde el punto de vista de la igualdad en la ley, homologación que nos conduce a la tesis de que tampoco en tal supuesto los extranjeros acreditan ningún derecho a la igualdad de concepción globalizadora similar a la propugnada por el artículo 14 CE y ello porque la doctrina del TC, incorporada a la S. de 23 de noviembre de 1984, así lo ha decidido, al imponer una especie de igualdad *ad casum*, por derecho concreto y singular, y no de perfiles universales, doctrina que entre otras cosas, viene a desactivar una eventual interpretación potenciadora de las enunciaciones que sobre la igualdad, en su versión más general, se contienen en los Instrumentos Internacionales sobre los Derechos Humanos, y a las que ya nos hemos referido.

Así, pues, en el caso de los derechos no constitucionales de los extranjeros (sean o no de esta tipología para los españoles) el allegamiento o desallegamiento que pudiere imponerse según que su disfrute compete a los nacionales o a los no nacionales es de estricta instrumentación (*ad casum*) legal, circunstancia que imposibilita el hablar de igualdad en la ley en este orden de cosas, tesis que encuentra su apoyo en el indubitado discurso del TC al respecto proveniente de la Sentencia últimamente explicitada y que sienta *ad literis* que “El problema de la titularidad y ejercicio de los derechos, y más en concreto, el problema de la igualdad en el ejercicio de los derechos, que es el tema aquí planteado, depende, pues, del derecho afectado. Existen derechos que corresponden por igual a españoles y extranjeros, y cuya regulación ha de ser igual para ambos; existen derechos que no pertenecen en modo alguno a los extranjeros (los reconocidos en el artículo 23 de la Constitución según dispone el artículo 13.2 y con la salvedad que contienen); existen otros que pertenecerán o no a los extranjeros según lo dispongan los tratados y las leyes, siendo entonces admisible la diferencia de trato con los españoles en cuanto a su ejercicio”.

Vemos, pues, que tratándose de los derechos de creación legal (no constitucional) o convencional a los que alude la última parte del pasaje decisorio que acabamos de transcribir, único que nos interesa ahora, los extranjeros no pueden argüir ningún principio de igualdad en la ley, sino que será el propio texto legal (ordinario) creador de los mismos (o el trato, en su caso) el que determine qué grado de parificación o desparificación debe mediar en cada caso por lo tocante al del disfrute del derecho en cuestión según que su concreto detentador sea extranjero o español, sin que tal legislador (ordinario) deba preocuparse lo más mínimo en motivar de forma objetiva y razonable su decisión separadora entre unos y otros, fundamentación a cuya necesidad en modo alguno alude tal pasaje, que se constituye en la fuente normativa primordial del derecho absoluto a la desigualdad normativa a utilizar en su caso por los titulares de poder legisfahaciente (ordinario) o convencional del Estado.

En cualquier caso, lo que debe quedar claro es que el único factor diferencial de introducción legítima en este contexto de jurisdicción ordinaria es el de la nacionalidad y ningún otro, con lo que la eventual utilización de otros motivos distintos de diferenciación tales como la raza, sexo, etc., podrían perfectamente encajar en el ámbito de tutela antidiscriminatoria del que puede hacer uso el extranjero discriminado, dispositivo de posibilidades de tuición que le es ofertado no por el artículo 14 CE, que en su globalidad queda sustraído de la esfera jurídica del no nacional, sino por todos aquellos que desde concretas logísticas internacionales de tutela de los Derechos Humanos se encargan de establecer en su engranaje operativo estrategias antidiscriminatorias, mecanismos protectores a los que

con anterioridad nos hemos referido, dispositivos, sin embargo, de eficacia menguada en el ordenamiento interno dada la imposibilidad de que los mismos permitan acceder —en la hipótesis de su infracción— a las instancias jurisdiccionales de naturaleza constitucional.

c) *Igualdad en la ley entre extranjeros*

En este supuesto, y partiendo del hecho anteriormente advertido de que el artículo 14 CE no es de aplicación en ningún caso cuando se trate del hipotético parangón normativo de los extranjeros con los españoles, tampoco lo es, y ello con mayor razón, cuando se trate de eventuales comparaciones entre extranjeros, circunstancia que determina que la potencial igualdad que sea propugnable entre los mismos acredite otras fuentes de legitimación, fuentes que son tanto de orden interno (el principio de dignidad al que se refiere el artículo 10.1 CE) y de orden internacional, aludiendo así a aquellos preceptos que consignados en los Instrumentos Internacionales interestatales oportunamente positivadores de los Derechos Humanos se ocupan de esta cuestión (y a los que con anterioridad nos hemos referido), siendo de destacar acerca de este punto que la fundamental teoría que sobre la materia emerge de la STC de 23 de noviembre de 1984, y a la que hemos aludido con profusión en las páginas anteriores dado su incuestionable valor al respecto, tampoco deviene de aplicación al supuesto que nos ocupa, dado que la misma enroca su meollo epistemológico en el circunscrito contexto del eventual cotejo de los españoles y extranjeros y no cuando éste opera con exclusividad entre estos solos.

Tras este apunte normológico acerca de las fuentes germinadoras del derecho a la igualdad en la ley de los extranjeros ubicados en España, lo que es evidente es que su impacto sobre la normativa que les atina ha sido más bien magro porque si en algo se caracteriza la preceptiva sobre la extranjería es en el acuñamiento de un verdadero caleidoscopio ordinamental en relación con la diversidad de trato de unas categorías de extranjeros y otras, aunque en honor de la verdad el mismo sólo se proyecta sobre los derechos no constitucionales y en concreto —y básicamente— sobre los derechos de ingreso y estancia, facultades agenciales de deambulación y aposentamiento territorial objeto de una regulación ordinamental diversificadora a conciencia, ya que un mismo supuesto fáctico —el de la entrada y permanencia en España de un extranjero— recibe un caudal de imputación jurídica absolutamente divergente, diferencia generalmente impuesta por lo tocante a la entrada por vía convencional y en lo que respecta a la estancia, por ésta y por la estrictamente doméstica.

En cualquier caso, y aplicando la teoría general sobre la materia pro-

cedente del Tribunal de Derechos Humanos de Estrasburgo (teoría plenamente aquiescida por nuestro TC, tal como hemos dejado ya reseñado precedentemente) la aludida diferencia de trato normativo resulta legítima siempre que se funde en criterios objetivos y razonables, criterios que se materializan en las causas de preferencia que adornan a los extranjeros con potencialidades jurídicas incentivadas, circunstancia que determina la legitimidad del proceder legisfehaciente diferenciador al que acabamos de hacer alusión, aunque es de tener en cuenta que tal legitimidad resultaría bastante más discutible si la pluricitada desequiparación normativa se hiciere valer en sede de los derechos fundamentales.

Continuando con el desbrozamiento de esta temática tengo que puntualizar que dentro de cada categoría preceptiva “preferente” sí que debe actuar con todo rigor las exigencias de trato igualitario que en obsequio a las fuentes del mismo antes referidas impiden cualquier comportamiento normativo discriminador, siendo al efecto resaltable el dato de que con ocasión de la publicación del Reglamento de la LOE se ha planteado con toda su crudeza el tema, ya que en principio parece que el hacedor del mismo no ha respetado tal principio en relación con los extranjeros iberoamericanos, ya que al ofrecer sus servicios ejecutivos y de intermediación respecto a la normativa legal conferidora de privilegios en este orden de cosas (consignada en el artículo 18 del texto preceptivo dicho) tal hacedor de jurisdicción reglamentaria ha omitido la meritada categoría de extranjeros, hurtándoles del goce de determinados privilegios efectivamente conferidos a otras (categorías) asimismo relacionadas en dicho precepto, rompiendo así la paridad subjetiva impuesta por el indicado artículo 18 de la LOE e infringiendo no sólo el principio de legalidad, sino también el de igualdad tal como aparece concebido por las fuentes antes evidenciadas, tema que recientemente ha sido objeto del pertinente debate jurisdiccional materializado en la STS de 25 de febrero de 1991, resolución en la que con motivo de depurarse la legalidad de una Sentencia de Instancia confirmadora de una denegatoria administrativa de una petición de permiso de trabajo deducida por la empleante de una súbdita de la República Dominicana, alegándose por las Autoridades competentes que la situación nacional de empleo no aconsejaba su conferimiento, se decantaron, en lo tocante al punto de las preferencias antes dichas, dos posiciones antinómicas: la prevalenciente —en cuanto mayoritaria— y la sustentada por un magistrado discrepante, aduciéndose literalmente en la tesis que prosperó, en lo que nos interesa peculiarmente, que “Alega la apelante que aunque la concesión o no de los permisos de trabajo y residencia forme parte del contenido de la actividad discrecional de la Administración, en un estado de derecho la potestad administrativa, incluso la de este tipo está reglada y sujeta a la supremacía de la ley; pero en el presente caso el uso de la



potestad administrativa se ha ajustado a las previsiones de la Ley Orgánica 7/85, de 1 de julio, cuyo art. 18 dispone que en la concesión del permiso de trabajo se tendrá en cuenta como circunstancia la existencia de trabajadores españoles en paro en la actividad que se proponga desempeñar el solicitante, y a lo que expresamente dispone el art. 37.4 de su Reglamento aprobado por Real Decreto 1119/86, de 26 de mayo, que impone preceptivamente la denegación del permiso cuando lo aconseje la situación nacional de empleo, a juicio de la autoridad laboral, dejando a salvo lo previsto en el art. 38 del propio Reglamento, precepto este que contempla situaciones preferenciales para la concesión del permiso “sin considerar la situación nacional de empleo”, pero entre las que no figura la de ser súbdito de país iberoamericano. A tal efecto, es preciso puntualizar que el régimen preferencial diseñado en el art. 18.3 de la expresada Ley Orgánica es objeto de desarrollo en el capítulo tercero de su Reglamento, tanto en el art. 38 a propósito de la concesión del permiso de trabajo B, en favor de los extranjeros que acrediten hallarse en cualquiera de los supuestos relacionados en su apartado 1, en lo que así interesa, que son los únicos en los que no puede tomarse en consideración la situación nacional de empleo, como en el art. 39, en cuyo apartado 2 se contempla, entre otros, a los nacionales de países iberoamericanos para reducir a dos años el plazo ordinario exigido en el apartado 2.a) de este mismo artículo para la obtención del permiso de trabajo C. Esta regulación reglamentaria, que viene a desarrollar el art. 18.3 de la Ley Orgánica 7/85 a modo de complemento indispensable para la operatividad del régimen preferencial diseñado en líneas generales en este precepto legal, encuentra apoyo en la habilitación otorgada al Gobierno en la disposición final primera de dicha Ley, en relación con lo que se dispone al efecto en el art. 19.3 de la misma, para determinar reglamentariamente el alcance de las preferencias que deben otorgarse según lo establecido en el referido art. 18, de todo lo cual resulta que el legislador se ha limitado a definir los supuestos preferenciales para la obtención y, en su caso, renovación de los permisos de trabajo apoderando ampliamente al Gobierno, como exige la naturaleza de esta materia, para precisar su alcance en cada uno de aquéllos y en esta misma línea se inserta la habilitación conferida en el art. 42 del Reglamento, al Ministerio de Trabajo y Seguridad Social para modificar —no para sustituir *in totum*— el alcance de las preferencias reguladas en los artículos anteriores en función de la variación de la situación nacional de empleo y del trato de reciprocidad que reciban los españoles, tesis que fue la que prosperó, pero que fue rebatida por el aludido magistrado discrepante en cuyo “Voto Particular” se dice literalmente: “Comparto los fundamentos de derecho de la Sentencia excepto el tercero, por cuanto que dentro de la exigencia de una actividad reglada, estimo que, dada la condición de

iberoamericana de la recurrente, no se ha respetado la norma de preferencia para la concesión del permiso de trabajo, que se establece en el artículo 18.3.f de la Ley 7/85, y que el sumario rechazo de esa preferencia en la sentencia de primera instancia, al ser reproducida la alegación de la misma en la apelación, reclamaba una profundización en el análisis de la misma, que debiera conducir al éxito de la demanda. La Sentencia da por bueno que en este supuesto el desarrollo reglamentario de la Ley, que impone su artículo 19.3, el artículo 38 del Reglamento no haya recogido entre los supuestos excluidos de la consideración de la situación nacional de empleo el de la condición de iberoamericano, aceptando la perfecta legalidad del Reglamento, al tratar de modo diferenciado, y menos ventajoso que los demás supuestos de preferencia, el de los iberoamericanos, para el que acepta que la simple ventaja establecida en su artículo 39 en relación con el permiso C es bastante para dar contenido al art. 18.3.f de la Ley. Es precisamente en este particular en el que surge mi discrepancia, en el sentido de que el desarrollo reglamentario de la Ley, al referirse a la situación de los iberoamericanos y omitirlos en el art. 38, es contrario a la Ley, y lesivo de la situación de aquéllos a los que se discrimina indebidamente de los titulares de las demás preferencias establecidas en el artículo 18.3 de la ley, si no se supera la omisión en una superación integradora. Segundo.—Analizando la regulación de la ley se comprueba que en ella existe una total equiparación entre los distintos supuestos acreedores de preferencia del artículo 18.3, lo que supone una restricción de partida para el ulterior Reglamento, que no podrá establecer diferenciaciones entre ellos, so pena de discriminación vedada. No se trata de que antes de la ley exista una exigencia de equiparación de supuestos, sino de que, establecida en ella esa equiparación, en una opción que bien podía haber sido de otro signo, no cabe después que el Reglamento la desconozca. Si tal ocurre puede resultar lesionado no ya el principio de legalidad —art. 9.3 CE—, sino el mismo principio de igualdad (art. 14), como en supuestos, ajenos a esta materia, pero de problemática similar en el aspecto formal de la relación Ley-Reglamento, tuvo ocasión de pronunciarse el Tribunal Constitucional —STC 209/1987 y 78/1990 y 4/1991—. El Reglamento podrá dar a la preferencia un contenido u otro, y eso es lo que confía el art. 19.3 de la ley, lo que no cabe es que dé contenidos diferentes a supuestos que la ley no diferencia. No es admisible que el Reglamento degrade un supuesto que la ley situaba al mismo nivel que los demás. El complemento de la ley en cuanto al alcance de las preferencias que ella establece en el art. 18.3, se encuentra en el artículo 39 del Reglamento, por lo que, aunque en éste no se mencione el supuesto de preferencia del art. 18.3.f de aquélla, en un integración interpretativa de ambos preceptos debe atribuirse al supuesto silenciado en el Reglamento, y previsto en la

ley, el mismo contenido de preferencia que aquél regula para los supuestos que sí prevé. En definitiva el único real contenido objetivo de las preferencias reguladas en el Reglamento es el de no considerar la situación nacional de empleo como límite para la concesión del permiso, y esa ventaja que el Reglamento podía reconocer o no, no puede atribuirse a la generalidad de los supuestos del art. 18.3 de la ley, y negarse al del apartado f. Tercero.—En realidad en este contenido objetivo de la preferencia, no existe novedad alguna, sino que en este punto el régimen reglamentario actual es continuación del precedente. En efecto en éste, constituido por el D. 1870/1968, se establecía en su artículo 9 un derecho preferente de los españoles para ocupar el puesto de trabajo ofrecido al extranjero, disponiéndose al efecto en el artículo 28 la publicidad de la solicitud del extranjero; sin embargo, según lo dispuesto en el artículo 11, se excluían de los dispuesto en el artículo 9 una serie de supuestos, en los que “se otorgará... el Permiso de Trabajo, sin considerar la situación nacional de empleo”, entre los que se encontraban prácticamente los que se recogen en el artículo 38 del nuevo Reglamento. En aquel elenco de supuestos que se mencionaba el del actual art. 18.3.f de la Ley 7/85; pero ello no tiene una fácil explicación, que se expresa en el preámbulo de la Ley 118/69, de 30 de diciembre: la equiparación con los trabajadores españoles de los trabajadores hispanoamericanos, portugueses, brasileños, andorranos y filipinos establecida en los Convenios de Cooperación Social suscritos con la mayoría de los países de aquella Comunidad, que cristaliza con carácter de generalidad en esta ley. No se establecía la preferencia que ahora nos ocupa, por la sencilla razón de que la misma reza con el otorgamiento del permiso de trabajo, y no tiene sentido respecto del que no necesita del permiso. La situación de los extranjeros a que se refiere el actual art. 18.3.f de la Ley 7/85, era a partir de la Ley 118/69, más ventajosa que la de los titulares de la preferencia del art. 11 del D. 1870/1968, y no menos. Esa era la situación inmediatamente precedente al régimen hoy vigente. Llegados a él, dada al derogación de la Ley 118/69 (disposición derogatoria de la Ley 7/85), la condición de los iberoamericanos..., etc., se convierte en criterio de preferencia, equiparándola a las demás. En tal sentido es harto expresivo el preámbulo de la ley: “Si una ley sobre derechos y libertades de los extranjeros no es lugar adecuado para plantear el tema de la nacionalidad, sí lo es, en cambio, para favorecer aquellos supuestos en que sea presumible un mayor grado de adaptación a la vida española. Circunstancias como el nacimiento en España, el parentesco o el tiempo de permanencia merecen una consideración preferente para la obtención de los permisos respecto de otras situaciones de extranjería más ocasionales. Dentro de esta línea merece destacarse la preocupación de la Ley por un tratamiento preferencial en favor de los iberoamericanos, portugueses,

filipinos, andorranos, ecuatoguineanos, sefardíes y de los originarios de la ciudad de Gibraltar, por darse en ellos los supuestos de identidad o afinidad cultural, que les hacen acreedores a esta consideración". Preocupación de la ley por un tratamiento preferencial por los iberoamericanos..., etc., alineamiento de la preferencia de éstos con las demás determinantes de preferencia, y conexión de las preferencias con el tema de la adquisición de la nacionalidad son, pues, elementos interpretativos de la más sólida importancia, para ponderar en el marco ordinamental constituido por la ley y el Reglamento, si el sentido que aquellas atribuye a la preferencia que nos ocupa, se respeta en éste o no. Desde otro punto de vista, y para medir la significación que tiene en nuestro ordenamiento jurídico la condición que examinamos, es pertinente tener en cuenta también el régimen de nacionalidad en el que aquélla se privilegia de modo especial, según se infiere de lo dispuesto en los artículos 22 y 23 del Código Civil. No parece que si ese es el tratamiento que se dispensa a esa condición en las normas de rango de ley, en el desarrollo reglamentario de la de extranjería pueda negarse a los que la ostentan la ventaja que sí se reconoce a las personas incluidas en otros supuestos de preferencia de la ley. La norma definidora del contenido objetivo de las preferencias es el artículo 38 del Reglamento, en el que, como antes indicamos existe una continuidad respecto al pasado. No es admisible que si la ley no contiene dato alguno evidenciador de un propósito de degradación de la condición de iberoamericanos..., etc., respecto de los demás supuestos de preferencia (y que no lo tiene es claro, cuando en el preámbulo de la misma se destaca "la preocupación de la ley por tratamiento preferencial en favor de los iberoamericanos..."), un supuesto, que en nuestro ordenamiento jurídico, desde otras perspectivas más exigentes, cual la de la nacionalidad, es claramente diferencial respecto a la situación de otros extranjeros, acabe a la postre equiparándose al de éstos, pues tal ocurre si a los iberoamericanos..., etc., se les supedita, lo mismo que a los extranjeros de otro origen, a la situación nacional de empleo. El dato sistemático de que en el Reglamento aprobado por el R.D. 1119/86 sólo se habla de preferencias en el art. 38, es fundamental en este caso, para ponderar si la omisión en él de los iberoamericanos... etc., se acomodó o no a lo dispuesto en los arts. 18.3 y 19.3 de la ley. Definida la preferencia en el Reglamento, la falta de atribución de la misma a los sujetos incluidos en el art. 18.3.f de la ley, en la medida en que supone una restricción subjetiva del régimen preferencial de la ley, debe ser trascendida, prescindiendo de esa restricción, y aplicando al supuesto legal omitido el régimen reglamentario de la preferencia, establecido para los demás supuestos expresados en él. Cuarto.—No parece aceptable la idea de que al establecerse en el art. 39.2 del Reglamento, regulador de los permisos de trabajo C, una ventaja respecto a los iberoamericanos... etc.,

con ello quede cumplida la remisión del art. 19.3 de la ley, al determinar el alcance de la concreta preferencia del art. 18.3.f. Debe traerse aquí a colación el significado sistemático del art. 38 del Reglamento, al ser en él donde se regulan las preferencias, lo que margina de ese significado sistemático la ventaja del régimen del permiso C. Pero es que, aún aceptando a los meros efectos dialécticos, que formalmente la concreta ventaja, que ahora nos ocupa, baste para dar contenido a la remisión, que hace el art. 19.3 al Reglamento, en el sentido de la posibilidad de un tratamiento plural, y no unitario de las preferencias, a la hora de trazar supuestos diferenciados, debe examinarse desde una perspectiva constitucional, si es razonable ese tratamiento reglamentario. Para ello sería preciso que la concreta ventaja atribuida a los iberoamericanos..., etc., en el art. 39 para la obtención del permiso C tenga un contenido real y una utilidad normativa. Al respecto debe observarse que en el análisis conjunto de los distintos tipos de permisos de trabajo, el permiso C constituye un estado final, al que sólo se accede previo paso por el que representa el permiso B. En tal sentido, si no se puede llegar al último estadio, porque no se pueden superar las dificultades que cercan la consecución del anterior, mal puede sostenerse que en un orden de realidades se esté dando un contenido efectivo a la preferencia del apartado f. del art. 18.3 de la ley. Si la situación nacional de empleo impide a los iberoamericanos..., etc., obtener un permiso de trabajo B, mal puede llenar el tiempo de trabajo exigido para que pueda tener alguna virtualidad real la ventaja que se les reconoce en la obtención del permiso C. Sólo sobre la base de inexistencia de modo de obra española podría haber conseguido antes el permiso B, y podían haber trabajado durante el período preciso para obtener el permiso C. Más sobre la base de tal hipotética situación previa, en ella su condición sería igual que la de otros extranjeros, que en esas mismas circunstancias también podrían haber obtenido el permiso B. La utilidad normativa de la preferencia para la obtención del permiso C se desdibuja, además, habida cuenta de que en esas circunstancias de período de residencia en España el iberoamericano..., etc., podría conseguir la nacionalidad española por residencia, y ello sin pérdida de la suya de origen, dado lo dispuesto en los artículos 22 y 23 del Código Civil, con lo que ni tan siquiera le es de significativa utilidad la ventaja que comentamos. No parece así razonable el tratamiento diferencial que se da en el Reglamento al supuesto de los iberoamericanos..., etc., en comparación con los demás supuestos de preferencia legal, con lo que no es lógico sostener que el solo art. 39 del Reglamento pueda ser el adecuado complemento legal de los artículos 18.3 y 19.3 de la ley. Aceptar lo contrario, sería admitir un tratamiento desfavorable y discriminatorio respecto a una hipótesis legal, no concebida en tales términos, remitiéndonos, para condenar tal posibilidad, a la doctrina

contenida en las Sentencias del Tribunal Constitucional antes citadas (SSTC 209/87, 78/90 y 4/91). La realidad social del momento, como ámbito de referencia en la interpretación de la ley (art. 3. CC), era en el de la Ley 7/85 de una dramática situación de desempleo, pese a lo cual la ley no dudó en atribuir a los iberoamericanos... etc., una preferencia, enfatizando además en su preámbulo sobre su preocupación por otorgarla. No es razonable sobre esas bases, que el Reglamento pueda devaluar la significación real de esa preferencia, reconocida en la ley, dejándola prácticamente sin contenido. No puede verse, por tanto, en el Reglamento traba alguna para dotar de la efectividad real a la preferencia que el art. 18.3.f reconoce a los iberoamericanos..., etc., lo que se consigue con la interpretación integradora que ya quedó explicada. Ha de concluirse, por tanto, que la apelante, por su condición de iberoamericana, puede obtener el permiso de trabajo, sin atención a la situación nacional de empleo, y al no reconocerlo así la Sentencia apelada, que confirmó las resoluciones administrativas recurridas, se impone su revocación, y la estimación del recurso contencioso-administrativo, por ser las resoluciones denegatorias del permiso contrarias al derecho, conforme a lo dispuesto en el art. 48.2 de la Ley de Procedimiento Administrativo, lo que impone su declaración de nulidad, y el reconocimiento del derecho de la recurrente a la concesión del permiso de trabajo”.

### C) *En la aplicación de la ley*

#### a) *En relación con los nacionales*

En cuanto a esta vertiente del derecho de igualdad, la máxima tensión se suscita en relación a una variante del mismo que acredita evidente autonomía, y que es aquella que entre en juego cuando los extranjeros se ven implicados en una contienda jurisdiccional con un español asumiendo las sendas posiciones procesales de demandante o demandado, querellante o querrellado, hipótesis en las que se plantea el problema de si la requerida, en términos generales, igualdad interprocesal subjetiva debe respetarse al máximo o si, por el contrario, el dato de la extranjería implica una posición *ad peius* para el jurisdiccionalmente involucrado no nacional, tema que trataremos extensamente cuando abordemos de forma monográfica el estudio del Derecho a la tutela efectiva judicial en su eventual titularización de extranjeros, lugar en el que pasaremos debida y puntual revista a las distintas instituciones que afectan, más o menos privilegiada o discriminatoriamente, al postulante o interesado procesal (Civil o Criminal) extranjero (caución de arraigo en juicio, especialidades en materia de fianzas y embargos preventivos, reciprocidad, privilegios de jurisdicción, etc.).

En lo tocante a la faceta clásica del derecho a la igualdad en la aplicación (judicial o administrativa) de la ley, entiendo que en su calidad de derecho fundamental que acredita todo justiciable (judicial o administrativo) a que el precedente dimanante del mismo órgano que decida no se altere de forma arbitraria o irrazonable, el mismo encaja perfectamente en el marco operacional de exigencia delineado por aquellos preceptos que desde los Instrumentos Internacionales positivadores de los Derechos Humanos (y que ya hemos analizado con anterioridad) se ocupan de esta problemática, queriendo ello decir que los extranjeros titularizan un perfecto derecho a exigir tal igualdad aplicativa, simplemente porque así lo imponen tales textos, exigencia, por otra parte, que queda oportunamente reforzada desde vertientes normativas estrictamente domésticas por la entrada en juego en este orden del pensamiento jurídico del principio de dignidad debidamente sancionado por el artículo 10.1 CE.

b) *En relación con los extranjeros*

Esta hipótesis sólo resulta planteable cuando ambas partes procesales (demandantes o demandados, querellantes o querellados) son extranjeros, supuesto de procedibilidad en el que el principio de igualdad de armas que ha de liderar el *iter* jurisdiccional debe regirse por un depurado régimen paritario, siendo ello una simple consecuencia del dato de que el derecho a la tutela efectiva judicial se revista del carácter de hiperesencial y unitario, resultando por ello de imposible desaparificación para los justiciables, sea cual fuere la concreta nacionalidad de los mismos.

D) *Posición de la jurisprudencia al respecto*

Releyendo las Sentencias del Tribunal Supremo y de los Tribunales Superiores de Justicia se observa claramente que para tales órganos jurisdiccionales la eventual alegación por parte de los justiciables extranjeros de presuntas violaciones del derecho genérico y abstracto a la igualdad patrocinado por el artículo 14 CE ha devenido perfectamente asumible, aceptándose sin tapujos su potencial invocación por parte de los mismos y ello pese a toda la suerte de consideraciones que con anterioridad vertimos tendentes a poner de manifiesto su inaplicabilidad en relación con tales extranjeros, invocación que ha llegado a ser particularmente fructífera en un triple orden de cuestiones. En primer término, en el ámbito de las demandas presentadas contra los acuerdos denegatorios de la colegiación de determinados odontólogos hispanoamericanos provenientes de los correspondientes colegios profesionales españoles. En segundo lugar, en el

contexto de la impugnación judicial de la denegación administrativa de visados especiales y, en último término, en relación con los procedimientos de expulsión.

De todos modos, esta *praxis* jurisdiccional, que posibilita, en última instancia, el uso por parte del extranjero postulante del procedimiento contencioso administrativo de trámites abreviados convenientemente disciplinado por la Ley 62/1978, responde más bien a una evidente y deseada incentivación de la corriente *pro actione* que a estrictas razones de fondo, e implica, dicho sea en un inciso, una innegable desarmonía entre el *modus operandi* seguido por la jurisdicción ordinaria y aquel al que se atiene el Tribunal Constitucional, órgano cuya doctrina esencial sobre el particular aparece materializada en la tesis emergente de su Sentencia de 23 de noviembre de 1984, resolución (antes ya comentada) cuyo discurso jurídico resulta bastante distanciado del conferimiento a los extranjeros del derecho a la igualdad patrocinado por el artículo 14 CE.

Sin embargo, la aludida divergencia criterial no aparece plenamente consolidada, ya que no siempre el TS ha admitido la delimitación del objeto procesal sobre el que incidir en este sector a base de entenderlo conformado mediante invocaciones al pluricitado artículo 14 CE por parte de los justiciables extranjeros postulantes y así en su Sentencia de 27 de noviembre de 1989, frente a un hipotético comportamiento discriminatorio activado por una determinada empresa nacional en relación con un demandante no nacional se sostuvo literalmente, en línea con lo mantenido por el TC, que “Lo segundo, la igualdad entre españoles y extranjeros, no está reconocida en el artículo 14 de la Constitución que tolera, como reconocen las Sentencias de 23 de noviembre de 1984 y de 7 de julio de 1987, que a efectos de trabajo, tal igualdad no sea absoluta, permitiendo la exigencia de un permiso de trabajo por la legislación interna española”.

Frente a esta posición puntualizadora y restrictiva, lo cierto y verdad es que el TS ha admitido francamente —y sin grandes preocupaciones dogmáticas— las postulaciones provenientes de extranjeros en las que la *ratio* de la *causa petendi* desenvuelta consista precisamente en la infracción en su contra del artículo 14 CE, constituyendo acabada muestra de ello (y la cita vale por todas) su Sentencia de 13 de noviembre de 1990, resolución en la que el demandante, frente a una concreta denegatoria de su pretensión de colegiación como odontólogo proveniente del colegio profesional respectivo (denegación fundamentada en el hecho de no aportarse por el peticionario los permisos de residencia y trabajo exigidos por la normativa sobre extranjería) dijo entre otras cosas que ahora no nos interesan que “Es abundante la doctrina sentada para casos semejantes al presente por numerosas Sentencias —entre otras, la Sentencia del Tribunal Constitucional de 24 de noviembre de 1988; Sentencias del Tribunal Supremo de



29 de abril de 1986, de 16 de enero de 1987, etc.—, en aplicación de tan reiterada doctrina debemos concluir que la negativa de colegiación a un súbdito argentino con Título de Odontólogo expedido por la Universidad de un país y convalidado, vulnera el derecho fundamental de igualdad reconocido en el artículo 14 de la Constitución Española, puesto que al permitirse el ejercicio profesional a los españoles que ostentan el antiguo título de especialidad de odontólogos, debe reconocerse también a los que tienen nacionalidad argentina, en aplicación de lo establecido en el artículo 13, del mismo texto constitucional, a cuyo tenor los extranjeros gozarán en España de las libertades públicas que garantiza el presente título en los términos que establezcan los tratados y la ley, en este caso el Convenio Cultural entre España y Argentina, de 23 de marzo de 1971, ratificado en 1973, a cuyo amparo se acordó la convalidación para España del Título de Odontólogo obtenido en la República Argentina, que obliga de acuerdo con el principio de igualdad a admitir su colegiación en las mismas condiciones de igualdad que los españoles con la misma titulación”, aseveración jurisdiccional integradora de uno de los fundamentos jurídicos de la Sentencia del Tribunal *a quo* que resulta corroborada en todas sus partes por los razonamientos de la STS a recensionar ahora que en uno de sus pasajes dice literalmente que “Los odontólogos argentinos en España, cuya titulación haya sido homologada como consecuencia de los acuerdos suscritos con anterioridad por el Estado español, gozan de una sustancial igualdad respecto de los españoles, desconocida por el acto administrativo recurrido, con la consiguiente vulneración del artículo 14 de la Constitución, en relación con el 13, cuya reparación puede impetrarse por el procedimiento especial y sumario regulado en la Ley 62/1978”.

En obsequio a esta última reflexión resulta obvio que al TS no le ofrece la más mínima duda el que los extranjeros son titulares plenos del derecho a la igualdad en la aplicación de la ley que se cobija bajo el anchuroso marco redaccional del art. 14 CE, tesis cuya viabilidad y eventual abono hemos intentado desmontar en estas páginas en méritos a todo el bloque de razones que con anterioridad expusimos, sirviendo en cualquier caso la posición del indicado Tribunal, y ello puede ser tal vez la motivación suprema de su actuación jurisdiccional desplegada en este orden de cosas, para privilegiar de forma considerable (tal como apuntamos antes) las posibilidades defensivas del extranjero afectado por una hipotética actuación administrativa arbitraria, ya que de mantener la posición que nosotros hemos sustentado sobre el particular, evidentemente el mismo no podría acudir a la vía jurisdiccional abierta por la Ley 62/1978, cabiéndole únicamente la posibilidad de acceso al recurso contencioso-administrativo ordinario.

No es solamente en el entorno de las pretensiones relacionadas con las

denegatorias de colegación a las que acabamos de hacer mérito donde se hace visible —tal como dijimos anteriormente— la convicción del TS de que los extranjeros son titulares indiscutibles del derecho a la igualdad propiciado por el artículo 14 CE. También en otros contextos factuales sometidos a su debate el referido Tribunal sostiene idéntico criterio, sucediendo ello concretamente en relación con las peticiones frustradas del visado especial, cuestión que se ha convertido en el *thema decidendi* monografista de su Sentencia de 22 de febrero de 1991, resolución en la que tras confirmarse en todas sus partes la Sentencia apelada respecto al fondo del asunto controvertido se alude específicamente al punto que nos ocupa, sosteniéndose literalmente en la misma que “la parte apelante alega también la infracción del principio general de igualdad de los administrados ante la ley, al haber sido concedida la exención del visado por el delegado del Gobierno en Baleares en resoluciones que aportan a los autos, de 18 de agosto de 1989, a los dos súbditos argentinos, una hija de español y el otro su esposo, en aplicación del artículo 5.4 del Real Decreto 1119/86, de 26 de mayo, pero en ambas resoluciones, se motiva tal concesión, una vez practicadas las oportunas averiguaciones y consecuencias de los informes obtenidos.

Como tiene repetidamente declarado la jurisprudencia del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional, el principio de igualdad prohíbe resolver de forma contradictoria casos iguales siendo por ello condición esencial para su aplicación la aportación de un término de comparación acreditativo de la igualdad sustancial de los casos.

Tal igualdad sustancial de los casos ahora contemplados no está acreditada porque la concesión de la exención de visado a los súbditos argentinos está basada en las averiguaciones e informes obtenidos no habiendo ninguna constancia ni ha sido alegado que éstos fueran desfavorables o negativos en algún aspecto, mientras que como hemos visto, los antecedentes policiales del apelante revelan aspectos irregulares de su conducta: No existe, pues, igualdad sustancial en los casos opuestos, y no hay, por tanto, infracción alguna al principio de igualdad, lo que reitera la corrección jurídica de los actos administrativos contemplados”.

Del supuesto descrito, más allá de la concreta peripecia en trance de judicación, lo que resulta palmario es que el TS admite como absolutamente correcta la tesis de que los extranjeros pueden prevalerse en sus eventuales confrontaciones jurisdiccionales con la Administración nacional del derecho a la igualdad reconocido por el artículo 14 CE, derecho, sin embargo, que en el caso resuelto —y que hemos descrito *ut supra*— no pudo prosperar porque el término de comparación esgrimido por el justiciable no era equivalente al supuesto en trance de resolución, discurso jurisdiccional que enlaza directamente con el ya referenciado del propio

TS en relación con las pretensiones deducidas contra las denegatorias de colegiación antes explicitadas.

Prosiguiendo con el detalle de la posición jurisprudencial a la que estamos aludiendo tengo que hacer constar que también en el seno del proceder heterocomponedor oportunamente desplegado por los Tribunales Superiores de Justicia se admite, sin ambages, la plena titularización por parte de los extranjeros ubicados en España del derecho abstracto y genérico a la igualdad debidamente erigido por el artículo 14 CE, constituyendo reputados botones de muestra de esta *praxis* judicial dos recientes Sentencias dictadas por el Tribunal Superior de Justicia de Canarias, una de 12 de diciembre de 1990 y otra de 6 de marzo de 1991, resoluciones cuyos concretos argumentos versaron sobre sendas órdenes de expulsión dirigidas contra nacionales comunitarios, decretos que en méritos de la primera de las sentencias dichas fue anulado y convalidado en la segunda, provocando tal metodología decisoria una disparidad de criterios resolutorios que obligó a la Sala actuante a motivar en buena y debida forma la congruencia del cambio impuesto, motivación cuya última *ratio* y presencia hay que enlazar con la beligerancia del artículo 14 CE y cuya simple ocurrencia *ad casum* implica el lógico reconocimiento en favor de los extranjeros del derecho a la igualdad reconocido por tal disposición, tesis admisorias que serán objeto de peculiar análisis en relación con la cuestión especialmente debatida cuando aludimos en estas mismas páginas al procedimiento de expulsión.

JOSÉ ANTONIO MIQUEL CALATAYUD

Registrador de la Propiedad



# Sobre la naturaleza jurídica del *leasing* o arrendamiento financiero

**SUMARIO.**—I.—INTRODUCCION. II —CONCEPTOS Y CLASES DE “LEASING” A) Conceptos doctrinales. B) El arrendamiento financiero en nuestra legalidad vigente. III.—NATURALEZA JURIDICA. A) Antecedentes para el estudio de la cuestión. B) Posiciones doctrinales. 1) El “leasing” como préstamo de dinero. 2) El “leasing” como negocio fiduciario. 3) El “leasing” como arrendamiento. 4) El “leasing” como compraventa con precio aplazado y reserva de dominio. 5) El “leasing” como contrato nuevo, complejo, pero con unidad causal. C) Derecho Comparado. 1) Derechos nacionales. 2) Derecho Comparado Congresual. D) El problema en la Jurisprudencia. E) Posición personal.

En el mes de noviembre de 1989, en una conferencia pronunciada en Madrid, en el Ministerio de Economía y Hacienda, tuve oportunidad de estudiar “La inscripción de *leasing* sobre inmuebles en el Registro de la Propiedad” (recogida en el libro “Jornadas sobre el *leasing* de inmuebles”, editado en 1990 por el Consejo General del Notariado y por el Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad y Mercantiles). En el presente estudio he querido centrar la atención, exclusivamente, en el importantísimo problema de la naturaleza jurídica del “leasing”, como contrato nuevo, pero ya de alcance universal.

## I. INTRODUCCIÓN

En una reciente conferencia sobre la *multipropiedad* —figura que, como el “leasing”, cuenta en nuestro país con pocos años de vida—, dice GONZÁLEZ LAGUNA (1) que la natural tendencia de los juristas a enfras-

---

(1) MIGUEL GONZÁLEZ LAGUNA: “La multipropiedad. aspectos jurídico-prácticos”. Conferencia pronunciada en la Escuela de Hacienda Pública el 25 de enero de 1988. Está recogida en el “Boletín del Colegio Nacional de Registradores”, núm. 246, junio de 1988, págs. 1.143 y ss.

carse en polémicas sobre los más diversos aspectos de una institución jurídica, suele limitarse un tanto cuando se trata de instituciones conocidas y estudiadas por el Derecho romano y, posteriormente, por la Glosa. Y es natural: veintitantos siglos discutiendo sobre la "possessio", valga, por ejemplo, agotan incluso a las inteligencias más privilegiadas.

Esto no ocurre, desde luego, con el moderno y nuevo contrato de "leasing", al que, como veremos, nuestro legislador ha rebautizado con el nombre de *arrendamiento financiero*. pero esta falta de arraigo histórico, entre las instituciones del país, comporta determinados riesgos. Decía GARRIGUES, muy gráficamente, que las instituciones jurídicas de un país extranjero no pueden ser importadas como si se tratara de un tractor o de un frigorífico, pues la imitación a ultranza de legislaciones extranjeras puede suponer una regresión en la evolución jurídica y lo importante es plantear los problemas dentro de un sistema armónico. Y don FEDERICO DE CASTRO señalaba que las figuras jurídicas están insertas en complejos orgánicos, de modo que, desarraigadas del propio sistema y trasplantadas a otro, pueden perder su eficacia o producir efectos inesperados y hasta monstruosos (2).

Aunque las dos primeras sociedades de "leasing" se constituyen en España a mediados de la década de los sesenta (3), la primera disposición legal sobre la materia no llega hasta el año 1977: el Real Decreto-Ley núm. 15/77, de 25 de febrero, sobre Ordenación Económica, que se limitó a regular las operaciones de arrendamiento financiero de "bienes de equipo, capital productivo y vehículos". Más tarde, el Real Decreto núm. 1669/1980, de 31 de julio, sobre Empresas de Arrendamiento Financiero y Arrendamiento Financiero de Inmuebles, permitió a las Sociedades inscritas en el Registro Especial de Empresas de Arrendamiento Financiero (que se había creado por Orden de 16 de marzo de 1977) "extender su actividad a la realización de operaciones de arrendamiento financiero sobre bienes inmuebles, que sean objeto de tráfico empresarial habitual (art. 1.º), excluyendo los contratos de arrendamiento financiero sobre inmuebles destinados a vivienda; igualmente, recogió la exigencia —ya prevista para los muebles por el Real Decreto-Ley de 1977— de que el contrato debía contener necesariamente una opción de compra a favor del arrendatario al término del mismo (art. 3.º).

La anterior normativa está hoy sustituida por la Ley 26/1988, de 29 de julio, sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito, que

---

(2) LUIS ROJO AJURIA; "Leasing mobiliario", Editorial Tecnos, S.A., Madrid, 1987, págs. 77 y ss.

(3) Estas dos sociedades han sido ALEQUINSA y ALQUIBER. Se citan por todos los autores. Puede verse, por ejemplo, en la obra de SEGURADO LLORENTE, JUAN LUIS, "Todo sobre el leasing", Editorial DE VECCHI, S.A., Barcelona, 1987, pág. 30.

constituye la legalidad vigente, con algunas disposiciones posteriores, de las que destaca el Real Decreto 771/1989, de 23 de junio, sobre creación de Entidades de Crédito de ámbito operativo limitado, que nos servirán para intentar una aproximación conceptual a la figura en el Derecho español.

Es curioso destacar cómo todo el Derecho aplicable al “leasing” ha emanado del legislador fiscal. La doctrina que ha estudiado el nuevo contrato, pone de relieve que estamos ante una moderna manifestación del viejo problema de las relaciones entre Economía y Derecho, y suele traer a colación la conocida frase de CARNELUTTI de que el fin de Derecho consiste en reducir la Economía a la Ética. La evolución en este campo, ha llevado, como es bien sabido, a la tesis del *análisis económico del Derecho*, propugnada por la famosa Escuela de Chicago, y a la que los juristas no podemos sino oponer la contraria, la del *análisis jurídico de la Economía*. En este sentido, haremos un modesto esfuerzo en las líneas que siguen.

## II. CONCEPTO Y CLASES DE “LEASING”

Haremos, en primer lugar, una breve referencia al concepto —o quizá sería mejor decir *conceptos*— de “leasing” en la doctrina, según sus diversas modalidades, para tratar de esbozar después el concepto y requisitos del arrendamiento financiero en nuestra legalidad vigente.

### A) *Conceptos doctrinales*

Señala ROJO AJURIA (4) que la presentación del “*leasing*” operativo y del “*leasing*” financiero como dos clases de “leasing” es un punto de partida obligado al tratar de definir la figura. Efectivamente, así lo hace toda la doctrina, aunque inmediatamente descarte el estudio del “leasing” operativo, alegando que se trata de un contrato de arrendamiento normal, y centrándose exclusivamente en el financiero, cuya calificación jurídica plantea mayores dificultades.

El “*leasing*” operativo es un contrato en el que la cesión de uso se pacta por plazo breve, prevé causas de resolución, los objetos sobre que recae suelen ser utilizados sucesivamente por varias personas, se trata de bienes tipo “standard”, los cánones del arrendamiento comprenden tanto los gastos de financiación como los de puesta a disposición, entretenimiento y reparación, el usuario soporta los riesgos técnicos de la operación, etc. En

---

(4) Obra citada, pág. 24.

realidad —como dice MARTÍN OVIEDO— (5) es un procedimiento utilizado por los fabricantes para dar salida a sus propios productos.

El "*leasing*" *financiero* tiene una clara finalidad de financiación, es un contrato a medio o largo plazo, no susceptible de denuncia o revocación por el usuario, recae sobre inmuebles integrados en el círculo de producción del cesionario (muebles o inmuebles), el precio satisfecho al final del período contractual es superior al de compra y comprende gastos, impuestos y el beneficio industrial de la sociedad de "*leasing*". Es la forma de "*leasing*" que se ha desarrollado en una Europa que ha llegado hasta nosotros como nuevo medio de financiación de la empresa (6).

La doctrina estudia muy diversas modalidades de "*leasing*", según las variantes que ofrece su esencial condición de instrumento jurídico-financiero (7). Nosotros vamos a centrarnos en el criterio de clasificación por razón de la naturaleza mueble o inmueble de su objeto que, además de englobar casi a la totalidad de las demás variedades, nos acerca a una terminología jurídica capaz de permitirnos comprender más fácilmente la naturaleza de la figura que los términos puramente económicos.

La distinción entre "*leasing*" *mobiliario* y "*leasing*" *inmobiliario* hay que buscarla en los orígenes mismos de la figura, aunque, entre nosotros,

---

(5) JOSÉ MARTÍN OVIEDO: "Naturaleza y régimen jurídico de las operaciones de *leasing*". En *Revista de Derecho Financiero y Hacienda Pública*, núm. 106-107, 1973, págs. 1.043 y ss.

(6) Puede verse, en este sentido, JOSÉ LUIS DE LA VIÑA MAGDALENO. "El *leasing* financiero como objeto de inscripción en el Registro Jurídico de Bienes", en *Ponencias y Comunicaciones presentadas al III Congreso Internacional de Derecho Registral*. Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad y Mercantiles. Centro de Estudios Hipotecarios, Madrid, 1977, pág. 84.

(7) DE LA VIÑA (citado en la nota anterior) distingue (págs. 82 y 85). a) "*Leasing*" *inmediato* (el fabricante en vez de vender los bienes que produce, los da en "*leasing*") y "*leasing*" *mediato* (la sociedad compra el bien y lo da en "*leasing*"). b) "*Leasing*" *propio o verdadero* (como fórmula de financiación) y "*leasing*" *impropio o falso* "*leasing*" (toda forma de cesión de uso, incluido el arrendamiento tradicional). c) "*Leasing*" *de bienes de consumo* (consumo duradero, como automóviles, electrodomésticos, etc.) y "*leasing*" *de bienes de equipo*. d) "*Leasing*" *de primera mano* ("First hand leasing") y de segunda mano ("Second hand leasing"). e) "*Leasing*" *de retro* ("Sale and lease back") y "Renting" (el primero se define en el texto, el segundo, supone el alquiler a sucesivos usuarios y la prestación de servicios de asistencia técnica). SEGURADO LLORENTE (obra citada, págs. 12 a 15 y 161 a 163), recoge la anterior tipología y cita además las siguientes variantes: a) *Pequeño, medio y gran "leasing"*, según la cuantía. b) *Con o sin interés*. c) *Múltiple e individual*. d) *Con o sin seguro* a cargo del usuario. e) *Con o sin derecho de renovación*. f) "*Leasing*" *apalancado* (además de los sujetos habituales interviene un prestamista a largo plazo). g) "*Leasing*" *internacional* (arrendador y arrendatario viven en distintos países y el bien puede venir de un tercer país). h) "*Leasing*" *fiscal* ("Tax lease"). i) "*Big ticket*" (de gran cuantía, sindicado entre varias sociedades). j) "*Cosmetic leasing*" (modalidad del "*lease back*" para reducir inmovilizado y aumentar las disponibilidades líquidas). k) "*Sumarai leasing*" (variedad japonesa para reducir el superávit de la balanza de pagos).



la mayor parte de la bibliografía y la escasa Jurisprudencia con que contamos (la veremos más adelante), gira en torno al "leasing" mobiliario, consecuencia, por otra parte, de su mayor expansión comercial. Sin embargo, DE LA VIÑA (8) y AMORÓS (9) hablan de que en 1945 se empezó a aplicar el "leasing" a los inmuebles: la "Allied Stores Corporation" vendió todos sus inmuebles a una fundación universitaria y, simultáneamente, se los volvió a alquilar por 30 años, con opción de renovar el arrendamiento por otros 30 y un alquiler menor. Y ROJO AJURIA cuenta que por los años treinta, en Ohio, un gran almacén vende un inmueble comercial a un Banco, que intervenía a título de "trustee" por cuenta de inversores que se dotaron de certificados inmobiliarios ("land-trust certificates"); el "trustee" devolvía el inmueble al vendedor en "leasing" por 99 años, con una opción de compra. En España, el "leasing" inmobiliario no adquiere cierta entidad hasta la década de los setenta; la cifra de operaciones estaba en 1972 en 3.500 millones de pesetas, en 1975 había más de 30 sociedades de "leasing" con una cifra de negocios de 10.000 millones de pesetas y en 1988 esa cifra había alcanzado los 144.000 millones de pesetas.

Centrados en esta dicotomía "leasing" mobiliario-"leasing" inmobiliario, la doctrina se plantea el problema de si estamos ante dos especies de un mismo género o ante dos figuras distintas. Así, RODRÍGUEZ MARTÍNEZ (10) dice que la distinción de "leasing" por razón de la naturaleza de los bienes no es una mera calificación a efectos didácticos, sino que configura situaciones jurídicas diferentes, porque diferente es el trasfondo económico de uno y otro supuesto. En el "leasing" mobiliario: 1) el plazo contractual suele coincidir con la vida económica rentable de los bienes; 2) los bienes sufren una desvalorización rápida, por la propia rapidez del proceso tecnológico; 3) la opción de compra funciona como un auténtico derecho de elección, según las necesidades o no de renovación de los bienes utilizados; 4) se inspira en la idea de que lo que interesa de los medios de producción es su utilización (recuerda el autor el principio aristotélico de que "la riqueza consiste más en el uso que en la propiedad") y no el título de donde provenga, que se elegirá en cada caso por razones económicas y la más importante es la financiación de la inversión con los rendimientos de bien; y 5) en resumen, es expresión de una evolución

---

(8) Ponencia citada, págs. 78 y ss.

(9) MANUEL AMORÓS GUARDIOLA: "El leasing inmobiliario y su inscripción registral", en *Ponencias y Comunicaciones presentadas al VI Congreso Internacional de Derecho Registral*. Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad y Mercantiles. Centro de Estudios Hipotecarios, Madrid, 1985, pág. 789.

(10) JOSÉ DOMINGO RODRÍGUEZ MARTÍNEZ: "Problemas jurídicos del leasing inmobiliario". En *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, tomo XXVII, págs. 87 y ss., Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1987.

mental contraria al derecho de propiedad. En el “*leasing*” inmobiliario, la situación es distinta: 1) los inmuebles con el transcurso del tiempo se revalorizan y no tiene sentido la sustitución de un inmueble por otro; 2) el ejercicio de la opción aparece obligado y se dice, incluso, que hay contradicción entre la esencia del “*leasing*” y los inmuebles objeto del mismo; y 3) al no tratarse de objetos producidos en serie, los contratos han de ser más particularizados. Y termina señalando el autor que, en Francia, por imperativo legal, han de ser empresas diferentes las que se dediquen a cada modalidad.

AMORÓS GUARDIOLA (11), en el mismo sentido, estima que el “*leasing*” inmobiliario no es una especie dentro de un género más amplio, el “*leasing*” en general. La peculiaridad del objeto sobre que recae se traduce en una serie de diferencias funcionales, en una naturaleza “*sui generis*” y, en consecuencia, en un régimen jurídico distinto o, al menos, no homogéneo con el “*leasing*” mobiliario. En el “*leasing*” de bienes muebles —apunta, siguiendo a COILLOT— el uso aventaja a la propiedad, mientras que en el de bienes inmuebles la propiedad vence siempre al uso.

A nuestro juicio, es incuestionable que las esenciales diferencias entre los bienes muebles y los bienes inmuebles se traducen, necesariamente, en su respectivo estatuto jurídico. El Código Civil, por ejemplo, regula la donación o la compraventa, en principio, al margen de la naturaleza mueble o inmueble de lo donado o vendido, aunque inmediatamente después dicte normas específicas para asegurar la perfección y eficacia del contrato, demandadas por la diversa naturaleza de su objeto (vid. artículos 632, 633, 1.462, 1.463, 1.469, 1.473, etc.). Sin embargo, en ambos casos, se trate de muebles o inmuebles, la donación sigue siendo un acto de liberalidad y la compraventa un contrato consensual que requiere cosa y precio. Es decir, la causa sigue siendo la misma, se donen o se vendan muebles o inmuebles.

Creo que en el contrato de “*leasing*” ocurre otro tanto. El mecanismo interno de transferencias jurídicas y la finalidad principal de financiar el uso y, en su caso, la adquisición de un bien concreto se repiten en el “*leasing*” mobiliario y en el “*leasing*” inmobiliario. O lo que es lo mismo, causal y estructuralmente, no hay diferencias entre ambos, lo que no es obstáculo para aceptar que la problemática negocial y económica de ambos tipos de “*leasing*” difiere notablemente.

De estas diferencias, no es la menos importante, en aras de la garantía de eficacia del contrato, la indispensable exigencia de publicidad para el “*leasing*” inmobiliario. Esto no es afirmar que el “*leasing*” mobiliario no reclame también una particular publicidad institucional. Como dice De

---

(11) Ponencia citada, págs. 788, 796 y 797.

LA VIÑA MAGDALENO (12), la importancia económica que suelen ofrecer los contratos de "leasing" de bienes muebles, derivada del gran valor que ostentan hoy día los bienes de equipo, susceptibles además de perfecta identificación, hace conveniente crear un sistema de publicidad registral, del cual no pueden derivarse sino ventajas en favor de las partes y terceros. Efectivamente, este es un Registro jurídico que habría que crear, pues, excluidos los contratos de "leasing" mobiliario de la aplicación de la Ley de Ventas a Plazos y, por tanto, del Registro regulado en la misma, dichos contratos carecen actualmente de cauce registral.

En cualquier caso, hay que reconocer, como regla general, el superior valor de los inmuebles como objeto de tráfico jurídico, la absoluta necesidad de que el usuario o futuro adquirente en "leasing" conozca la verdadera situación jurídica —especialmente de titularidad y cargas— del inmueble, así como la garantía de total cumplimiento de las prestaciones reales derivadas del contrato, que podrían verse entorpecidas por la interferencia de terceros (13).

Por último, en este elemental intento de acercarnos al concepto de "leasing" a través de sus modalidades en el tráfico, es obligada la referencia a dos términos, básicos para el entendimiento de la figura: bilateralidad y trilateralidad, de los que derivan dos tipos de "leasing": "*leasing*" bilateral y "*leasing*" trilateral. Algunos autores, como SEGURADO LLORENTE (14), hablan, incluso, de dos relaciones jurídicas bilaterales, estrechamente ligadas entre sí: un contrato de compraventa entre la sociedad de "leasing" y el proveedor, de una parte; y un contrato de arrendamiento o de cesión de uso entre la sociedad de "leasing" y el usuario, de otra parte. Según que el contrato salga o no del círculo sociedad de "leasing"-usuario, podremos hablar de una y otra modalidad.

El "*leasing*" trilateral es aquel en el que un sujeto físico o jurídico —como dice SEGURADO LLORENTE (15)— puede acceder al disfrute de un determinado bien, concertando un contrato con una sociedad de "leasing", la cual se compromete a adquirirlo y a ponerlo a disposición de aquel en el plazo convenido, cediéndole el uso del mismo por un período único e irrevocable de tiempo y mediante un precio global cuyo pago se efectúa en los plazos acordados, pudiendo el usuario, al término del período de uso,

---

(12) Ponencia citada, págs. 108 y ss.

(13) En la conferencia citada al comienzo de estas notas se desarrolla la idea aquí simplemente apuntada. las garantías de plena seguridad jurídica para los contratos de "leasing" a través del adecuado sistema de publicidad registral, particularmente del "leasing" de inmuebles, por la importancia permanente de estos bienes, del que afirmamos su "esencial vocación registral".

(14) Obra citada, pág. 60.

(15) Obra citada, pág. 59.

devolver el bien o ejercitar opciones de prórroga, mediante la celebración de un nuevo contrato, o de compra del bien, mediante el pago del precio o valor residual. En este tipo de "leasing" intervienen tres sujetos: el proveedor o vendedor del bien a la sociedad de "leasing"; la sociedad cedente del uso; y el cesionario o usuario con opción de compra.

El "*leasing*" bilateral, como señala CASADO BURBANO (16), en el que las partes intervinientes quedan reducidas a dos, es una modalidad que, por sus características, ha tenido su origen y desarrollo, de modo especial en el campo inmobiliario. Es el "sale and lease back", abreviadamente conocido como "lease back" o "retroleasing inmobiliario", y que el citado autor define como aquel en virtud del cual el propietario de un bien inmueble (generalmente un profesional, industrial o comerciante) lo vende a una sociedad de "leasing", la cual, a su vez, se lo cede en arrendamiento al vendedor, concediéndole, además, un derecho de opción de compra a ejercitar transcurrido determinado período de tiempo.

Según el mismo autor, el "lease back" presenta particularidades específicas que lo distingue del "leasing" ordinario: 1) es el propio usuario quien transmite bienes de su propiedad al futuro arrendador, quedando reducidas a dos las partes intervinientes en el contrato; 2) queda eliminada la fase previa de elección del bien y su adquisición de un tercero para ser cedido al usuario; 3) los bienes muebles, salvo excepciones, no se prestan para realizar este tipo de operaciones, en las que destaca la finalidad esencialmente financiera de garantizar la rentabilidad y seguridad de un crédito. Estas características hacen que el "lease back" desempeñe una importante función económica: el usuario obtiene inmediatamente el reembolso total del importe de sus bienes inmuebles sin perder su utilización; aumenta sus recursos disponibles, al tiempo que reduce su inmovilizado; puede reimpulsar su actividad, sin necesidad de ocupar sus líneas habituales de financiación; y, finalmente, se reserva las expectativas de plusvalía (17).

Explica CASADO BURBANO (18) que, en este tipo de "leasing", el empresario busca liquidez y la entidad financiera seguridad, apareciendo con claridad la figura de la transmisión fiduciaria de la propiedad con fines de garantía y con reserva del bien a título de arrendatario, como uno de los instrumentos del crédito territorial. Nos referimos más adelante a la fiducia como tesis sobre la naturaleza del "leasing".

---

(16) PABLO CASADO BURBANO: "'El leasing back' inmobiliario, una alternativa más para la movilización de activos patrimoniales", en el tomo I de *Ponencias y Comunicaciones presentadas al VI Congreso Internacional de Derecho Registral*, citado en la nota 9, págs. 861 y ss.

(17) Ponencia citada, págs. 862 y 863

(18) Ponencia citada, págs. 863 y 864.

## B) *El arrendamiento financiero en nuestra legalidad vigente*

El arrendamiento financiero tiene en la ley sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito de 1988, como ya hemos señalado, el marco —escaso marco— de su regulación sustantiva en nuestro Derecho. El texto básico es la Disposición Adicional Séptima, de la que extraeremos el concepto y requisitos esenciales del contrato.

Bajo la denominación de operaciones de arrendamiento financiero se incluyen aquellos contratos que tengan por exclusivo objeto la cesión del uso de bienes muebles o inmuebles, adquiridos para dicha finalidad según las especificaciones del futuro usuario, a cambio de una contraprestación consistente en el abono de una cuota periódica, cuyos bienes habrán de quedar afectados por el usuario únicamente a sus explotaciones agrícolas, pesqueras, industriales, comerciales, artesanas, de servicios o profesionales, con derecho para el usuario de opción de compra de los bienes cedidos al término del contrato (D.A. 7.<sup>a</sup>, párrafo 1.<sup>o</sup>).

Se define aquí, sin lugar a dudas, el “leasing” que hemos llamado *trilateral*, no sólo porque se habla de bienes adquiridos con la finalidad de ceder su uso, sino, sobre todo, porque se dice que la adquisición por la sociedad de “leasing” se ha de hacer según las “especificaciones del futuro usuario”, exigencia que no tiene sentido en el “lease back” o “leasing” bilateral, pues, como dice CASADO BURBANO (19), la selección del bien fue hecha en su momento por el que luego vendrá a ser usuario en “leasing”. No obstante, el “leasing” *bilateral* está ya aludido en el Real Decreto-Ley de 25 de febrero de 1977 (primera norma sobre “leasing” en España, como también señalábamos más arriba) que hablaba de la “venta realizada a una empresa de arrendamiento financiero cuando ésta arriende el bien en el mismo acto a su vendedor” (era el art. 26.3 del Título II, hoy derogado).

Los *requisitos especiales del contrato* los resumiremos así: a) La *duración mínima* del contrato será de 10 años para el “leasing” de inmuebles y de 2 años para el de muebles y se deja en libertad al Gobierno para establecer otros plazos mínimos, con el fin de evitar prácticas abusivas en función de la naturaleza de los bienes (D.A. 7.<sup>a</sup>, párrafo 2.<sup>o</sup>); b) En las *cuotas del arrendamiento financiero* hay que diferenciar la parte que corresponda a la recuperación del coste del bien por la entidad arrendadora, excluido el valor de la opción de compra, y la carga financiera exigida por la misma, sin perjuicio de la aplicación del gravamen indirecto que corresponda; además, el importe anual de la parte de las cuotas del arrendamiento financiero correspondiente a la recuperación del coste del bien,

---

(19) Ponencia citada, pág. 862.

deberá permanecer igual o tener carácter creciente a lo largo del período contractual; c) Las Sociedades de Arrendamiento Financiero habrán de cumplir determinadas exigencias: revestir forma de Sociedad Anónima domiciliada en España; tener un capital desembolsado de al menos 500 millones de pesetas, sin que se permitan las aportaciones no dinerarias; su objeto social exclusivo ha de ser la realización de operaciones de arrendamiento financiero; autorización previa del Ministerio de Economía y Hacienda e inscripción en el Registro Especial del Banco de España; constancia, junto a su denominación o razón social, de la expresión “Sociedad de Arrendamiento Financiero” (D.A. 7.<sup>a</sup>, 3, 4 y 8).

### III. NATURALEZA JURÍDICA

#### A) *Antecedentes para el estudio de la cuestión*

Para encarar, sin excesiva pasión, el problema de la naturaleza jurídica del “leasing” o arrendamiento financiero, no podemos olvidar que estamos ante una figura que, aunque evolucionada y modalizada, tiene su origen en el Derecho anglosajón. El trasplante a un sistema como el nuestro, proveniente del Derecho romano, ha de hacerse con el máximo cuidado por dos razones: para no desvirtuar radicalmente la figura de su origen —sería erróneo pretender encontrar en nuestro Derecho otra exactamente equivalente— y porque, si queremos que mantenga su eficacia, debe quedar inserta, lo más armónicamente posible, en nuestro sistema: en nuestro sistema crediticio y financiero, por supuesto, pues responde a importantes motivaciones económicas, pero también en nuestro sistema contractual —sea civil o mercantil— y en nuestro sistema de seguridad jurídica en el tráfico, documental y registral, especialmente si se trata del “leasing” inmobiliario.

Voy a hacer una cita del excepcional libro de ROJO AJURIA *sobre “Leasing mobiliario”* (20) que creo puede ser bastante reveladora de la necesaria actitud de cautela que los juristas formados en el Derecho romano debemos adoptar al estudiar la naturaleza jurídica del “leasing”. Comentando el art. 9.º del “Uniform Commercial Code”, cuerpo legal norteamericano que sintetiza todos los derechos de garantía en uno solo, el “security interest”, dice que la doctrina europea pretende encontrar en la norma dos tipos negociales autónomos: el “true lease” y el “lease intended as security”. Y la cuestión es más sencilla: para el “Uniform Commercial Code” un contrato de arrendamiento puede ser verdadero (“true”), pero

---

(20) Obra ya citada en la nota 2, págs. 77 y ss.

también puede tener de arrendamiento solo el nombre y encubrir un derecho de garantía ("intended as security interest"). Y sigue diciendo: el comentario oficial del art. 9.101 señala que el objeto de este artículo es proporcionar una estructura simple y unificada en la que se puedan incluir la inmensa variedad de las "security transactions", con el menor coste y la mayor certeza. Los autores recalcan que todos los mecanismos antiguos de garantía ("chattel mortgage" o nuestra hipotética, "conditional sale", "trust receipt", etc.) se llamarán "security interest". Hay, además, un vocabulario propio, de modo que en toda "secured transactions" encontramos: a) un deudor o persona que toma prestado dinero y concede un derecho sobre una propiedad para asegurar el pago; b) una "secured party" o persona que concede crédito y a quien se otorga el derecho de garantía; c) un "security interest" o derecho sobre la propiedad que el prestatario o deudor otorga al concedente del crédito o parte asegurada que garantiza el pago; y d) un "collateral", es decir, la propiedad misma sujeta al derecho de garantía.

Parece claro que pretender este complicado y, a veces, extraño mundo jurídico a la normal simplificación conceptual de las figuras contractuales romanas, propias de nuestro sistema, no es tarea fácil. Y, sin embargo, esas transferencias económicas, desde el momento que se dan en nuestra vida negocial, están reclamando la adecuada cobertura o ropaje jurídico de seguridad.

Creo que estas son algunas de las razones de fondo que explican las dudas de la doctrina sobre la naturaleza del "leasing", o, quizás sería mejor decir, de la figura que resulta al trasplantar el "leasing", como figura anglosajona, a moldes jurídicos que le son naturalmente extraños.

Lo ocurrido en relación con el "leasing" inmobiliario en el VI Congreso Internacional de Derecho Registral, cuya Comisión III estudió esta variedad de arrendamiento financiero, puede servir para ahondar en las ideas que acabamos de esbozar. Y recogeremos como muestra algunas de las intervenciones, relacionadas con el problema de la naturaleza del "leasing" (21).

—DE LA VIÑA MAGDALENO (España): el "leasing" constituye para nosotros y creo que para el ponente... un contrato atípico con causa única; no estamos en presencia de una suma ni una superposición de contratos de arrendamiento más opción de compra...; lo que ocurre es que, mirando a

---

(21) Tomado de *Anales del VI Congreso Internacional de Derecho Registral* (resumen de actividades científicas desarrolladas). Publicación del Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad y Mercantiles. Centro de Estudios Hipotecarios, Madrid, 1985, págs. 384 y ss.

la posibilidad de la inscripción del “leasing” inmobiliario, nos interesa apoyarnos en tales elementos...”.

—VARELA WOLFF (Argentina): “... hablaría de centro de intereses, dos o más centros de intereses..., sustancia contractual compleja..., compraventa de un bien sometido a una condición suspensiva... en su primer estadio de ejecución le serán aplicables las reglas del arrendamiento o locación...”.

—AMORÓS GUARDIOLA (España): “... me permito afirmar que, dentro de las normas contractuales, por su propia naturaleza, las únicas que se asemejan bastante a la naturaleza funcional, al propósito querido por las partes, a la realidad del “leasing”, son las de la compra a plazos con reserva de dominio...”.

—SANDOVAL ALEMANY (Puerto Rico): “... después de haber escuchado a varios oradores, a pesar de que casi todos hablamos castellano, a veces me parece que todavía padecemos la maldición de la Torre de Babel... Esta discusión me recuerda el centro del grupo de científicos ciegos que estaban examinando un elefante y cada cual describía el elefante de acuerdo con la parte de su fisonomía que estaba tocando; y el que tocaba el rabo pues describía una cosa, y el que tocaba la trompa describía otra... y nunca lograron ponerse de acuerdo... y creo que figurativamente está sucediendo algo parecido aquí”.

Sin ninguna duda, las palabras del Sr. SANDOVAL ALEMANY estaban cargadas de razón, dentro de su aparente simplicidad, y mucho nos tememos que, a veces, se pretende descubrir la naturaleza del “leasing” tocando ciegamente sólo alguna de su partes. Quizá por esto —y nos parece que sabiamente— el Congreso eludió una calificación tajante en torno a las posiciones que se habían debatido y adoptó una fórmula de compromiso, que recogeremos más adelante.

## B) *Posiciones doctrinales*

Un resumen de las más importantes orientaciones de la doctrina acerca de la naturaleza jurídica del “leasing” puede ser el que sigue.

### 1) *El “leasing” como préstamo de dinero (22)*

Para los defensores de esta tesis, la sociedad de “leasing” se limita a entregar la suma prestada al proveedor designado por el usuario, a virtud

---

(22) Resumimos del trabajo de ANTONIO CABANILLAS SÁNCHEZ sobre “La naturaleza del leasing o arrendamiento financiero y el control de las condiciones generales”, en



de un mandato recibido de éste. Es el usuario el que adquiere la propiedad de los bienes, si bien, simultáneamente, los vende en garantía a la sociedad, que se convierte en propietaria fiduciaria de los mismos hasta la devolución del dinero prestado, con los gastos, intereses y margen de beneficio. Hechos estos abonos, el usuario adquiere el pleno dominio de los bienes, mediante el ejercicio de la opción; si no la ejercita, no adquiere la propiedad.

Como dice CABANILLAS SÁNCHEZ (23), es la tesis clásica de GIOVANO-LI, seguida en nuestro Derecho por DE LA CUESTA RUTE. En contra de ella se pronuncian casi todos los autores y la misma Jurisprudencia, con un argumento decisivo: es la sociedad la que adquiere los bienes, por lo que no puede pretenderse que el pago del precio al suministrador extingue una deuda del usuario. No se comprende por qué motivos el usuario no compra directamente los bienes al suministrador una vez que la sociedad de "leasing" le ha prestado el dinero, como dice acertadamente CABANILLAS.

Parece rozar esta tesis el reciente trabajo de GARCÍA SOLE (24), en cuanto que califica el arrendamiento financiero como contrato de naturaleza estrictamente financiera, afirmando que el cumplimiento de las obligaciones del arrendador financiero se agota con el pago al proveedor designado por el cliente del precio del objeto del contrato.

A nuestro juicio, aunque las Sociedades de Arrendamiento Financiero se configuran hoy legalmente como Entidades de Crédito (art. 39.3 de la Ley sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito, de acuerdo con la Directiva 77/780, de 12 de diciembre, de la Comunidad Económica Europea), no cabe duda de la particular especialización impuesta por su objeto social exclusivo que solamente puede encajar en la idea de *operación análoga* de las que específicamente señala la definición legal de dichas Entidades de Crédito: recibir fondos del público en forma de depósito, préstamo, cesión temporal de activos financieros, como actividad típica y habitual (art. 1.º del Real Decreto Legislativo 1298/1986, de 28 de junio, hoy modificado por la Ley DIEC). En este sentido, compartimos el punto de vista de SEGURADO LLORENTE (25) de que la forma que adoptan las relaciones financieras entre las partes intervinientes en una operación de arrendamiento financiero globalmente considerada, aparece centrada en la sociedad arrendadora-financiadora, como conector de una serie de flujos monetarios entre dichas partes: hay un proceso de financiación de

---

*Anuario de Derecho Civil*, tomo XXXV, fascículo I, enero-marzo de 1982, págs. 53 y ss.

(23) Trabajo citado, págs. 54 y ss.

(24) FERNANDO GARCÍA SOLE: "La subrogación en los derechos de la compañía de leasing frente al proveedor o vendedor", en *Actualidad Civil*, núm. 15, abril de 1989, pág. 1.068.

(25) Obra citada, pág. 19.

la propia sociedad de “leasing”, que necesita de un proveedor de dinero; hay un proceso de compra del bien por la sociedad, apareciendo la figura del proveedor del bien; y hay un proceso del contrato de “leasing” entre la sociedad y el usuario. Existen —dice el autor— analogías entre el proceso de financiación de la sociedad y el “leasing”, si consideramos a ambas operaciones como crediticias de financiación, pero no ocurre lo mismo en el *ámbito jurídico* y operativo de las mismas. Ciertamente, a nuestro juicio el ropaje jurídico que reclama una operación de arrendamiento financiero es muy distinto del que basta para una mera operación de crédito o préstamo.

## 2) *El “leasing” como negocio fiduciario*

Es una tesis íntimamente conectada con la anterior. La sociedad del “leasing”, como propietaria fiduciaria de los bienes, puede oponer su derecho de propiedad frente a todos. Frente al usuario o vendedor fiduciante, la sociedad está obligada a cumplir el pacto de fiducia. Es decir, el “leasing” produce efectos reales oponibles “erga omnes” (v. gr. los acreedores del usuario y sus causahabientes) y personales (entre usuario y sociedad de “leasing”, que no podrá enajenar los bienes a virtud del pacto de fiducia).

El rechazo a la tesis del doble efecto del negocio fiduciario es hoy general en la doctrina, a partir de las enseñanzas de don FEDERICO DE CASTRO (26), y como dice CABANILLAS (27), la titularidad fiduciaria no se puede basar en lo que aparece como negocio transmisor de la propiedad (la venta simulada), sino que descansa únicamente en el pacto fiduciario subyacente (garantía del préstamo disimulado) y los actos dispositivos del fiduciario-titular dominical serán plenamente eficaces respecto de terceros de buena fe y a título oneroso.

AMORÓS GUARDIOLA (28) plantea la relación del “leasing” con la teoría del negocio fiduciario por la evidente desproporción entre el medio jurídico formalmente empleado (cesión de uso unida a una opción de compra) y el fin económico realmente querido (compra a plazos de un bien con reserva de dominio que, como veremos, es la tesis de este autor). Sin profundizar en el tema, que se aparta de su personal concepción del problema, estima que el “leasing” se asemeja bastante a la fiducia “cum creditore” y recuerda

---

(26) “El negocio jurídico”, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1971, págs. 379 y ss.

(27) Trabajo citado, pág. 58.

(28) Ponencia citada, págs. 815 y ss.

que la idea de fiducia o “trust” es propia de la mentalidad anglosajona, creadora de la moderna figura.

### 3) *El “leasing” como arrendamiento*

Dice muy acertadamente DE LA VIÑA MAGDALENO (29) que la doctrina dominante centra el “leasing” en el contrato de arrendamiento, pero enseguida le pone un apellido: “especial”, “sui generis”, “complejo”, “financiero”, etc.

Ha defendido particularmente esta tesis CABANILLAS SÁNCHEZ, en un trabajo ya clásico entre la mejor bibliografía sobre el “leasing” (30). Hay que huir de las ficciones —dice— y examinar el negocio tal como se desarrolla en la realidad. Y es indudable que la definición legal del arrendamiento de cosas del art. 1.543 del Código Civil se acomoda perfectamente al fenómeno “leasing”, a su estructura y al propósito de las partes. El hecho de que tenga el “leasing” una finalidad financiera, simplemente determina su carácter de *arrendamiento especial*, pues la misma se superpone a la causa del contrato: la cesión onerosa del uso y disfrute de los bienes durante el plazo estipulado. La compraventa previa entre el suministrador de los bienes y la sociedad de “leasing”, no desvirtúa su esencia arrendaticia, porque cada uno de estos contratos tiene causas propias. Tampoco es óbice a esta calificación arrendaticia, la habitual cláusula de subrogación del usuario en los derechos de la sociedad frente al suministrador, pues no afecta en modo alguno a la causa que caracteriza al arrendamiento de cosas. Y en el plano legislativo, tanto el Real Decreto-Ley de 25 de febrero de 1977 (art. 19), como el Real Decreto de 31 de julio de 1980 (arts. 1 y 2), se refiere a las empresas de arrendamiento financiero, al que define como arrendamiento con opción de compra. No obstante —por evidentes razones cronológicas, al ser su trabajo anterior— no recoge CABANILLAS la referencia a la Ley 26/1988, de 29 de julio, sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito, en cuya Disposición Adicional Séptima, como antes recogíamos, al definir el arrendamiento financiero, no se habla de arrendamiento, sino de *cesión de uso*.

También SEGURADO LLORENTE (31) configura el “leasing” como contrato especial de arrendamiento de cosas, convenio traslativo de uso atípico, cuya unidad contractual no queda desvirtuada por la inclusión de cláusulas que lo conforman como un arrendamiento con finalidad finan-

---

(29) Ponencia citada, pág. 96.

(30) Trabajo del *Anuario de Derecho Civil*, ya citado, págs. 58 y ss.

(31) Obra citada, págs. 62 y 63.

ciera, ni por el hecho de existir operaciones preparatorias, pues la compra-venta entre el arrendador y el suministrador del bien constituye una relación jurídica separada y distinta del arrendamiento celebrado entre el primero y el usuario-arrendatario. Aunque reconoce que la adquisición del bien por la sociedad es determinada directamente por el arrendamiento, ya que se trata de un contrato de ejecución (adquisición del bien) dentro del marco de otro distinto (arrendamiento financiero).

En la obra clásica de COILLOT (32), se afirma que el simple contrato de arrendamiento no basta para explicar la operación del "leasing". Y DE LA VIÑA MAGDALENO (33) pone de relieve que la definición que da el Código Civil del arrendamiento puede amparar otra figura jurídica que constituye un género, respecto del cual el arrendamiento es sólo un subgénero, y que es la cesión de uso. La cesión de uso no es privativa del arrendamiento, pues vemos que hay cesión de uso, por ejemplo, en el comodato, y, con carácter oneroso, en los derechos reales de uso y usufructo constituido por contrato, en el censo enfiteútico y en el consignativo, en la servidumbre, en el precario e incluso en el mutuo.

La tesis del "leasing" como arrendamiento la ha rebatido con brillante argumentación AMORÓS GUARDIOLA (34). La resumimos en los siguientes puntos:

a) Más importante que la estructura del contrato o elementos concurrentes es la función o finalidad perseguida por las partes y la única finalidad subyacente es la adquisición de la propiedad del bien, no la del arrendamiento con una opción de compra superpuesta, aunque formalmente esto es lo que se diga en los documentos.

b) En el arrendamiento, el pago de las rentas periódicas es la contraprestación por la cesión del uso de la cosa arrendada y esta es la causa onerosa, como contrato típico. En el "leasing", los pagos periódicos no representan el coste del uso, sino la fragmentación en plazos de valor total de la finca, incrementados con los intereses, los gastos de la operación y la cifra de beneficio industrial de la sociedad de "leasing". Es frecuente que en los contratos se hable de precio y, sólo después, en función de esa cantidad total, se calculan las rentas periódicas.

c) Los derechos y obligaciones nacidos del "leasing" se apartan sustancialmente del esquema del arrendamiento, hasta tal punto que de éste no queda nada más que el uso y el nombre. Efectivamente: se transfieren

---

(32) JACQUES COILLOT *El leasing*, editado por MAPFRE, Madrid, 1974.

(33) Ponencia citada, pág. 99.

(34) Ponencia citada, págs. 800 y ss.

al arrendatario los riesgos técnicos de la operación, de la propiedad; se libera a la sociedad de "leasing" de responsabilidad por la falta de entrega de la cosa o del goce pacífico, sin que, como contrapartida, el arrendatario se exima de la obligación de pago; el arrendatario soporta los riesgos de pérdida o destrucción de la cosa; se pacta la resolución por impago de uno de los plazos, con derecho de la sociedad para reclamar todos los plazos pendientes y perdiendo el arrendatario, como cláusula penal, lo ya pagado, cláusula que no tiene sentido en el arrendamiento; los pagos se instrumentan a través de letras de cambio, a veces, afianzadas por terceras personas; se obliga al arrendatario a pagar los impuestos que graven los bienes; etc.

d) Todos estos pactos desnaturalizan gravemente la relación arrendaticia y son propios, unas veces de un préstamo, otras de una transmisión de propiedad. Se produce una acumulación de normas contractuales que dan al contrato de "leasing" un contenido confuso y contradictorio y que no se corresponde con el arrendamiento típico: la cesión de uso del "leasing" no es la propia de un uso arrendaticio porque no existe una causa jurídica de arrendamiento.

e) Si consideramos el segundo de los elementos estructurales del "leasing", la *opción de compra*, vemos que tampoco su esquema contractual coincide con el derecho de opción de compra típico: el precio fijado para la compra al término del período de uso es sustancialmente distinto de su valor en cambio y la razón está en que dicho precio ya ha sido satisfecho por el usuario en los plazos pagados, que no se corresponden con un canon arrendaticio normal; el plazo habitual para el ejercicio de la opción, suele tener una duración mayor que la que se da en el "leasing", en este caso muy breve (30 o 60 días), lo que evidencia que se considera un plazo más.

La espléndida argumentación de AMORÓS pone de manifiesto, a nuestro juicio, las diferencias sustanciales entre el contrato de "leasing" y el contrato de arrendamiento. El "leasing" no es un arrendamiento típico: en el "leasing", como contrato de prestaciones múltiples y sucesivas, hay una cesión de uso, pero no un arrendamiento como tal. Otra cosa en la tesis alternativa que AMORÓS ofrece, que veremos a continuación.

4) *El "leasing" como compraventa con precio aplazado y reserva de dominio*

DE LA CUESTA RUTE en el año 1970 (35) y ZUMALACÁRREGUI en 1971 (36) habían defendido esta tesis en relación con el "leasing" mobiliario.

El "leasing" —dice el primero de estos autores— es una operación de crédito y el ánimo del empresario es el mismo que le lleva a convenir una compraventa; la diferencia está únicamente en el modo de financiarla y, si la compraventa se realizara directamente entre fabricante y usuario, no se negaría su condición de venta disfrazada; la relación triangular no cambia esa situación.

El segundo autor estima que la amortización de un bien de vida útil limitada es también limitada, breve, superponiéndose el precio del alquiler hasta superarlo, de tal modo que, más que arriendo, es una venta. En el "leasing" se encubre un arriendo, pero se produce de hecho la transmisión del dominio de la mayor parte de la utilidad de la cosa, con facultad además de adquirir el objeto desvalorizado. Y concluye: el "leasing" no deja de ser una venta a plazos, por lo que debe entrar en el juego de la Ley de Venta a Plazos de 1965.

También por razones cronológicas, ZUMALACÁRREGUI no podía prever que el Real Decreto-Ley de 25 de febrero de 1977, instaurador, como vimos, en España del régimen de las empresas de "leasing", excluiría los bienes muebles objeto de operaciones de esta clase de la Ley de Venta a Plazos y del Registro en la misma implantado.

En su Ponencia al VI Congreso Internacional de Derecho Registral (Madrid, 1984), ha defendido también AMORÓS GUARDIOLA, en relación con el "leasing" inmobiliario, la concepción de este contrato como compraventa con precio aplazado y reserva de dominio. Después de atacar el carácter arrendaticio del "leasing", afirma que la causa del contrato, para la sociedad de "leasing", es financiar una adquisición y sus problemas deben reconducirse a la categoría general de las operaciones de crédito a plazos. La sociedad de "leasing", como tal entidad financiera, no debe arrendar, pues el arrendamiento no es una operación de crédito. Y en esto lleva razón AMORÓS: el arrendamiento se saldría del objeto social que, por mandato legal, está reducido a la operación de "leasing" como tal (37).

---

(35) En sus "Reflexiones en torno al 'leasing'". *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 118, págs. 533 y ss.

(36) En su conferencia sobre "Financiación de las ventas a plazos y su protección registral". Centro de Estudios Hipotecarios. Está publicada en el tomo *Curso de Conferencias sobre Registro Mercantil* Año 1971, págs. 11, 52 y ss.

(37) Ponencia citada, págs. 804 y ss

Cuando los defensores del “leasing” —sigue diciendo AMORÓS— subrayan la importancia de ese arrendamiento que se cede para mantener la propiedad, están descubriendo la verdadera naturaleza del contrato: una venta con precio aplazado y reserva de dominio en garantía, si bien la reserva de dominio en vez de formularse paladinamente, se disimula (contrato simulado) mediante el pseudoarrendamiento y la posición del arrendador propietario.

Para redondear su tesis, AMORÓS se pregunta: ¿por qué entonces no se celebra un verdadero contrato de venta a plazos con reserva de dominio? La respuesta —dice— es variada: las ventajas de un contrato de adhesión, las dificultades de otras formas de financiación, la protección fiscal del “leasing”, no ser necesario un desembolso inicial, la ineficacia de la garantía hipotecaria del precio aplazado si la subasta no cubre los plazos pendientes, la falta de interés de la sociedad de “leasing” en adquirir los bienes y, por tanto, el desinterés en utilizar la condición resolutoria, el coste de las garantías tradicionales (hipoteca, condición resolutoria, etc.).

Como creemos que la argumentación contraria a la tesis de AMORÓS se encuentra en las Sentencias del Tribunal Supremo de 10 de abril de 1981 y 18 de noviembre de 1963, a las que más adelante aludiremos, dejamos para ese momento el oportuno análisis de fondo. Pero quisiéramos dejar ya apuntado un dato importante. Toda la argumentación de AMORÓS se apoya en un convencimiento previo, respuesta a una pregunta que el propio autor se formula: “¿Qué es lo que se financia aquí?”, y se responde: “La adquisición de un bien. No de su uso, sino de su propiedad”. Personalmente, entendemos que esto no puede aceptarse como regla general, sobre todo, cuando el valor residual es alto (algunos autores señala hasta un 15 o un 20 por 100, especialmente en el “leasing” de inmuebles) y el interés de un profesional o de una empresa está en no descapitalizarse, de una parte, y en no aumentar su inmovilizado, de otra. Y si lo que pretende es financiar la adquisición de la propiedad de un bien, tampoco se explica la previa transmisión de la misma por el usuario-dueño a la sociedad en los casos del llamado “lease back” o “retroleasing”.

##### 5) *El “leasing” como contrato nuevo complejo, pero con unidad causal*

Bajo esta rúbrica, incluimos algunas de las posiciones doctrinales que tratan de buscar la identidad del contrato de “leasing” alejándose, en mayor o menor grado, de las figuras contractuales típicas o ya acuñadas, legal e históricamente. Podríamos decir que se trata de construir el nuevo contrato no como arrendamiento, no como negocio fiduciario, no como compraventa con precio aplazado y reserva de dominio, ni siquiera como

una suma de figuras contractuales típicas, como pueden ser el arrendamiento y la opción de compra principalmente, sino que se trata de construir el "leasing" como "leasing", y nada más. Recordando el cuento de nuestro amigo, el portorriqueño SANDOVAL ALEMANY, ante aludido, se trata de examinar y estudiar globalmente el elefante, no una de sus partes y, además, con los ojos bien abiertos, no ciegamente, como los científicos del cuento.

Sin ánimo de agotar dichas posiciones doctrinales, recogeremos una breve síntesis de las que nos parecen más caracterísitas.

a) *Posición de DE LA VIÑA MAGDALENO* (38). Después de hacer un análisis de la teoría general de los contratos atípicos, califica el "leasing" de *contrato mixto* en el que se funden dos formas contractuales atípicas —la cesión de uso y la opción de compra— con causa única, aunque las prestaciones a favor del usuario sean varias. Si los elementos contractuales se disocian, no estaremos en presencia del "leasing", sino de otra modalidad contractual, que puede integrar un arrendamiento o una cesión de uso atípica, y la opción de compra es el elemento esencial integrante del contrato.

Si se rechaza la tesis del contrato mixto —por exigirse que esté constituido siempre por prestaciones típicas— estaremos ante un *contrato atípico e innominado*, que se regirá, a falta de normas propias, por las generales de las obligaciones y contratos, amén de la labor interpretativa de la Jurisprudencia.

Respecto de su calificación como *contrato civil o mercantil*, plantea el problema del acto de comercio y su distinción del acto civil. Si se identifica el "leasing" con la *compraventa*, ya sabemos que la calificación mercantil de este contrato ofrece ciertas dificultades al interpretar los artículos 325 y 326 del Código de Comercio. Si nos pronunciamos por la teoría del *negocio fiduciario* y consideramos al usuario como verdadero comprador, faltaría el propósito de revender y el ánimo de lucro en el comprador. Y, si se asimila el "leasing" al *arrendamiento*, las dificultades serían mayores, al ser el arrendamiento un contrato típicamente civil, no regulado en el Código de Comercio. Termina DE LA VIÑA señalando que en diversos países (Francia, Bélgica, Holanda, Portugal), se califica de mercantil la compra de bienes no sólo para revenderlos, sino también para alquilarlos.

b) *Posición de ZAYAS SANZA* (39). La calificación de *contrato mixto*

---

(38) Ponencia citada, págs. 99 y ss.

(39) FRANCISCO JAVIER ZAYAS SANZA: "El contrato de arrendamiento financiero inmobiliario. Leasing inmobiliario", en *Revista Jurídica de Cataluña*, 1983, núm. 2, págs. 22 y ss. Recoge este autor la Sentencia de la Sala Segunda de la Audiencia



viene avalada, a su juicio, por la reciente normativa, al considerar la opción de compra como elemento esencial del "leasing". Y por contrato mixto entiende aquel que se sirve de elementos propios de diversos contratos típicos, frente a los contratos atípicos que son aquellos que se alejan totalmente de los tipos contractuales regulados por la ley.

Sobre si estamos ante un *contrato civil o mercantil*, a pesar de que las disposiciones reguladoras no definen su naturaleza, cree que, por tratarse de un contrato perteneciente a la serie orgánica de la actividad constitutiva de la empresa, es de naturalza mercantil.

c) *Posición de BENAVIDES DEL REY* (40). Este autor ha estudiado muy detenidamente la problemática del "leasing", especialmente del inmobiliario, aunque entendemos que sus puntos de vista pueden fácilmente generalizarse a todo tipo de arrendamiento financiero.

Distingue entre la adquisición del bien, para su posterior cesión en régimen de arrendamiento financiero, y el contrato de arrendamiento financiero propiamente dicho; y, dentro de éste, la atribución de la opción de compra al usuario y el posible ejercicio por el mismo de la referida facultad. Los autores, por ello, señalan hasta tres figuras jurídicas implicadas: un contrato de *mandato* entre la sociedad de "leasing" y el futuro arrendatario; un contrato de *compraventa* entre el proveedor y la sociedad; y un contrato de *arrendamiento* que incluye una *opción de compra* del bien.

Las conclusiones de BENAVIDES DEL REY pueden sintetizarse así:

1.<sup>a</sup>) La problemática del arrendamiento financiero no puede resolverse ni explicarse acudiendo a fórmulas artificiosas o a la simple superposición o yuxtaposición de moldes jurídicos concebidos claramente para cumplir otros objetivos sociales o para dar cabida a otras situaciones jurídicas.

2.<sup>a</sup>) La actividad de las sociedades de "leasing", al adquirir el bien para cederlo en arrendamiento, no encaja en la figura del *mandatario* y menos aún en la del *mandante*. Aquella es la típica de quien actúa en su propio nombre y por cuenta propia. No existe la "contemptatio domini", característica del mandato: el precio lo hace efectivo la sociedad de "lea-

---

Territorial de Madrid de 12 de mayo de 1982, que en relación con el "leasing" mobiliario, calificó estos contratos de *naturaleza mercantil*, conforme al art. 2.º del Código de Comercio, habituales de la empresa, que envuelven una operación de financiación netamente mercantil, operada entre comerciantes y con fines industriales y comerciales.

(40) JOSÉ LUIS BENAVIDES DEL REY: "Inscripción en los Registros de la Propiedad de los contratos de arrendamiento financiero de bienes inmuebles regulados en el Real Decreto de 31 de julio de 1980" En *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1983, págs. 1.171 y ss.

sing", que adquiere la titularidad y hacia la que se proyectan los resultados civiles, fiscales y, en su caso, hipotecarios de su actuación.

3.<sup>a</sup>) Tampoco existe en la adquisición del bien por la sociedad del "leasing" un paralelismo claro con la *gestación de negocios ajenos*, pues no se explica la adquisición para luego ceder en arrendamiento, que marginaría el papel de aquella en la financiación.

4.<sup>a</sup>) Estamos —resume BENAVIDES— ante una nueva realidad social y económica: el "leasing" debe catalogarse como un *contrato mixto* en el que se funden dos formas contractuales de contenido atípico: el arrendamiento y la opción de compra, con causa única.

d) *Posición de FERNÁNDEZ-GOLFÍN APARICIO, RIVAS MARTÍNEZ y RODRÍGUEZ POYO-GUERRERO*. Estos autores, en un reciente trabajo conjunto presentado al XIX Congreso de la Unión Internacional del Notariado Latino (Amsterdam, 1989), afirma la imposibilidad de entender la estructura y efectos del "leasing", sin estudiar previamente el problema de su naturaleza jurídica (41).

El arrendamiento financiero aparece como una realidad compleja, pues su formalización y ejecución obliga: 1) a la adquisición en propiedad del bien por la sociedad de arrendamiento financiero, siguiendo las especificaciones del futuro usuario; 2) a la cesión de uso por la Entidad al interesado, a cambio de una contraprestación consistente en el abono periódico de las cuotas; 3) al establecimiento de una opción de compra a favor del usuario que, si la ejercita, al término del contrato, adquirirá el pleno dominio del bien, y, si no la ejercita, el arrendador podrá ceder el bien a un nuevo usuario. Ahora bien —se preguntan— ¿el "leasing" es una suma de diferentes contratos o más bien es un negocio jurídico complejo y unitario diferente de los negocios que lo integran?

A juicio de estos autores, el contrato de "leasing" está constituido en su aspecto externo por contratos diferentes, negocios aparentemente independientes entre sí, pero que en la realidad integran un negocio distinto de carácter unitario. Es una relación negocial que tiene como finalidad principal la financiación y adquisición de un bien determinado.

Estamos ante una relación jurídica unitaria, autónoma e independiente de los negocios que integran su estructura contractual; una figura nueva, un derecho real nuevo, distinto y diferenciado de los negocios que lo componen.

---

(41) ANTONIO FERNÁNDEZ-GOLFÍN APARICIO, con la colaboración de JUAN JOSÉ RIVAS MARTÍNEZ y JOSÉ MANUEL RODRÍGUEZ POYO-GUERRERO: "Influencia de la práctica en la evolución de la estructura de los derechos reales". Ponencia de España en el XIX Congreso de la Unión Internacional del Notario Latino, Amsterdam, 1989. Consejo General del Notariado, Madrid, 1989, págs. 145 y ss.

Como figura nueva —concluye— está sometida a su propio régimen legal que, aunque participa inevitablemente de las características componentes de dos formas contractuales, que constituyen sus elementos estructurales fundamentales (el arriendo y la opción de compra), da lugar a un derecho de naturaleza jurídica real inequívocamente diferenciada de la de aquellos. Y resumen: tanto el arrendamiento como la opción de compra, más que quedar desnaturalizados, quedan embebidos, difuminados, absorbidos por esa nueva figura jurídica independiente, con sustantividad propia como derecho real, que es el “leasing” o arrendamiento financiero.

### C) *Derecho Comparado*

#### 1) *Derechos nacionales* (42)

Aunque el origen del “leasing” —como ya se ha apuntado— hay que buscarlo en los Estados Unidos, en Europa la evolución del “leasing” se ha centrado en cuatro países miembros de la Comunidad Económica Europea, que absorben el 80 por 100 de la actividad: Gran Bretaña, Francia, Italia y Alemania.

Fue *Gran Bretaña* el país europeo que abrió brecha en el contrato de “leasing”, creándose en 1960 una filial de la “United States Leasing Corporation”. Partiendo del “Uniform Commercial Code”, se elaboró un proyecto de “Lending and Scurity Act.” Como antes veíamos, para el Código americano, el “leasing” es una de las varias garantías o “security interest”.

En *Francia*, la Ley 66-455, de 2 de julio de 1966, estableció ya una normativa específica de la actividad, configurando las operaciones de “leasing” como arrendamiento en el que el arrendatario tiene la facultad de adquirir los bienes alquilados por un precio ya convenido. El “leasing” inmobiliario tiene su regulación en la Ordenanza de 28 de septiembre de 1967 que reglamentó las populares SICOMI (“Sociedades Inmobiliarias para el Comercio y la Industria”) cuyas operaciones suponen la cesión en alquiler o por cualquier título de bienes inmuebles, siempre que el cesionario pueda llegar a convertirse en propietario. La Jurisprudencia francesa (Sentencia del Tribunal Comerial de La Rochelle de 24 de junio de 1964), ha calificado el contrato de “leasing” como de arrendamiento con opción de compra a favor del usuario. En orden a la doctrina, algunos autores

---

(42) Véanse los citados trabajos de CABANILLAS SÁNCHEZ, págs. 46 a 50; DE LA VIÑA MAGDALENO, págs. 78 a 80; RODRÍGUEZ MARTÍNEZ, págs. 91 a 95; y SEGURADO LLORENTE, págs. 27 a 29.

han rechazado la naturaleza arrendaticia del "leasing", considerándolo como contrato "sui generis" que no puede incluirse en ninguno de los tipificados; para otros, no es más que un préstamo de dinero.

En *Italia*, como ocurre en España, no hay una regulación sustantiva general del "leasing" financiero. Un proyecto de ley de 25 de julio de 1979 está inspirado en la Ley Francesa. La Sentencia de 14 de diciembre de 1972 del Tribunal de Vigevano, consideró que el "leaisng" no puede calificarse jurídicamente de venta con reserva de dominio, al faltar la causa propia de la venta, pues la finalidad del contrato era consentir el uso, sin la necesidad de adquisición de la propiedad. La doctrina italiana maneja hasta cuatro tesis sobre la naturaleza del "leasing": arrendamiento, venta, contrato mixto y préstamo con garantía real.

En *Alemania*, las primeras sociedades de "leasing" aparecen en 1962, a iniciativa de los Bancos, como en otros países. Falta una reglamentación específica de los aspectos sustantivos del "leasing". Los Decretos de 19 de abril de 1971 y 21 de marzo de 1972 están inspirados en la doctrina de la Sentencia del "Bundesfinanzhof" de 26 de enero de 1970, que atribuye la *propiedad económica* de los bienes al usuario en ciertos casos (duración del contrato igual o superior a la vida económica de los bienes, opción de compra meramente simbólica, bienes que sólo tienen significado económico para el usuario, etc.). Aunque la Sentencia aproxima el "leasing" financiero a la venta, la doctrina apunta las dificultades de admisión de la *propiedad económica* frente a la *propiedad jurídica* y considerar propietario a quien no es poseedor a título de dueño. Unos autores asimilan el "leasing" al arrendamiento; otros consideran que hay un contrato mixto; otros lo califican de contrato "sui generis" cuyas particularidades nacen de su función financiera.

## 2) *Derecho comparado congresual*

La Comisión Tercera del VI Congreso Internacional de Derecho Registral (Madrid, octubre de 1984), dedicó sus trabajos al estudio del "Leasing inmobiliario y sus repercusiones jurídicas". Quedó señalado el amplio debate que suscitó el problema de la naturaleza jurídica del "leasing" y, al final, la Asamblea aprobó una fórmula de compromiso, de la que pueden extraerse las siguientes notas: 1.<sup>a</sup>) el "leasing" es un contrato complejo, integrado por diversos elementos; 2.<sup>a</sup>) a pesar de los términos en que se redacta, el "leasing" no debe equipararse con el arrendamiento ni con la opción de compra, ni siquiera con el arrendamiento con opción de compra; 3.<sup>a</sup>) el "leasing", por la unicidad de su causa, constituye una realidad

unitaria e independiente, y 4.<sup>a</sup>) a falta de regulación sustantiva, deben aplicarse al "leasing", en primer lugar, las reglas generales de la contratación, y en segundo lugar las correspondientes al contrato más semejante de acuerdo con su naturaleza jurídica (43).

Creemos que este último dato es muy importante, en cuanto aleja el contrato de "leasing" de la normativa propia de los contratos típicos, a los que sólo recomienda la fórmula adecuada acudir a falta de normas generales sobre la contratación.

#### D) *El problema en la Jurisprudencia*

Una previa advertencia: toda la Jurisprudencia que citaremos ha tenido como base contratos de "leasing" mobiliario. Sin embargo, como avanzamos más arriba, entre ambos tipos de contrato de "leasing", a nuestro juicio, no hay diferencias desde el punto de vista causal y estructural, sin perjuicio de las diferencias en la problemática económica y negocial de la figura, por las esenciales diferencias entre muebles e inmuebles. Enfocaremos, pues, los fallos que siguen como doctrina de aplicación común a ambos tipos fundamentales de "leasing".

El Tribunal Supremo se ha movido entre la concepción del "leasing" como compraventa de bienes a plazos, cuando se dan determinadas circunstancias (1978), o como negocio mixto, contrato complejo y atípico (1981 y 1983). En otro nivel, la Audiencia Territorial de Madrid (1987) vuelve a la idea del contrato arrendaticio.

Pero veamos un extracto de los respectivos fallos.

##### 1) *Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de marzo de 1978*

La doctrina de la Sentencia (recogida en el primer Considerando) sostiene que los contratos de arrendamiento sobre bienes de equipo muebles, denuncia, *por las condiciones particulares*, la existencia de una *compraventa de bienes muebles a plazo*, contrato que, en consecuencia, está sujeto a la Ley de 17 de julio de 1965, por imperio de su art. 2.º. En consecuencia "no son oponibles a terceros, como lo es el ejecutante demandado, las reservas de dominio contenidas en los indicados contratos, al no haberse efectuado su inscripción en el Registro de Venta a Plazos, según previene el art. 23 de la mencionada ley especial". La Entidad recu-

---

(43) Véanse *Anales del VI Congreso Internacional de Derecho Registral*, cit., pág. 531.

rente había sostenido, por el contrario, que tales contratos son *atípicos*, cabiendo subsumirlos, en lo fundamental, en el art. 1.543 del Código Civil (es decir, en el *arrendamiento de cosas*).

Esta Sentencia ha sido comentada por CABANILLAS SÁNCHEZ (44), poniendo de relieve la extraordinaria importancia de la cuestión, pues, si se afirma la aplicación de la Ley de Venta a Plazos y la sociedad de “leasing” no ha hecho constar su titularidad dominical en el Registro, no puede oponerse la misma a los terceros (en el caso de la Sentencia, los acreedores del usuario que embargaron los bienes cedidos en “leasing”) (45).

Si la opción de compra es unilateral —dice CABANILLAS—, sólo si el usuario ejercita la opción adquiere la propiedad de los bienes y nada le obliga a adquirirlos al vencer el plazo del arrendamiento. En cambio, en la venta a plazos el comprador tiene que abonar obligatoriamente al vendedor una parte en el momento del contrato y el resto del precio en los plazos fijados. Por último, en el “leasing”, la propiedad de los bienes la conserva la sociedad, sin más; en cambio, en la venta a plazos, es necesario un pacto expreso de reserva de dominio.

Si la opción de compra es bilateral, se crea a favor de cada una de las partes la facultad de exigir el cumplimiento del contrato, pero la efectividad de la venta requiere declaración de voluntad de las partes. Por tanto —dice, siguiendo a CREMIEUX—, sólo hay riesgo de que la operación sea calificada de venta.

En cualquier caso, si se prueba que, bajo la forma de “leasing” financiero, se encubre una auténtica venta a plazos, se aplicará la Ley de 17 de julio de 1965 (pero esto requiere solucionar un problema previo de prueba procesal).

---

(44) *Anuario de Derecho Civil*, tomo XXXIII, fascículo III, M-80, págs. 759 y ss.

(45) En el comentario de CABANILLAS a esta Sentencia (véanse nota anterior), hace el autor una completa relación de las posiciones de aquellos juristas que han estudiado el problema de la naturaleza del “leasing” en relación con la concepción del mismo como venta a plazos: MARTÍN OVIEDO (el “leasing” no se estructura formalmente como venta a plazos); GARRIGUES y SÁNCHEZ CALERO (no es una venta a crédito, sino una figura especial); ILLESCAS (si la opción es bilateral, estaríamos ante una auténtica venta a plazos); IGLESIAS PRADA (la eficacia del “leasing” reside en la cesión del uso y no de la propiedad, por lo que no puede centrarse correctamente en la compra-venta la finalidad económica del negocio) y VIDAL BLANCO (la diferencia esencial entre el “leasing” y la compra-venta está en la titularidad de la propiedad del bien).

## 2) *Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de abril de 1981*

La doctrina de esta Sentencia, muy minuciosa, puede resumirse en los siguientes puntos:

a) El arrendamiento financiero ("leasing") se diferencia de la venta a plazos y no es posible predicar identidad de naturaleza entre ambas figuras. Al contrario, ya se entienda que el "leasing" constituye un *negocio mixto* en el que se funden la cesión de uso y la opción de compra con causa única, ya se entienda que se trata de un supuesto de *conexión de contratos* que deben ser reconducidos a una unidad sustancial o esencial, "el parecer más autorizado y desde luego mayoritario, lo acentúa de *contrato complejo y atípico*, gobernado por sus específicas estipulaciones y de contenido no uniforme, lo que lleva a concluir que, si no se prueba la mediación de un acuerdo simulatorio, en el que el "leasing" opere como negocio aparente para cubrir como querida una compraventa a plazos, lo que permitiría la aplicación del art. 2.2º de la Ley de 17 de julio de 1965, habrá de ser excluida esta normativa, como ajena que es a la intención y querer de las partes y no venir estructurado el arrendamiento financiero o "leasing" como si fuera una compraventa de esta modalidad, pues la finalidad económica respectivamente perseguida por una y otra operación es distinta".

b) Carente tal contrato de regulación en nuestro Derecho positivo, en el campo del Derecho privado, su otorgamiento es posible en lícito ejercicio del principio de autonomía de la voluntad y libertad de pacto del art. 1.255 del Código Civil. Incluso —dice la Sentencia— está regulado en otros órdenes, como es el "leasing" automovilístico (Circular de la Jefatura de Tráfico Central de 16 de febrero de 1974) y en el ámbito fiscal (Reglamento 3-12-1971 y 10-1-1972, Orden 3-6-1976 sobre normas de adaptación al Plan General de Contabilidad de las Sociedades de "Leasing" y, muy especialmente, Real Decreto-Ley de Ordenación Económica de 25 de febrero de 1977, que le dedicó todo el Título II).

c) No se puede hablar de la apariencia simulatoria de un contrato de venta a plazos cuando (como en el caso de la Sentencia) sólo hay cesión de uso, sin emplazamiento de la propiedad, retenida por la sociedad, y que sólo pasa al usuario mediante el ejercicio de la opción de compra, por un precio no precisamente simbólico, correspondiente al valor residual (que era de más de dos millones de pesetas, aún tratándose de un "leasing" mobiliario), incluso con la facultad, si el usuario no ejercita la opción, de exigir la recompra a la empresa vendedora.

d) El negocio, por su estructura y desarrollo, es ajeno a toda idea de un *préstamo de financiación* de los previstos en la Ley de 17 de julio de

1965 y la *atipicidad del contrato* no queda desvirtuada por la circunstancia de que la cantidad tomada a cuenta, a título de garantía, sea importante, ni porque la contraprestación de la arrendataria fuera atendida con el giro de letras a cambio.

3) *Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de noviembre de 1983*

Esta Sentencia reitera, a veces literalmente, la doctrina de la anterior. No obstante, debemos destacar algunos aspectos de los respectivos Considerandos.

a) El denominado arrendamiento financiero se encuentra entre las formas contractuales que las necesidades de la vida económica y social han introducido en el campo jurídico, sin regulación legal hasta el Real Decreto-Ley de Ordenación Económica de 25 de febrero de 1977.

b) El “leasing” es distinto de la compraventa a plazos con reserva de dominio, así como del préstamo de financiación a comprador de bienes a plazos.

c) Es de esencia en esta figura que sólo se transmite el uso de la cosa, que es seleccionada y elegida por el arrendatario como futuro usuario, el cual ha elegido asimismo a la persona del fabricante o proveedor, que entrega el bien directamente al arrendatario, que contrae la obligación de entrar en la posesión del mismo y recibirlo en nombre del arrendador como propietario y en nombre propio como arrendatario.

4) *Sentencia de la Audiencia Territorial de Madrid de 1 de octubre de 1987*

Esta Sentencia parte de la concurrencia en el contrato en cuestión de las circunstancias propias de una relación arrendaticia o *contrato arrendaticio*, en el que se trasmite el uso de una cosa y sin perjuicio de la añadida opción de compra a favor del usuario, y sin que sea obstáculo a esa calificación la manifestación en las condiciones generales de que la elección del bien objeto de arrendamiento la haya hecho el arrendatario, por lo que éste declara que no responsabiliza al arrendador de su adecuación al fin a que va destinado.

Como resumen-comentario de estos fallos podemos decir que la Jurisprudencia española configura el contrato de “leasing” como *contrato atípico*, más allá de la noción de contrato mixto, como fusión de la cesión de



uso y el arrendamiento con causa única y de la noción de *conexión de contratos* que deben ser reconocidos a una unidad esencial.

En segundo lugar, la Jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo rechaza la calificación del contrato de “leasing” como *compraventa con precio aplazado y reserva de dominio*, salvo que se pruebe la existencia de un acuerdo simulatorio, que es precisamente lo que ocurrió en la primera de las Sentencias que hemos anotado, que “las condiciones particulares” denunciaron la existencia de una venta a plazos, y aunque del contexto de la Sentencia se deducía una doctrina de aplicación general, al menos a los contratos de arrendamiento financiero de bienes de equipo, rectificada en posteriores fallos.

En tercer lugar, parece que nuestro Tribunal Supremo no toma en consideración la tesis del *carácter arrendaticio* del contrato de “leasing”. La Sentencia citada de 28 de marzo de 1978 le ofreció la posibilidad de hacerlo, pues la Entidad recurrente, frente a la tesis de la venta a plazos, había sostenido la existencia de un contrato atípico, al que cabía subsumir, en lo fundamental, en el arrendamiento de cosas. El Tribunal Supremo rechazó esa posibilidad alegando razones precesales (puede verse el Segundo de los Considerando). No parece, pues, que vaya a prosperar la doctrina de la Sentencia de la Audiencia Territorial de Madrid que hemos recogido y que califica al contrato de “leasing” como contrato de arrendamiento de cosas, previsto en el art. 1.543 del Código Civil. Y ello porque la doctrina del “leasing” como contrato atípico está ya reiterada en las Sentencias de 10 de abril de 1981 y 18 de noviembre de 1983, también recogidas.

En definitiva, la Jurisprudencia actual configura el contrato de “leasing” ... como *contrato atípico*, “gobernado por sus específicas estipulaciones y contenido no uniforme”, aceptando el Tribunal Supremo “la afirmación hecha por el Tribunal de Instancia, con toda rotundidad, de que el negocio celebrado por las partes constituye un *verdadero y querido contrato de “leasing” o arrendamiento financiero*, cuya definición da al efectuar una tarea calificadora de su naturaleza... premisa incólume en el recurso..., sólo rectificable en casación cuando manifiestamente han sido vulneradas las normas interpretativas o los resultados obtenidos pugna con el recto criterio” (algo que, según se deduce de la dos Sentencias de 1981 y 1983, que recogen esta doctrina no ocurre en los casos contemplados).

#### E) *Posición personal*

Antes de tomar partido sobre el problema de la naturaleza jurídica del contrato de “leasing” o arrendamiento financiero, nos parece oportuno

hacer algunas consideraciones breves, que enlazan directamente con lo que llamábamos *antecedentes* para el estudio de esta cuestión.

Efectivamente, creemos que éste es el momento en que debe recordarse el origen anglosajón del “leasing” y especialmente el esquema del “Uniform Commercial Code” donde, como veíamos, el contrato de “leasing” aparece sintetizado con los demás derechos de garantía en el llamado “security interest”. Por su condición de figura importada y, además, por su origen, es de muy difícil encaje en nuestro sistema que, de una parte, como sistema armónico y plenamente consolidado, no puede verse perturbado por su recepción. Pero, de otra parte, la ha de aceptar, por razones económicas y sociales y porque no podemos olvidar que la vida negocial y económica y, por tanto, la vida jurídica, se han universalizado y sería poco inteligente poner una muralla de la China a estas realidades.

Debemos ser conscientes también —y aquí entran ya en juego nuestra cultura y nuestras instituciones jurídicas— de la capacidad de recepción de nuestro sistema para aceptar y adaptar la figura, manteniendo sus esencias íntimas. Quizá lo perturbador sea forzar a ultranza su encaje en figuras preexistentes. No hay ninguna institución igual en nuestro Derecho. Pero tampoco lo había en el caso de la *multipropiedad*, que cuenta actualmente en nuestro país con un desarrollo doctrinal de primer orden; ni la hay en el caso del *crédito diferido hipotecario* (por citar dos figuras, también de importación, en trance de adaptación a nuestro Derecho). Creemos, personalmente, que se hace un uso pacato o excesivamente tímido de la teoría del “*numerus apertus*”, amparado por el principio de autonomía de la voluntad del art. 1.255 del Código Civil y, en materia de derechos reales inmobiliarios, expresamente recogida en la legislación hipotecaria (artículo 2.º de la Ley y 7.º de su Reglamento) que abre las puertas del Registro de la Propiedad no sólo a los derechos expresamente recogidos en la misma, sino también a los demás derechos de trascendencia real y, ante la duda, a todo acto o contrato que modifique, desde luego o en lo futuro, algunas de las facultades del dominio sobre bienes inmuebles o inherentes a derechos reales.

El mecanismo interno de transferencias jurídicas que el “leasing” comporta debe aceptar como es, sin preocuparnos demasiado por cambiarle el nombre, buscando su traducción en algunas de nuestras figuras contractuales, lo que, ciertamente, aliviaría los problemas de su estudio, pero también los falsearía. Aunque no de los significados de “to lease” sea arrendar, ya hemos visto que el “leasing”, en el “Uniform Commercial Code” no es un arrendamiento puro, tal como lo concebimos en Europa, sino más bien una garantía compleja.

En el “leasing”, en fin —y terminamos estas consideraciones— hay prestaciones que conceden uso, pero que se alejan del contrato de arrendamiento; y prestaciones de preferente adquisición, pero que igualmente se alejan de la opción típica; y una compra previa por la sociedad de “leasing”, según las instrucciones del usuario, que queremos desligar del contrato de “leasing” propiamente dicho, pero a la que —para mantener a la sociedad en el plano estrictamente financiero— remitimos al usuario cuando tiene problemas con un objeto o bien que él no compró. Bastaría este esquema para comprender que estamos ante una figura radicalmente nueva.

En nuestra opinión, el contrato de “leasing” o de arrendamiento financiero, responde a una serie de notas esenciales de las que hay que partir para tratar de configurar su verdadera naturaleza jurídica en nuestro Derecho. Y que resumimos así:

1.º) El “leasing” es un *contrato atípico*, un contrato nuevo, no encaillable, desde luego, entre las tradicionales figuras negociales que deben su origen al Derecho romano. Cuando decimos que es un contrato atípico, afirmamos simplemente que, por no resultar encuadrable en ninguno de los contratos que regula nuestro Derecho, carece de regulación sustantiva. No obstante, esta afirmación hay que hacerla con ciertas reservas, pues, tras la publicación de la Ley 26/1988, de 29 de julio, sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito que, como vimos, contiene (en su Disposición Adicional Séptima) no sólo la definición, sino también toda una serie de requisitos especiales del contrato, podríamos decir, al menos, que el nuevo contrato *empieza a estar tipificado en nuestro Derecho* positivo, siquiera se trate de normas de naturaleza económica y fiscal.

2.º) El “leasing” es un *contrato complejo*, por la pluralidad de transferencias patrimoniales, internas y externas, que constituyen su esencia. Esta complejidad hay que entenderla en el sentido de que el contrato de “leasing”, en su constitución y ejecución, muestra elementos, aspectos o prestaciones de las partes que, superficialmente se encuentran en una serie de figuras contractuales ya fuertemente tipificadas: *mandato romano* (si atendemos a la compra previa por la sociedad de “leasing” de un bien “según las especificaciones del futuro usuario”); *arrendamiento* (si reparamos en la cesión del uso del bien hecha por la sociedad al usuario, a cambio del pago de un canon o cuota periódica); *opción de compra* (si contemplamos la posibilidad del usuario de adquirir el bien, al término del período de uso, con preferencia a terceras personas); *fiducia en funciones de garantía* (si pensamos en la entraña financiera del contrato, de la que es máxima garantía no ya la reserva de dominio, sino la conservación del

derecho de propiedad plenos por la sociedad de "leasing" del bien objeto del contrato, con todas las consecuencias que ello comporta).

3.º) El "leasing" es un *contrato unitario con causa única*.

La calificación de contrato complejo no es óbice para que también el "leasing" deba ser calificado de contrato unitario, pues aquella complejidad lo es sólo de orden morfológico, ya que, desde el punto de vista de su fisiología o funcionamiento, responde a una *unidad causal sustancial*, que va más allá de lo que pudieran ser las causas particulares de aquellas figuras o prestaciones aisladas: causa-mandato; causa-arrendamiento o cesión de uso; causa-opción o de derecho de preferente adquisición; causa-fiducia; etc. Esa causa única es la *causa-"leasing" o causa-arrendamiento financiero* (si adoptamos la terminología de la Ley española) que tiene su traducción tanto en el período de perfección del contrato, reclamando *unidad documental* (lo cual no significa necesariamente documento único, pero sí interconexión de la compra previa y el contrato de "leasing" propiamente dicho), así como, tratándose del "leasing" inmobiliario, *unidad registral* (o integración de los distintos asientos del folio registral, para la plena producción de efectos respecto de terceros), como en el período de ejecución (de modo que el ejercicio del derecho de opción, por ejemplo, ha de ajustarse a las condiciones del contrato de "leasing" y no a las especificaciones del derecho de opción, tal como lo regula, si trata de inmuebles inscritos, el art. 14 de Reglamento Hipotecario) (46). Y, como regla general, el contrato debe regirse por su normativa específica, en primer lugar; por las reglas o normas generales de la contratación, en segundo lugar; y sólo por la normativa de otras figuras con las que algunas de sus prestaciones puedan guardar cierta analogía, en defecto de aquellas normas y siempre que no pugnen con su esencial naturaleza de negocio jurídico con causa única.

ANTONIO MANZANO SOLANO

Registrador de la Propiedad

---

(46) Veíamos, al resumir el Derecho Congresual, que esta solución fue adoptada por el VI Congreso Internacional de Derecho Registral.

# DICTAMENES Y NOTAS



# La pretendida vinculación del uso o destino de los espacios privativos en el régimen de propiedad horizontal

**SUMARIO.**—I.—LA OCASION Y EL ENFOQUE. II.—ANTECEDENTES Y FUNDAMENTOS DE DERECHO DEL AUTO PRESIDENCIAL Y DE LA RDGRN DE 25 DE SEPTIEMBRE DE 1991. III.—LA PERSPECTIVA CONSTITUCIONAL DEL DERECHO DE PROPIEDAD: 1. El acto de destinación como contenido esencial. 2. El carácter legitimador y reafirmador de la función social. IV.—ENTRE EL PODER ABSOLUTO Y EL DERECHO INERME O IRRECOGNOSCIBLE. V.—LA PROPIEDAD SOBRE ESPACIOS PRIVATIVOS EN EL REGIMEN DE PROPIEDAD HORIZONTAL: 1. Utilidad de la dogmática acerca de las prohibiciones de disponer. 2. El carácter de los desvanes. 3. El perjuicio de la cuota. 4. Descripción *versus* vinculación. VI.—ELEMENTOS COMUNES Y PROPIEDAD EXCLUSIVA, AMBITOS RESPECTIVOS DE PROHIBICION Y PERMISION DE ACTUACIONES DEL COMUNERO: 1. Imposibilidad de influir autónoma e individualmente en los elementos comunes. 2. Autonomía del propietario en la disposición material (incluido cambio de uso) de su espacio privativo. VII.—CONCRECIÓN DE LA LIBERTAD DEL DOMINIO Y CONSIGUIENTE PODER DE DESTINACION EN LA NORMATIVA (POSTCONSTITUCIONAL) PROYECTADA

## I. LA OCASIÓN Y EL ENFOQUE

Estas notas toman como ocasión y motivo la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 25 de septiembre de 1991 (BOE de 14 de octubre) y su elaboración ha sido facilitada por el Notario recurrente que ha tenido la amabilidad de proporcionarme todos los antecedentes de aquella Resolución.

El resultado que la decisión del Centro Directivo viene a corroborar

no puede por menos de resultar llamativo para cualquier mortal que sea consciente de la escasez actual de viviendas, particularmente en determinados aglomerados urbanos entre los que, desde luego, se cuenta la ciudad de San Sebastián. Precisamente, en el mismo centro de ésta se localiza el edificio cuya última planta pretendía hacerse habitable.

Si uno, además, ejerce de jurista, no puede resistirse a evaluar y contrastar los “argumentos” que, según la Dirección General, obligan a mantener aquel resultado que cualquiera de sus conciudadanos calificaría de “antisocial”, si no quiere caer en la tentación de suscribir acríticamente los excesos verbales con los que otros ilustres colegas han obsequiado, unas veces, a la amplitud de la actividad calificadora y, otras, al propio registrador en el desempeño de ésta (1).

Mis reflexiones, inicialmente urgidas tanto por la proximidad del caso como por el tono meramente lógico, si no perfectamente circular, de la Resolución de referencia, tratan de tomar una mínima perspectiva desde la ponderación de las facultades del propietario de un espacio privativo que, con las oportunas licencias municipales y sin que conste oposición de los vecinos, logra transformarlo en vivienda. A ello —mejor, a la publi-

---

(1) En efecto, frente a la equilibrada defensa que el propio Centro Directivo vino a hacer tanto de la función notarial como de la registral (órganos cualificados, que contribuyen al desarrollo del Derecho, a través de su actividad creadora y calificadora, al configurar jurídicamente aquellos actos de la vida real carentes, en mayor o menor grado, de regulación legal: RDGRN de 26 de octubre de 1973), la mera lectura de la Resolución que motiva estas notas, confirmatoria de la calificación del Registrador, predispone a compartir la conocida Sentencia de don JERÓNIMO GONZÁLEZ en el sentido de que la facultad de calificar, siquiera por lo que respecta a los documentos notariales, “se ha desenvuelto en tan desmedidas proporciones que abarca todo lo divino y lo humano”; y, quizás, a una toma de postura en favor del Notario “descalificado” y recurrente. Algo semejante debió animar la pluma del también Notario don JUAN B. VALLET de GOYTISOLO cuando —al decir del Registrador don JOSÉ M.<sup>a</sup> CHICO Y ORTIZ, *Estudios sobre Derecho Hipotecario*, I, 2.<sup>a</sup> ed., Madrid, 1989, pág. 657— no quiso entender la “grandeza y la servidumbre” de la función, pues dice que la labor del Notario en la adaptación de las normas a la vida jurídica, tiene ante sí el “freno” de la calificación de los Registradores, que puede ser saludable si consigue evitar subjetivismos o fantasías, pero puede ser contrario a la vida jurídica si actúa meramente como cancerbero de la letra de la ley en contra de las necesidades jurídicas vitales. En descargo, no obstante, del propio Registrador que califica habrá de recordarse, al menos en la hipótesis de nuestra referencia, la corresponsabilidad de las instituciones que hubieron de volver a valorar el conflicto y resolvieron con el mismo apego a la interpretación meramente literal. Justamente el propio CHICO Y ORTIZ, al reiterar la frase de VALLET —pág. 785— se siente en la necesidad de puntualizar: “Ahí radica la importancia de las resoluciones de la Dirección General de Registros y la gravedad de que éstas no mantengan en algún caso el debido equilibrio. Esto puede hacerlas perder el viejo prestigio de que hasta hace unos años habían gozado. Sería tan grave que resultaran un *dique* insalvable para la progresiva elaboración jurídica del Derecho, como si fueran un *coladero* de todo criterio subjetivas”.



dad registral de dicha transformación— se opone el Registrador en la inteligencia de que la legalidad vigente no admite, en beneficio y garantía de aquellos mismos vecinos, la decisión adoptada por el propietario de dedicar a vivienda su planta de desvanes.

## II. ANTECEDENTES Y FUNDAMENTOS DE DERECHO DEL AUTO PRESIDENCIAL Y DE LA RDGRN DE 25 DE SEPTIEMBRE DE 1991

En escritura de 22 de diciembre de 1975, por la propietaria única del edificio, se procedió a otorgar la división horizontal de la casa señalada con el número 5 de la calle Urbieta, de San Sebastián, dividiéndola en 13 fincas, independientes, e iniciando la descripción de la última con el giro “Planta de desvanes, destinada a trastero”. Interesa asimismo anotar cómo en los Estatutos (art. 4.º), aparte la reserva por la propietaria del derecho de levante de cuatro plantas nuevas, se previno la siguiente autorización genérica:

El propietario o propietarios presentes o futuros de las viviendas y los locales situados en la bodega y en el desván, así como de los que se formen por modificaciones físicas hechas en los mismos y de las demás fincas en que se distribuye el inmueble, podrán, sin necesidad de consentimiento o aprobación de los propietarios de otras partes del inmueble ni de la Junta de Condueños, practicar divisiones, segregaciones y agrupaciones y fijar para los nuevos locales y viviendas resultantes de esas operaciones las correspondientes cuotas de participación en el total valor del inmueble, mediante fraccionamiento o adición de las de los antiguos locales y viviendas y sin afectar a las otras partes del edificio, así como destinar partes de las superficies de aquellas fincas a pasillos de accesos comunes.

El 24 de octubre de 1986 se transmitió dicha planta de desvanes a un matrimonio que procedió, previas las oportunas licencias municipales, a realizar ciertas obras para su adaptación a vivienda, las que se manifiestan mediante escritura de obra nueva de 27 de junio de 1989 que, en consecuencia, varía el inicio de su descripción: número 13, Vivienda única de la última planta alta o desvanes de la casa señalada con el número 5 de la calle Urbieta, de esta ciudad de San Sebastián.

Presentada la anterior escritura en el Registro de la Propiedad número 2 de San Sebastián, fue calificada, el 20 de julio de 1990, con la nota siguiente:

Suspendida la inscripción del presente documento por no acreditarse, conforme disponen los artículos 5 y 16 de la Ley de Propiedad Horizon-

tal, el acuerdo unánime de la Junta de Propietarios para la conversión en vivienda del desván destinado a trastero, con la consiguiente modificación del título constitutivo.

El Notario autorizante de la escritura interpuso recurso gubernativo, en el que, fundamentalmente, llamaba la atención sobre la necesidad de interpretar sistemáticamente aquel título constitutivo, pues, así leído resultaba meridiano que la referencia al destino se había hecho en función meramente descriptiva y no como vinculación o imposición de uno definitivo; interpretación que, en el parecer del recurrente, venía corroborada por el principio de libertad de la propiedad, proclamado en el art. 348 CC y concretado, para caso análogo, por la STS de 20 de diciembre de 1989 (2).

Tampoco carece de interés dejar anotado el hecho de que la contestación del Registrador (3) en defensa de su nota no sólo contribuye al establecimiento de las premisas que, acogidas por la DGRN, harán su argumentación circular (la referencia al destino está en el título y su alteración le afecta), sino que, a mayor abundamiento, trae a la discordia un indicador (la menor cuota) que se erigirá en prueba de convicción para el Auto presidencial y que, no obstante haberse certificado en contra de su

---

(2) Alegó, según la síntesis que acabaría recogiendo la Dirección General en los antecedentes: Que en la interpretación de los negocios, el artículo 1.281 del Código Civil obliga a atenerse al sentido natural de las cláusulas si los términos son claros, y la expresión "destinada a trastero" se limita a dar un dato de hecho y por ello no puede entenderse que sea obligatorio ese destino; y lo mismo sucede interpretando el artículo 1.285 del Código Civil, ya que tal expresión se contiene en los antecedentes de la escritura, pero no en la parte dispositiva que es la que revela las reglas o acuerdos pactados, así como el artículo 1.287, máxime cuando la otorgante se reservó el derecho a construir nuevas plantas por encima de la actual, con lo que quedaría una planta de trasteros en mitad de la casa ubicada entre viviendas. Además, cita en su favor los artículos 348 del Código Civil y 3.º a), y 7.º de la Ley de Propiedad Horizontal, que consagra la libertad del propietario para dar a sus cosas el destino que estime conveniente, y así lo entiende la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de diciembre de 1989, que estimó lícita la conversión en supermercado de un local destinado a restaurante. Al no haber, por tanto, modificación del título constitutivo, no cabe la exigencia de los artículos 5 y 16 de la Ley de 21 de julio de 1960.

(3) Supuesto que sea fiel reproducción el antecedente que la recoge: Que si en el título constitutivo de propiedad horizontal del edificio se indicaba en el elemento número 13 que es "planta de desvanes" su transformación en vivienda, supone la modificación del mismo y la necesidad de acuerdo unánime de los interesados. Lo prueba igualmente en la cuota de esa planta de desvanes es el 3,75 por 100, mientras que la de las viviendas, con la misma extensión, alguna llega al 16,75 por 100, y que la reserva del derecho de levante no implique que las nuevas plantas lo sean de viviendas. Por último, que no hay un cambio de actividad, sino algo de mayor trascendencia con las lógicas repercusiones para el resto de la Comunidad.

pretendido significado, es lisa y llanamente “preterido” en la Resolución del Centro Directivo.

En efecto, el Presidente del Tribunal Superior de la Comunidad Vasca, en Auto de 10 de enero de 1991, al confirmar la nota, recoge puntualmente y potencia los argumentos del propio Registrador. Basta leer detenidamente los tres últimos fundamentos de derecho para colegir que la fuerza de convicción reside justamente en el que se instrumenta en derredor del signficiado de la cuota, ya que el segundo y el cuarto se llenan con afirmaciones genéricas no exentas de alguna petición de principio. He aquí su tenor literal:

**PRIMERO.**—Se plantea en este caso la corrección o no de la nota calificadora del Sr. Registrador de la Propiedad núm. 2 de San Sebastián, suspendiendo la inscripción pretendida de la escritura pública de obra nueva autorizada por el Sr. Notario de la misma ciudad D. Aquiles Paternottre Suárez, obra realizada en la planta de desvanes de la casa núm. 5 de la calle Urbieta de San Sebastián, por entender que no se acredita conforme a los arts. 5 y 16 de la Ley de Propiedad Horizontal, el acuerdo unánime de la Junta de Propietarios, para convertir en vivienda el desván destinado a trastero, con la consiguiente modificación del título constitutivo

**SEGUNDO.**—A tal respecto, conviene precisar, para ordenar lógicamente el razonamiento, que el derecho de propiedad no es un derecho absoluto, sino que tiene sus límites, entre ellos los establecidos en las leyes, según proclama el art. 348 del Código Civil. En esta línea se sitúa la Ley de Propiedad Horizontal de 21 de julio de 1960, al disponer de sus arts. 5.º y 16.º que, cualquier modificación del título constitutivo de la propiedad horizontal exige los mismos requisitos que su constitución, variación que deberá hacerse para ser válida, con el consentimiento unánime de todos los propietarios.

**TERCERO.**—Aparece claro al presente en el número trece del título que la planta de desvanes, la aquí construida, es destinada a trastero y prueba de que tal destino fue elemento básico al constituirse la propiedad horizontal, es que, pese a tener 160 mts. de superficie se le asigna una cuota de sólo el 3,75 por 100 sobre el total valor de la finca, mientras que a las viviendas, con igual superficie, así la del piso 1.º, se le atribuye una cuota de participación del 16,75 por 100 y a la del piso 4.º la del 14,70 por 100.

**CUARTO.**—Así las cosas y puesto que el sentido de lo convenido o los términos de la cláusula que se analiza son claros, pues no es una simple descripción, sino la fijación o determinación de un destino, aspecto esencial en un edificio urbano, ha de entenderse que establecer cualquier otro distinto, cual es el dedicarlo a vivienda, supone una variación sustancial, para cuya validez y eficacia entra en juego lo dispuesto en los aludidos preceptos, cuya falta genera una dificultad subsanable para que el documento tenga acceso al Registro de la Propiedad.

Dichos argumentos fueron nuevamente contestados por el Notario recurrente (4), quien se alzó de la decisión presidencial, explicando las razones a que obedecía la fijación de una cuota inferior (5).

No obstante, la Dirección General, en la indicada Resolución de 25 de septiembre de 1991, acordó confirmar el auto apelado, vistos los artículos 5 y 16 de la Ley de Propiedad Horizontal y a partir de tres escuetos Fundamentos de Derecho que conviene tener a la vista:

PRIMERO.—Toda la cuestión gira en torno a si la transformación de una planta de desvanes en vivienda supone o no la modificación del título constitutivo, pues si lo alterase sería necesario el acuerdo de la Junta de copropietarios en la forma requerida por los artículos 5 y 11 de la Ley de Propiedad Horizontal.

SEGUNDO.—Examinada la escritura de 22 de diciembre de 1975 ante el Notario de San Sebastián don Miguel de Castells, en la que se constituye en régimen de propiedad horizontal la casa en ella descrita, se observa que en la descripción de los diversos elementos privativos, el correspondiente al número 13 figura como una “planta de desvanes destinada a trasteros”, y aunque normalmente tales desvanes por su situación inmediata al tejado suelen tener la consideración de elementos comunes del edificio, o bien de anejo inseparable de un piso o local, nada impide y así ha sucedido en este caso, el que pueda configurarse como un elemento privativo independiente al tener todo él una salida directa a la escalera, más, en cualquier caso, la alteración de su destino supone un cambio importante en la medida que afecta a todos los copropietarios del inmueble y requerirá la aprobación de la Junta de Condueños al suponer una modificación del título constitutivo (artículo 5 de la Ley).

TERCERO.—La cláusula 4.<sup>a</sup> de los Estatutos de la Comunidad se refieren a la facultad que tienen los propietarios de la bodega, pisos y desván para hacer las modificaciones físicas que permitan practicar divi-

---

(4) Que la cuota más pequeña de la planta de desvanes —al igual que sucede con la de la bodega destinada a vivienda— se debe no a su destino, sino a su deficiente aprovechamiento, ya que al estar los desvanes bajo los tejados tienen para igual superficie mucha menos utilidad que las plantas normales, y en este caso concreto, según un informe técnico del Colegio Oficial de Arquitectos Vasco-Navarro, tiene el desván una altura de 1,5 y 2,60 metros, frente a los 3,39 metros de las plantas de vivienda, salvo la quinta y 3,02 de la bodega-vivienda; que carece de ventanas a la calle, y sólo cuatro al patio interior frente a las siete de las otras plantas, incluida también la bodega, por lo que no puede basarse en la reducida cuota del desván —que también la tiene la bodega-vivienda— para interpretar que se ha vulnerado el título constitutivo.

(5) En diligencia para mejor proveer, y de acuerdo con el artículo 127 del Reglamento Hipotecario, se aporta al recurso, certificado de 28 de enero de 1991 del Colegio Oficial de Arquitectos Vasco-Navarro en relación a la calle Urbietta, número 5, de San Sebastián, que contiene los datos antes señalados, así como que la superficie construida de cada una de las plantas es de 160,6 metros cuadrados, salvo la de desvanes, que es el 101,8 metros cuadrados, y la superficie útil de 137 metros cuadrados las primeras y sólo 86 metros cuadrados la última.

siones, segregaciones y agrupaciones, todo ello sin necesidad de aprobación de la Junta de Condueños, pero no autoriza sin esta aprobación a transformar el destino de un elemento privativo de desván-trastero en vivienda, y por eso también la necesaria licencia municipal de obras concedida hay que entenderla subordinada en este aspecto a aquella otra aprobación.

### III. LA PERSPECTIVA CONSTITUCIONAL DEL DERECHO DE PROPIEDAD

Aunque pueda parecer grandilocuente, constituiría auténtica ligereza intelectual por mi parte realizar ahora un análisis pretendidamente jurídico sin anteponer una referencia, por escueta que sea, a los principios constitucionales en la materia. Estos han de tener virtualidad no sólo en los conflictos de los grandes hacendados, sino también en los reducidos ámbitos dominicales de quien únicamente conoce la propiedad inmueble por los problemas que le acarrea el piso que habita o pretende habitar en régimen de propiedad horizontal; no sólo con motivo de una formal (y acaso espectacular) expropiación, sino igualmente con ocasión del ejercicio de cualquier facultad cuya efectividad se veta en nombre del Derecho.

Con ese mismo tono preliminar, parece pertinente recordar que no hay propiedades inmunes a la vigencia constitucional. Al contrario, como ha tenido ocasión de escribir recientemente un autorizado civilista (6) “el reconocimiento constitucional viene referido a todas y cada una de las instituciones propietarias (incluidas las denominadas “propiedades” sobre los bienes inmateriales), descritas en su multiplicidad, con la idea, suficiente a su finalidad particular, de preservar, de modo necesario, un ámbito de poder económico para los privados”.

Pues bien, los dos principios o conceptos constitucionales, que han venido a constituirse en referentes insoslayables y fundamentales de cara al examen de cualquier propiedad, esto es, el concepto “defensivo” y contenido esencial y el elemento “reafirmador” (y, en casos, negativo) de la función social, sugieren de inmediato una solución contraria a la que se impuso en el caso objeto de consideración.

#### 1. *El acto de destinación como contenido esencial*

Es referencia obligada, para la conceptualización de lo que haya de entenderse por “contenido esencial” de un derecho con reflejo constitucional, la conocida Sentencia del Tribunal Constitucional de 8 de abril de 1981, por

(6) ANGEL M. LÓPEZ Y LÓPEZ, *La disciplina constitucional de la propiedad privada*, Madrid, Tecnos, 1988, pág. 41.

cuanto, aún dictada pensando en el derecho de huelga, se ha tornado de interés general respecto de cualquier otro derecho. De su doctrina, interesa recuperar, no sólo el condicionamiento que la opinión jurídica común significa para la delimitación del contenido esencial de un derecho todavía no regulado por la Ley Post-Constitucional, sino también el subrayado de que la comprensión de ese contenido básico nunca puede obtenerse a virtud de limitaciones o restricciones arbitrarias e irrazonables. Nos basta, al efecto, con reproducir estos dos incisos de su razonamiento, extraídos del fundamento jurídico octavo:

El contenido esencial del derecho subjetivo, al que se refiere el artículo 53 de la Constitución Española, puede determinarse a partir del tipo abstracto conceptualmente previo al momento legislativo, que resulta de las ideas generalizadas o convicciones generalmente admitidas entre los juristas, los jueces, y en general, los especialistas en Derecho, de modo que constituyen el contenido esencial de un derecho subjetivo aquellas facultades o posibilidades de actuación necesarias para que el derecho sea reconocible como perteniente al tipo descrito y sin las cuales deja de pertenecer a ese tipo, y tiene que pasar a quedar comprendido en otro desnaturalizándose, por así decirlo.

El segundo posible camino para definir el contenido esencial de un derecho consiste en tratar de buscar lo que una importante tradición ha llamado los intereses jurídicamente protegidos como núcleo y médula de los derechos subjetivos. Se puede entonces hablar de una esencialidad del contenido del derecho para hacer referencia a aquella parte del contenido del derecho que es absolutamente necesaria para que los intereses jurídicamente protegibles, que dan vida al derecho, resulten real, concreta y efectivamente protegidos. De este modo, se rebasa o se desconoce el contenido esencial cuando el derecho queda sometido a limitaciones que lo hacen impracticable, lo dificultan más allá de lo razonable o lo despojan de la necesaria protección.

Una doctrina, la que acabamos de transcribir, que fue corroborada por el propio Tribunal en la no menos conocida Sentencia de 26 de marzo de 1987, resolutoria del recurso de inconstitucionalidad interpuesto contra determinados preceptos de la Ley Andaluza 8/1984, de 3 de julio, de Reforma Agraria. Y se trata de una Sentencia singularmente importante para nuestro caso, no sólo porque hace referencia específica al derecho de propiedad inmueble (rústica), sino porque, para la potenciación del aspecto de deber o función social, no necesita incidir en aquel contenido esencial, pues enseña que éste, en todo caso, ha de ser respetado (salvo, expropiación) y que sólo habrá de ceder ante la presencia de intereses públicos y sociales superiores. La necesaria conjugación de ambos enfoques resulta meridiana en el segundo fundamento jurídico:

La Constitución reconoce un derecho a la propiedad privada que se configura y protege, ciertamente, como un haz de facultades individuales sobre las cosas, pero también, y al mismo tiempo, como un conjunto de deberes y obligaciones establecidas, de acuerdo con las leyes, en atención a valores o intereses de la colectividad, es decir, a la finalidad o utilidad que cada categoría de bienes objeto de dominio está llamada a cumplir...

... Utilidad individual y función social definen, por tanto, inescindiblemente, el contenido del derecho de propiedad sobre cada categoría o tipo de bienes.

Mas, antes de que puntualicemos la utilidad que, para la resolución de nuestro problema, puede aportarnos el imperativo de la función social, conviene especificar qué es exactamente lo que nuestros juristas más autorizados entienden por contenido esencial del derecho de propiedad y que no es otro que la relación de dominación material y jurídica (goce y disposición), *la más plena posible* sobre el objeto, con arreglo a la naturaleza de éste y su transcendencia social (7).

Características exclusivas de la relación dominical —concluye el mismo maestro de civilistas— son, así, de una parte, la total influencia fáctica sobre la cosa, que permite utilizarla a voluntad ... y, de otra, *imprimir a la cosa el destino y utilización que tenga por conveniente*. Primacia, ésta del poder de destinación, en la que insiste reiteradamente otro autorizado especialista (8):

¿Cuál es el contenido esencial de la propiedad, según la CE? A mi juicio, que ya expuse y justifiqué hace tiempo, la propiedad se identifica, en cuanto derecho subjetivo, por la decisión sobre el destino económico

(7) Esa es la conclusión de JOSÉ LUIS LACRUZ BERDEJO, *Elementos de Derecho Civil, III*, vol. 1.º, 2.ª parte, Barcelona, 1988, pág. 45, lugar en el que apostilla: La ley puede imponer cualesquiera limitaciones, obligaciones y transformaciones en atención a estos criterios, pero siempre de modo general (la privación singular tiene su cauce en la expropiación) y mediando causa proporcionada.

(8) Se trata de VICENTE L. MONTES PEÑADES, en *Comentario del Código Civil*, Madrid, 1991, I, págs. 957 a 161, donde descarta la facultad de disposición (jurídica) como elemento identificador y vuelve a precisar la singularidad de aquel otro contenido: el goce consiste en la utilización directa del bien, por el propietario o, en otras palabras, en la posibilidad de obtener de modo directo las utilidades de que la cosa es capaz. Ello significa que el goce implica el desarrollo del "valor en uso" de la cosa... la utilización directa (que incluye la llamada disposición física o modificación de la esencia física de la cosa)... En el fondo, el objeto de *licere* del *dominus* no es un tipo de goce, sino una orden, una decisión, acerca del goce... para el propietario carece de relevancia el acto de destino preestablecido, que puede alterar, o desconocer, y no tiene el deber de respetar... El interés del propietario ha de configurarse como un interés en la elección del tipo de goce o de los posibles destinos del bien, interés que no esté protegido en ninguno de los tipos de derecho de goce. De este modo, corresponde al propietario la competencia (exclusiva) de determinar, de modo independiente y autónomo, la elección del tipo de goce y por ello esta elección puede ser hecha por el propietario de modo pleno, es decir, en cualquier dirección querida por él.

de la cosa. A diferencia de cualquier otro titular de derechos sobre un bien, el propietario tiene, “per se”, la competencia para decidir sobre la inserción del bien en el proceso económico, en uno y otro sentido. Desde una perspectiva formal, *ese es su poder, y no lo comparte con nadie*.

## 2. *El carácter legitimador y reafirmador de la función social*

Ya se sabe que este concepto constitucionalizado inicialmente nace como imperativo de utilización de los bienes por su propietario y pone como horizonte la finalidad, socialmente controlable, de obtener de aquéllos el rendimiento óptimo. Es así que, el cumplimiento de la denominada función social, se constituye en condición de conservación de las facultades típicas del propietario, en la medida en que sólo el incumplimiento de aquéllas deja expedita la vía para la intromisión o privación por parte de los poderes públicos.

Desde esta “eficacia negativa” suelen explicarse singulares actuaciones de la Administración habilitada —en tanto gestora de intereses sociales— para condicionar determinados disfrutes o titularidades: ordenar el arrendamiento forzoso, retraer la vivienda de promoción pública e incluso expropiar.

Así, pues, habida cuenta del origen y operatividad natural de la idea de función social, una lectura somera del artículo 33.2 CE permite deducir un carácter delimitador, precisamente, del contenido específico de la propiedad privada. En ella la que, evaluada por las leyes, permitirá establecer el contorno, suplementario respecto del contenido esencial, de los poderes del propietario de un determinado tipo de bienes (9).

Con todo, para el enfoque de estas notas, reviste mayor interés aún la que podemos denominar “vertiente positiva” de esa misma función social. Quiero decir que la coincidencia entre las pretensiones de utilización por el titular del bien y el papel que se considera indicado socialmente para los objetos pertenecientes a la misma categoría, no puede por menos de suponer una garantía o reafirmación de legitimidad de la actuación intentada (10); y, más concretamente, que en nuestro caso, para juzgar la facultad

---

(9) Para LÓPEZ Y LÓPEZ, *La disciplina constitucional*, cit., pág. 45, el artículo 33.2 constituye el referente básico, pues mientras el apartado 1 “se refiere al reconocimiento a los particulares de un ámbito genérico de aprobación, disfrute y transmisión de los bienes económicos”, el segundo —delimitación a virtud de la función social— “se mueve en el plano de delimitación de concretos Estatutos de la propiedad, según la transcendencia económico-social del bien.

(10) En términos bastante genéricos, pero acertados y en la dirección que apuntamos, escribió ya hace años VICENTE O. TORRALBA SORIANO, “El Derecho civil desde la codificación hasta el tiempo presente”, *RGLJ*, t. 239 (1975), pág. 347: “La introducción de la exigencia de una función social en el concreto de derecho subjetivo ha implicado



del propietario de imprimir a su espacio (privativo) urbano el destino que pretende (lo que, en principio, representa la quinta esencia de la propiedad misma), no ha de considerarse irrelevante o neutra la función social que la Comunidad entiende apta para ese tipo de propiedades. Una función social, en fin, a cuya identificación no puede, obviamente, ser ajena ni la escasez de viviendas en el entorno ni el espíritu del artículo 47 de la propia Constitución (11).

Aunque sólo fuera al objeto de prevenir determinadas objeciones simples o precipitadas, en el sentido de que la anterior retahíla se halla fuera de lugar o es meramente especulativa con relación a la propiedad horizontal y a nuestra hipótesis, arguyendo que la misma ley reguladora ya tiene evaluada esa función social y, no obstante, mantiene —en función delimitadora del contenido de esa propiedad— numerosas restricciones para el propietario, que no goza de un derecho “absoluto” (recuérdese el apoyo que en esta aseveración, por lo demás, obvia, encuentra el auto presidencial), se impone aún —y supuesto cuanto se ha dicho en tema de “contenido esencial”— insistir en un dato y una apreciación.

El dato evidente se refiere al carácter preconstitucional de la Ley de Propiedad Horizontal de 21 de julio de 1960, que no ha sido retocada en los extremos que nos importan. Luego, las pretendidas limitaciones impuestas por dicha norma es seguro que no se han establecido a la vista, de los indicados parámetros constitucionales. Precisamente, la regulación que en estos momentos se proyecta sí tiene cuenta de ello y, consiguientemente, también para ese tipo de propiedad actualiza —como veremos— las consecuencias del principio de libertad.

La apreciación, que parte lógicamente de aquel dato, tiene por objeto llamar la atención, no ya sobre la actuación de la garantía (“contenido esencial”) frente al legislador o la necesaria actualización legal de las

---

una concreción del contenido y de las facultades del mismo, así como una especie de legitimación de la titularidad derivada de su correcto ejercicio, legitimación que juega, por supuesto, positivamente, se mantiene al titular que ejerce sus derechos de acuerdo con las necesidades sociales, y negativamente, se priva del derecho a causa de un ejercicio abusivo o antisocial del mismo”. Más recientemente y por seguir limitando la cita a la doctrina española, concorde con la de otros países de nuestro entorno, puede consultarse LÓPEZ Y LÓPEZ, *La disciplina constitucional*, cit., pág. 62: la instauración de la ley de la finalidad supone que “el propietario tiene una función de cumplir, una función social, y que mientras la cumpla, o no la medida en que la cumpla, sus actos como propietario estarán protegidos.

(11) Como se sabe es uno de los preceptos dedicados a enunciar los principios rectores de la política social y económica y, en su primer párrafo, proclama: “Todos los españoles tiene derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada. Los poderes públicos promoverán las condiciones necesarias y establecerán las normas pertinentes para hacer efectivo este derecho, regulando la utilización del suelo de acuerdo con el interés general para impedir la especulación”.

consecuencias subsiguientes a la observancia o contradicción de la función social, sino particularmente acerca de la insoslayable virtualidad de esas mismas exigencias constitucionales en la interpretación cotidiana y actual, sea para recuperar y mantener interpretativamente lo que en el ámbito jurídico especializado se entiende por contenido esencial de la propiedad horizontal/privativa, sea para reafirmar la legalidad de una concreta actuación del propietario que, entrando en el círculo delimitado por aquel contenido, parece guiada por la función social que de su dominio cabe esperar (12).

Esta preocupación permeabilizadora de la interpretación diaria a los principios constitucionales está, desde luego, indicada para cualquier operador jurídico, pero ha de reputarse absolutamente preceptiva, no sólo para los Tribunales de justicia (13), sino también para las instancias administrativas. En este sentido, es obvio que tanto el Registrador como la propia Dirección General, aún no ejerciendo jurisdicción (tampoco el presidente del Tribunal Superior en este “recurso gubernativo”), encarnan una faceta de los “poderes públicos” a los que la Constitución nombra de continuo.

---

(12) Es reiterativa en doctrina esta transcendencia hermenéutica de los preceptos y principios constitucionales, incluidos los prefiguradores del derecho de propiedad y tanto por relación a la garantía de su “contenido esencial” como, singularmente, a la fuerza modalizadora del ejercicio en atención a la concreta función social, incluso en la vertiente que antes denominábamos reafirmadora. Véanse, si no, LÓPEZ Y LÓPEZ, *La disciplina constitucional*, cit., págs. 72 a 79, donde explica cómo ha de operar mediante su catalogación como principio general del derecho; y LACRUZ, *Elementos*, cit., págs. 39, 45, 47 y 48: la proclamación de la función social del dominio en los textos constitucionales entraña un modo de interpretación de los preceptos vigentes, amén de un programa y una barrera para el legislador... la regla no proporciona la solución expresa de ningún problema, sino que suministra una directriz genérica..., inspira y conduce la aplicación de las reglas y decisiones particulares que componen y expresan el dominio en aquel específico evento. Saber, en cada caso, hasta dónde alcanzan los derechos del dueño —no se olvide que constitucionalmente protegidos— y dónde cesan al ser superados por una función social .. es una tarea de “*prudentia juris*” nada fácil, que exigirá apreciar si el peso del imperativo comunitario alcanza a autorizar la mutilación o el acortamiento de unas facultades de dominio que sin razones convincentes no deben perder la indefinición de sus fronteras.

(13) Así imperativamente lo establece el art. 5.1 LOPJ: La Constitución es la norma suprema del ordenamiento jurídico, y vincula a todos los Jueces y Tribunales, quienes interpretarán y aplicarán las leyes y los reglamentos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos.

#### IV. ENTRE EL PODER ABSOLUTO Y EL DERECHO INERME O IRRECONOCIBLE

Por lo visto, al margen que constitucionalmente se deja (o impone) al legislador y al intérprete para el diseño de las facultades dominicales viene señalado, por arriba, en las amplias habilitaciones al titular que recoge el espíritu originario del artículo 348 CC (14) y, por abajo, en el mínimo común denominador que hoy significa el contenido esencial, identificado —según dijimos— con el poder de imprimir un destino económico o prescindir del que, previamente, el anterior titular, o el actual, hubiera fijado para el bien.

Desde este ángulo, el auto presidencial no puede ser criticado en el punto en que genéricamente proclama que el derecho de propiedad no es (ya) un derecho absoluto, sino ajustado —al amparo del propio artículo 348 CC— por la Ley de Propiedad Horizontal.

Que no se niegue la mayor, no significa que no pueda disentirse de la conclusión —imposibilidad de cambiar el destino o uso— en la medida en que el silogismo haya descuidado el rigor lógico, o el espíritu constitucional, en la formulación de alguna de las proposiciones interpuestas.

Por lo pronto, si se filtra aquella genérica negativa a la luz de los indicados preceptos constitucionales, hemos de tener claro que en absoluto puede dejar entender que, ahora, el de propiedad acabe siendo un derecho inerme o inidentificable.

Precisamente respecto de una de las propiedades más funcionalizadas, la STS 4.<sup>a</sup>, de 21 de febrero de 1981 (15), se vio en la necesidad de advertir acerca del límite de la “inutilización”, proclamando, de entrada, “Que, en supuestos como el presente (alcance del *ius aedificandi* y significado de las licencias), no se debe perder de vista que, por mucho que se enfatice sobre la mutación sufrida por el derecho de propiedad en materia urbanística, hasta convertirse en un derecho de los llamados estatutarios, su declinación

(14) En efecto, dicho máximo alcance queda enunciado en la definición que hacen del derecho de propiedad los glosadores (derecho más pleno posible en la cosa), se exterioriza asimismo en el precedente francés (gozar y disponer “del modo más absoluto”), y encuentra su explicación el hecho de que el contenido del derecho dominical se enseñe y regule como “un *agere licere* tendencialmente ilimitado”, toda vez que la disciplina decimonónica de la propiedad casi se agota en la regulación de las cuestiones o aspectos de adquisición y pérdida de ese derecho subjetivo paradigmático. Es, pues, lógico que su contenido se conciba “como un vacío, presidido por la omnimoda voluntad del titular, cuyo arbitrio, dentro de ese círculo, era la medida de las concretas manifestaciones del ejercicio del derecho” (LÓPEZ Y LÓPEZ, *La disciplina constitucional*, cit., pág. 60).

(15) RA núm. 1.147, ponente: Excmo. Sr. D. ANGEL MARTÍN DEL BURGO y MARCHÁN (primer considerando).

respecto del sentido que ha tenido en sus momentos de mayor esplendor en los que le estaba permitido, en su ejercicio, hasta el *ius abutendi*, no puede llegar al extremo de reducirlo a un derecho inerte, totalmente sometido a cuantas prohibiciones tengan a bien adoptar las diferentes autoridades administrativas, por rectas que sean sus intenciones”.

Si se prefiere una compulsa dogmática, habrá que recordar que la evolución experimentada no puede exagerarse hasta el punto de retirar o desconocer las notas peculiares o caracteres esenciales que hacen reconocible a cualquier tipo de propiedad y, muy singularmente, su vocación de generalidad, en el sentido de que “la propiedad comprende, *in genere*, en tanto no se halle gravada, todas las facultades, aplicaciones y posibilidades de la cosa no prohibidas por la ley, sin excepción: las actuales y las que puedan surgir en el futuro, sin necesidad de definirlas o caracterizarlas” (16).

De manera que, de esa nota esencial, fluyen dos tipos de consecuencias del máximo interés en nuestro caso. Ante todo, que el dominio se presume libre de cargas y gravámenes; pero también —y por virtud coadyuvante del principio de *numerus clausus* de derechos reales—, que (a salvo los límites, propiamente dichos) sólo es posible detraer o amortizar una facultad del dominio *en favor de otro sujeto cuando se halle tipificada por el ordenamiento*, tipificación a la que precede un juicio legislativo acerca de la plausibilidad de los intereses a los que el sacrificio del propietario sirve.

## V. LA PROPIEDAD SOBRE ESPACIOS PRIVATIVOS EN EL RÉGIMEN DE PROPIEDAD HORIZONTAL

Si, con lo que llevamos dicho, se retorna sobre los razonamientos del Registrador, del Presidente del Tribunal Superior y de la Dirección General, resultará forzoso concluir que aquéllos parecen contruidos reiteradamente en contra de lo que naturalmente dicta la dogmática del derecho de propiedad. En particular, la Nota de calificación se limita a hacer supuesto de la cuestión, dando por sentado que la constancia de la habitabilidad de

---

(16) Así, LACRUZ, *Elementos*, cit., págs. 22 a 24. Más, en términos similares, puede verse MONTES PEÑADES, en *Comentario del Código Civil*, cit., págs. 952 y 953: La generalidad o ilimitación de facultades lleva consigo dos órdenes de efectos, unos sustantivos y otros procesales. En cuanto a los primeros, la imposibilidad dogmática de definir el poder del propietario de modo positivo, puesto que no es posible agotar enunciativamente las facultades del propietario... En el que hemos denominado aspecto procesal, porque la libertad del propietario se presume, y el que alegue la limitación debería probarla. Las llamadas “facultades” que no son otra cosa que posibilidades de actuación jurídica protegidas, no son una serie de sumando cuya adición constituya la propiedad, sino sólo aspectos parciales del señorío que ésta es.

la planta de desvanes “afecta”, en el sentido fuerte de esta expresión jurídica, al título constitutivo. El auto del Presidente, deslumbrado por el espejismo de la “menor cuota”, hace reposar su decisión confirmatoria sobre esta premisa que, como después se demuestra, era realmente inútil (y, si acaso, sobre la de que “el derecho de propiedad ya no es absoluto”). La Resolución, en fin y dando por firme todo lo anterior —salvo del pretendido significado de la menor cuota, extremo que llanamente desconoce, rayando la “incongruencia”—, reincide en el prejuicio de que la alusión descriptiva equivale a vinculación de uso y, con la prevención de que los desvanes son naturalmente elemento común, busca en los documentos constitutivos una autorización positiva y específica del concreto cambio de uso, la que, lógicamente, no encuentra, no sólo porque no es función de los estatutos “enumerar” las posibilidades de goce, sino igualmente porque las autorizaciones existentes son interpretadas en el sentido más estricto y limitador de las facultades del propietario.

# 1. *Utilidad de la dogmática acerca de las prohibiciones de disponer*

Brillan, pues, por su ausencia las orientaciones hermenéuticas que en el tema parecían indicadas, pero se echa en falta, también y en particular, cualquier referencia al tema de las prohibiciones de disponer, siquiera al objeto de examinar, con el mismo rigor y recelo que respecto de éstas muestra la legislación hipotecaria, el pretendido establecimiento de la vinculación del uso.

El enlace de la cuestión “debatida” con la dogmática de aquellas prohibiciones, hubiera resultado, cuando menos, clarificador, por cuanto que había sido aludido implícitamente en los recursos del Notario (17); y, en

---

(17) Esto podía leerse en los fundamentos III y IV del recurso definitivo ante la DGRN: Que la propiedad no sea un derecho absoluto significa, entre otras cosas, que a su contenido natural se le pueden poner limitaciones, pero una cosa es que pueda ser sometida a limitaciones y otra cosa es que efectivamente se le hayan impuesto. Y sigue siendo cierto que no cabe presumir y que deben ser objeto de interpretación restrictiva las limitaciones a las facultades naturales del derecho de propiedad, como la de decidir el destino de la cosa propia, especialmente cuando son tan graves como la que nos ocupa, que amortiza en gran medida la propiedad, y están establecidas además en beneficio de intereses privados, no más respetables que los del propietario.

Que la fijación del destino de una parte privativa es esencial, o muy importante, en un edificio urbano es cosa que hay que admitir; pero es muy importante para todos. Es, sobre todo, muy importante para el propietario de la parte privativa cuyo destino se limita, en la medida que se le impone un sacrificio, y no sólo para los propietarios de las restantes partes privativas de la casa, que van a disfrutar del correlativo beneficio. Y hay que decidirse por unos u otros intereses. A ese respecto, en el caso que se debate, hay que tener en cuenta: que la limitación del uso a trasteros es gravísima para el propietario de

otras ocasiones, también ha sido insinuado por la propia Dirección General.

Dicha referencia constituye, sin duda, una perspectiva útil, pues, aún recordando que —la de disponer— no es una facultad identificadora por sí sola del derecho del propietario, a diferencia de la de destinación, su dogmática puede resultar un instrumento complementario o concreto para hacer efectiva la idea constitucional de proscripción de limitaciones inútiles o arbitrarias, que —desde otro ángulo— aflora en la doctrina (antes recordada) del contenido esencial y de la función social.

En el escalón constitucional, ya se sabe que todo límite o sacrificio que pretenda imponerse al propietario ha de venir justificado (exigido) por los intereses de la colectividad, esto es, intereses públicos y sociales superiores (18). Y las cosas no suceden sobre esquemas muy diversos en el plano hipotecario o registral, en el que las prohibiciones de disponer —para que alcancen efecto real y, por tanto, supongan auténtica limitación—, no sólo han de venir impuestas en un acto o negocio de absoluta liberalidad (art. 26 LH), siendo ya de por sí irrelevantes —hipotecariamente hablando— en cualquier otro supuesto (art. 27 LH), sino que, además, han de servir, inicial y sucesivamente, a un interés justo y legítimo (19).

la planta afectada; que a los otros propietarios, que no tienen ningún derecho a la utilización de la misma, esa limitación no les reporta más ventaja que la de impedir otros usos que pudieran incomodarles; que no se ve por qué ha de incomodarles que el propietario de la planta de desvanes le dé el mismo destino de vivienda que ellos les dan a las suyas propias y que, en todo caso, la gravísima carga que se pretende imponer a la propiedad de la planta objeto de debate, que a los demás les proporciona el beneficio de evitar otros usos que pudiesen molestarles, supone para éstos unas ventajas completamente triviales, dado de que de la prohibición de los destinos que representan incomodidades de importancia ya se ha encargado la ley (art. 7, párrafo 3º, de la Ley de Propiedad Horizontal). Siendo totalmente desproporcionada la gravedad de la prohibición que se pretende para lo mediocre de las ventajas que se pueden conseguir, lo que procede es entender la frase discutida tal como se propone en el escrito inicial.

No obstante, la condición de desván de la planta discutida y la reducida cuota de la vivienda de la bodega constaban ya tanto en el Registro de la Propiedad como en los documentos inicialmente presentados en este expediente, de manera que, si sobre la base de la pequeñez de la cuota de aquella (y olvidándose de esas otras circunstancias) se ha pretendido deducir determinadas restricciones a su destino, es porque, de entre las posibles interpretaciones de los hechos, se ha escogido, en contra de todas las reglas aplicables a juicio del recurrente, la más perjudicial y restrictiva para la propiedad. Y de la propiedad lo que hay que presumir (al igual que de los demás derechos y aunque no sea absoluta) es que es libre y que de ella forman parte todas las facultades que naturalmente le corresponden y, siendo inaceptable suponerla sometida, sin razones muy convincentes, a cargas de tanta gravedad como la que se discute, me veo obligado a alzarle por segunda vez en defensa de los intereses del propietario afectado.

(18) Cfr. LÓPEZ Y LÓPEZ, *La disciplina constitucional*, cit., págs. 69 y 146, entre otras.

(19) Véase la exposición precisa y escueta de LACRUZ, *Elementos*, cit., págs. 56 a

Que, para ver establecida una prohibición de cambio de uso en la propiedad horizontal (prohibición que, de admitirse, sólo podrá ser removida por el acuerdo unánime de los convecinos: con el riesgo de abuso del que, como veremos, habla la RDGRN de 26 de febrero de 1988), se exija igualmente la concurrencia y subsistencia de ese mismo interés justo y legítimo (requisito que no se llena con el mero capricho o la simple incomodidad) en el resto de la comunidad de propietarios, parece de todo punto razonable" (20).

En todo caso, limitándonos al conflicto de referencia (suscitado, recuérdese, no ya por los convenios, sino por el Registrador en defensa de la legalidad), podemos adelantar que, desde esta óptica y según las enseñanzas del Tribunal Supremo y del propio Centro Directivo, la instauración y mantenimiento de la prohibición de cambio de uso no podría justificarse en base a un interés correspondiente y tutelable en beneficio de la Comunidad de Propietarios, aunque ellos mismos lo hubieran invocado. Me refiero —pasando sobre el requisito de la adecuación del título o acto en el que se pretende establecida la vinculación (21)— a un significativo párrafo de la importante Sentencia de 6 de julio de 1978 en el que se razona sobre ciertas "incomodidades o molestias" alegadas por la Comunidad: "La simple alegación de las posibles molestias que, en su día, pueda originar la concurrencia de clientes al consultorio, en mayor o menor número, es análoga a la que puedan producir las amistades más o menos numerosas que acudan a las viviendas de cualquiera de los ocupantes de los restantes pisos del edificio y, sin embargo, no puede servir de pretexto para impedir las y ni siquiera para limitarlas".

---

58, lugar éste donde recuerda que la exigencia del requisito de un interés legítimo procede del Derecho romano, de donde pasó a las partidas y cómo, aunque no está expresada en el CC, la sobreentienden en él la jurisprudencia del TS y de la DGRN (siquiera en resolución referente a Cataluña)

(20) Cfr. JUAN V. FUENTES LOJO, *Suma de la propiedad por apartamentos*, Barcelona, 1978, 3.ª ed., I, págs. 670 y 671.

(21) Pero véase, por si tuviera este significado, el fundamento de derecho tercero de la RDGRN de 12 de diciembre de 1986, según el cual la precisión estatutaria "por su propia esencia no puede implicar determinación de destino con transcendencia real y carácter excluyente de cualquier otro adecuado a la naturaleza de dichos locales, de modo que procederá la aplicación de la doctrina antes apuntada (libertad de la propiedad), y sin que quepa apreciar en la escritura presentada un supuesto de modificación estatutaria precisada de consentimiento unánime de los propietarios de cada uno de los pisos o locales integrantes del edificio en su conjunto".

## 2. *El carácter privativo o común de los desvanes*

La cuestión acerca de la calificación de los desvanes y buhardillas dentro del régimen de propiedad horizontal, y su problemática habilitación como viviendas no puede decirse que sea precisamente nueva (22).

De cualquier modo y para no arrastrar prejuicios, parece indicado poner por delante que el binomio habitual en la normativa específica, cuando se refiere a “pisos y/o locales”, no agota las realidades inmobiliarias que pueden ser objeto de propiedad exclusiva, sino que, siendo de aquel tipo los más habituales, también pueden haberlos que no sean exactamente una cosa u otra. De ahí que convenga hablar, desde el comienzo y de manera genérica, de “parte privativa o espacio delimitado”, haciendo primar el artículo 3 LPH sobre la restricción que pudiera derivarse de la concreción terminológica del artículo 396 CC. Además, con esa precisión, se alcanza llanamente la consecuencia de que el propio artículo 7 LPH, aunque sólo hable de “piso”, para referirse a la actuación autónoma del propietario, comprende a cualquier titular de un espacio privativo con el límite, todos ellos, de los párrafo segundo y tercero (23).

En el mismo orden de ideas, se comprenderá que no resulte inocua la definición que de esa realidad inmobiliaria se utilice o acepte; pues, mientras la que la describe como “el piso superior de una casa, construido en el espacio comprendido por la armadura que sostiene la cubierta” (FUENTES LOJO, I, 421) deja imprejuizada su naturaleza jurídica o carácter, cuando se habla de porción bajo cubierta “constitutiva de cámara de aire intermedia entre el tejado y el techo del último piso” (STS 1.<sup>a</sup>, 11 octubre 1991), se está insinuando ya el carácter de elemento común del edificio.

La Resolución de la DGRN no explicita, para nuestra discordia, concepto previo alguno de desván, aunque no deja de recordar la excepcionalidad de su caracterización como espacio privativo. Este prejuicio es muy posible que condicionara —como hemos dejado escrito— la solución que acabó imponiéndose. Así es que nos creemos en la necesidad de insistir en que los desvanes tendrán uno y otro carácter en atención, sobre todo, a su mención o preterición en el título constitutivo de la Comunidad horizontal de que se trate. Si no existe mención, será, lógicamente, elemento común. Pero, caso de haberla, será preciso estar a lo que se disponga (común o privativo), sin descuidar, caso de duda, los caracteres concretos de ese

---

(22) Cfr. FUENTES LOJO, *Suma de la propiedad por apartamentos*, cit., I, págs. 421 y 422.

(23) Vid., FUENTES LOJO, *Suma de la propiedad por apartamentos*, cit., págs. 85 y 591.



espacio y, singularmente, su posibilidad de acceso desde un elemento común. En otras palabras, que, para ser objeto de titularidad privativa, como cualquier otra parte del edificio, tendrá que estar suficientemente delimitado y ser susceptible de aprovechamiento independiente [art. 3.a) LPH]; y, por lo mismo, en adelante habrá de ser tratado también como cualquier otra parte privativa, sea piso o local.

Ni que decir tiene, a estas alturas, que la planta de desvanes que nos ocupa cumplía puntualmente y desde luego con todos los requisitos exigibles. Contaba con salida independiente, y lo era en todos los sentidos; hasta el punto de que el propio título constitutivo, cuando establece una habilitación exorbitante para los propietarios —como la que desplaza la intervención comunitaria del art. 8 LPH— incluye, junto a los otros pisos, el desván y la bodega. Recuérdese, si no, la cláusula estatutaria (reproducida al principio de este trabajo) que coloca en plano de igualdad a los propietarios, presentes o futuros, de cualquier parte o espacio privativo, precisamente, en el punto en que autoriza una actuación perfectamente autónoma en cuanto a divisiones, segregaciones y agrupaciones, sin intervención de la Junta de propietarios.

No hay duda, entonces, de que la “planta de desvanes, destinada a trasteros” o, según la otra expresión, “el local situado en el desván”, como el situado en la bodega (que ya había sido transformado en vivienda), son unos departamentos más, con las mismas obligaciones y libertades que aquellos que al momento constitutivo estaban acondicionados para vivienda.

La propia RDGRN invoca, como se recordará, la meritada cláusula habilitante de los Estatutos (en su fundamento de derecho tercero); y, sin embargo, deduce, sin solución de continuidad, que “no autoriza a transformar el destino de un elemento privativo”. Como si hubiera de preverse específica y exhaustivamente todas las posibles manifestaciones del derecho del propietario, sin que pudiera hacer valer la actuación preterida. Así, se hace, de la excepción, regla, cuando lo indicado —a partir de la presunción de libertad del dominio, potencialmente absoluto— sería haber mostrado dónde se hallaba la prohibición singular de destinar ese local —insisto, privativo— a vivienda.

### 3. *El perjuicio de la cuota*

Demostrar este perjuicio, que condiciona —como he dicho— el Auto presidencial, requiere escaso esfuerzo y espacio. El dato, se recordará, fue suministrado por el Registrador, al defender su Nota, en función de prueba

de la vinculación del uso y, con esa misma finalidad, se reproduce en el tercer fundamento de derecho del reiterado Auto.

A lo que me parece, dicho prejuicio fue eficazmente combatido en el recurso ante la Dirección General, no sólo a través de las oportunas alegaciones del Notario recurrente (24), sino también a virtud de la aportación —según dejamos anotado— del correspondiente certificado del Colegio Oficial de Arquitectos Vasco-Navarro acerca del efectivo aprovechamiento de la planta de desvanes.

No debería hacer falta, a la vista de aquellas alegaciones y de este certificado, insistir en el carácter meridianamente equívoco del dato en cuestión. La cuota se había fijado —al parecer, equitativamente— atendiendo a los indicadores que señala la propia ley, en el art. 5 II: superficie útil, emplazamiento, situación y uso presumible de los servicios o elementos comunes (25). De ahí, por tanto, no cabía inducir una prohibición de cambio del uso o destino, ni siquiera en el supuesto de que se le hubiera

---

(24) Este era su fundamento IV:

Y la insuficiencia del único argumento en contra que, a nuestro juicio, tiene el auto recurrido, según el cual hay que concluir que la planta de desvanes debe ser obligatoriamente destinada a trastero sobre la base del dato de que dicha planta, de 160 metros cuadrados, tiene una cuota de 3,75 por 100 mucho menor que las de otros pisos de la casa de igual superficie, por ejemplo, el tercero y el cuarto, cuyas cuotas son respectivamente de 16,75 por 100 y de 14,70 por 100. Ahora bien, dicho dato no lleva ni mucho menos a la conclusión expresada, como resulta:

a) En primer lugar, da la circunstancia de que, para la escritura de división horizontal, de donde se sacó el dato, está claro que las cuotas reducidas son compatibles con destinos distintos del de trastero, y concretamente con el de vivienda, puesto que la bodega, también de 160 metros cuadrados, y destinada, según ese documento, a vivienda, tiene una cuota de sólo 4,75 por 100 casi igual que la del desván y muchos menor que las de los pisos primero y cuarto.

b) Y, en segundo lugar, del hecho de que la cuota pequeña se debe, tratándose de la planta de desvanes (como tratándose de la bodega), a su deficiente aprovechamiento, no a su destino. Los desvanes, como es sabido, son los espacios que están bajo los tejados y, por su situación, por los problemas de aislamiento, por su forma abuhardillada, etc., tienen, para igual superficie, mucha menos utilidad que las plantas normales. Por ejemplo, la planta de desvanes objeto de debate: tiene una altura comprendida entre un metro y medio (que ni siquiera permite estar de pie) y los dos metros sesenta, que es mucho menor que la de los pisos primero, tercero y cuarto (que exceden abundantemente de los tres metros); carece de ventanas a la calle y, de los ciento sesenta metros cuadrados que le atribuyen las escrituras, alrededor de sesenta parecen ser hasta tal punto inútiles que ni siquiera deben ser tenidos en cuenta para el cálculo de la superficie construida.

(25) Y, si hubiera de descartarse éste del “uso”, la fijación se habría hecho en atención a los otros indicadores válidos, incluyendo en la superficie útil también el dato de la (menor) altura o volumen: Vid. FUENTES LOJO, *Suma de la propiedad por apartamiento*, cit., págs. 281 a 285. También las observaciones de la pág. 293, en cuanto a la posible modificación de la cuota inicialmente asignada, por variación sobrevenida de los factores tenidos en cuenta, pero con la advertencia, asimismo, de que dicha modificación no procede en el caso de “mejoras” (art. 3.b, párrafo 2.º, último inciso).

asignado una cuota sensiblemente inferior a la equitativa según aquellos parámetros, salvo que se entienda vinculado por el uso o destino inicial cualquier otro local o piso que en el título constitutivo (normalmente otorgado por el propietario único) resulta beneficiado por una cuota “política”.

Empero, lo verdaderamente llamativo es que la RDGRN, una vez que se ha desvanecido el fundamento o *ratio decidendi* del Auto impugnado, desconozca e ignore ese motivo de impugnación; preterición, involuntaria o intencional, que, desde luego, no contrarresta ni con la argumentación puramente lógica (y, metodológicamente, incorrecta, del último fundamento de derecho: una autorización no implica otra, viene a decir), ni, muchos menos, con el mantenimiento de la mera petición de principio del fundamento de derecho segundo, según el cual “en cualquier caso, la alteración de su destino supone un cambio importante en la medida que afecta a todos los copropietarios del inmueble y requerirá la aprobación de la Junta de Condueños al suponer una modificación del título constitutivo”. Su fuerza de convicción dependía, es obvio, de que realmente se hubiera establecido vinculación al uso inicial con trascendencia hipotecaria.

#### 4. Descripción “versus” vinculación

Para no incidir ahora en la petición de principio que vengo denunciando, emplearé este breve apartado en recordar la posibilidad de que, el dato de que la planta de desvanes estaba destinada a trasteros —supuesto que no cumplía las exigencias de las auténticas prohibiciones—, se empleara en lugar y función meramente descriptivos, como una y otra vez sostuvo el impugnante de la Nota y del Auto, y, de inmediato, me referiré a algunas Sentencias y Resoluciones que —en casos igualmente conflictivos— se acogieron al significado simplemente descriptivo de las alusiones al uso o destino de determinadas partes privativas.

En la primera orientación, recordaré cómo el fundamento segundo del recurso insistía, escueta, pero contundentemente, en que “todos los fundamentos de derecho alegados en el escrito inicial, que siguen teniendo validez y según los cuales la expresión “destinada a trastero” utilizada al tratar de la planta de desvanes en escritura de División Horizontal..., es sólo un dato concerniente a la descripción de la finca, y no una norma que imponga un determinado destino con exclusión de los demás, como se pretende en la nota recurrida”.

Que el Notario tenía la razón de su parte, es algo que puede concluirse tras una lectura simple de la escritura de referencia y, tanto más, si se

interpreta jurídicamente según las coordenadas que se previenen en el artículo 1.281 y siguientes del CC para la ponderación del contenido de los negocios jurídicos (26). Mas, en todo caso, también apuntan en el mismo sentido las prescripciones hipotecarias que regulan los requisitos de la inscripción. Me refiero a los artículos 9 LH y 51 RH; norma que, si no establecen imperativamente que haya de hacerse constar en la inscripción el uso o destino de la finca urbana de que se trate, sí es verosímil que dicha indicación pueda constituir —y frecuentemente constituye (27)— una de las “cualquiera circunstancias que sirvan para distinguir de otra la finca inscrita”.

Como prueba o argumento de convicción —y sin caer en la tentación de echar mano directamente de las normas meramente proyectadas— de que no cabe encontrar vinculaciones de cualquier parte de los documentos constitutivos de la propiedad horizontal, me remito a la STS de 20 de diciembre de 1989, según la cual no cabe sostener que la alusión que en la escritura de declaración de obra nueva y división en régimen de propiedad horizontal se hace del local, al decir que el mismo se halla destinado a restaurante, implique, en modo alguno, una prohibición estatutaria de dedicarse por su propietario el aludido local o parte del mismo a una actividad diferente; y, también, a la Sentencia de 5 de marzo de 1990, en la que podrán leerse expresiones tan elocuentes como éstas: “el compareciente hacía constar el destino que inicialmente se le daba a cada uno de los elementos de la nueva construcción. Constancia que en nada puede afectar al problema jurídico que aquí nos ocupa... ninguna incidencia pueden tener las manifestaciones de destino que el primitivo dueño de toda la finca hiciera en la escritura de división de propiedad horizontal, y que al posterior propietario del piso no obligaban, en sí mismas consideradas”.

En el sentido de que no toda “variación” ha de suponer, jurídicamente hablando, modificación del título constitutivo en el que se había reflejado una circunstancia distinta, pueden verse la Resolución de 12 de diciembre de 1986; y, para mayor claridad y contundencia, la de 26 de febrero de 1988, en la que el mismo Centro Directivo concluye: No se discute la

---

(26) Criterios, por cierto, invocados por el recurrente en la primera instancia y de los que se hacen eco los antecedentes de la Resolución, si bien el Auto presidencial había prescindido de ellos en aras a la máxima *in claris non fit interpretativo*, como si, para afianzar esa premisa, no fuera preciso captar antes el sentido exacto de lo que califica de claro.

(27) Claro que, si esta es su función, el destino que se refleje será, por lógica, el inicial y sin perjuicio de su alteración ulterior, provocadora, en su caso, de una simple inexactitud registral, a corregir de forma autónoma o en la siguiente inscripción: Cfr. JOSÉ LUIS LACRUZ BERDEJO, *Elementos de Derecho Civil*, III, bis, Barcelona, 1984, págs. 69 a 79.

exigencia del acuerdo por unanimidad de la Junta, conforme a lo dispuesto en el art. 16-1.<sup>a</sup> de la ley especial, cuando se trata de modificar las reglas contenidas en el título constitutivo de la propiedad horizontal o en los Estatutos. Pero si se procede por uno solo de los propietarios a las divisiones o agrupaciones permitidas en el título constitutivo, no se tratará de modificar las reglas del título de los Estatutos, sino de simple aplicación de las mismas mediante ejercicio de las facultades en ellas conferidas.

# VI. ELEMENTOS COMUNES Y PROPIEDAD EXCLUSIVA, ÁMBITOS RESPECTIVOS DE PROHIBICIÓN Y PERMISIÓN DE ACTUACIONES DEL COMUNERO

Si se repasa con un cierto detenimiento la (última) jurisprudencia del Tribunal Supremo (y algunas Resoluciones del propio Centro Directivo) en los supuestos en que se le han sometido a examen actuaciones de la Junta de copropietarios o de los titulares de espacios privativos que suponían alteraciones conflictivas para la respectiva comunidad, no cuesta mucho trabajo colegir los parámetros que se han barajado para la resolución: Se presume que la innovación del propietario se ajusta a Derecho siempre que no desborde los límites de su espacio privativo y, complementariamente, sólo la unanimidad de los cotitulares [incluso obtenida en la forma benigna de “no oposición” que la LPH autoriza (28)] legitima la alteración [sustancial (29)] de elementos comunes.

(28) Y con la devaluación de la sanción por su no observancia que recuerda recientemente la STS 1.<sup>a</sup> de 24 de septiembre de 1991 (*RA* núm. 6.278; ponente: Excmo. Sr. D. TEÓFILO ORTEGA TORRES), para un supuesto de autorización de apertura de huecos y ventanas en la fachada: “conforme a la más reciente doctrina jurisprudencial —SS de 6 de febrero de 1989 y 2 de abril de 1990— ni siquiera en el caso de un acuerdo adoptado por una Junta celebrada sin citar a alguno de los propietarios, aunque se requiriera unanimidad, se produce la nulidad radical o absoluta, sino que el acuerdo queda sometido a la normativa del art. 16-4, lo que, con mayor razón aún, es aplicable al caso de que no asistan a la Junta, por otro motivo cualquiera, todos los propietarios”; y en el FD 3.º: “la regla de la unanimidad, si no es observada, dará lugar a la anulabilidad del acuerdo, pero no produce su nulidad de pleno derecho”.

(29) La STS 1.<sup>a</sup> de 23 de marzo de 1991, por ejemplo, no entiende que haya de exigirse la unanimidad para la realización de obras afectantes a elementos comunes, si es necesaria para la creación de un servicio común de interés general: En principio, esta Sala no puede compartir la tesis de la Sentencia recurrida, sino que ha de aceptar la de los recurrentes, pues al ser la realidad una obra menor (sustitución de una jardinera por un armario de contadores, en un elemento común que no ha dejado de serlo) que, además, beneficia al inmueble, en cuanto contribuye a su mejor habitabilidad, la misma no puede considerarse comprendida dentro del artículo 11 y regla 1.<sup>a</sup> del 16 de la LPH (pues no se trata de obra que entrañe alteración de la estructura o fábrica del inmueble), los cuales exigen para tales obras el acuerdo unánime de todos los propietarios, sino que, más bien, pertenece al ámbito normativo del artículo 10 de la Ley”. Véase, para

Tales son los principios que, por lo demás, ya contenía en esencia el propio artículo 7 LPH (30), aunque para apreciar mejor el alcance de dicha doctrina conviene sintetizar las particularidades de unos y otros pronunciamientos.

1. *Imposibilidad de influir autónoma e individualmente en los elementos comunes*

La Sentencia del TS 1.<sup>a</sup>, de 3 de abril de 1990, acaba por desautorizar determinadas obras realizadas por uno de los vecinos en el patio de luces, básicamente, en atención a que, si bien le correspondía estatutariamente el uso privativo de dicho patio o elemento común, carecía de título para llegar a la apropiación que del mismo significaba su incorporación parcial a la vivienda. Se trataba, pues, de hacer habitable (parte de) un elemento común (31). Parcialmente diversa es la hipótesis que vendría a enjuiciar la

---

contraste, la STS 1.<sup>a</sup> de 8 de marzo 1991 (RA núm. 2.201; ponente: Excmo. Sr. MATÍAS MALPICA Y GONZÁLEZ-ELIPE), que contempla un supuesto de obras, asimismo autorizado por mayoría, que incidían en los elementos estructurales comunes: la autorización estatutaria para “efectuar obras de unión interior —“por medio de escalera u otros accesos interiores”— no releva de la obligación de obtener la unanimidad de todos los copropietarios del edificio cuando, como en este caso, se ha extralimitado en la ejecución de las obras y las ha autorizado sin esa unanimidad la Junta extraordinaria que aquí se impugna, ya que no sólo ha taladrado o demolido 112,80 metros cuadrados de forjado, lo que sí estaba autorizado en los Estatutos, sino que han incidido las obras en otros elementos comunes y estructurales según conclusión fáctica de la Sentencia combatida”. En aquel mismo orden de “inmisiones adecuadas” respecto a los elementos comunes que se sustraen al criterio de la unanimidad, puede recordarse la específica autorización contenida en los Estatutos (cuyo rechazo por el Registrador acabaría dando lugar a la RDGRN de 26 de febrero de 1988, que manda inscribir), que, luego de autoriza las obras del art. 8 —división, agregación—, facultad al referido propietario, “sin necesidad de ulterior consentimiento comunitario, para dar acceso a la nueva finca objeto de la división por el descansillo de la escalera, haciendo el hueco necesario en la pared común...”.

(30) El propietario de cada piso podrá modificar los elementos arquitectónicos, instalaciones o servicios de aquél, cuando no menoscabe o altere la seguridad del edificio, su estructura general, su configuración o estado exteriores, o perjudique los derechos de otro propietario, debiendo dar cuenta de tales obras previamente a quien represente a la Comunidad.

En el resto del inmueble no podrá realizar alteración alguna, y si advirtiere la necesidad de reparaciones urgentes deberá comunicarlo sin dilación al administrador.

Al propietario y al ocupante del piso les está prohibido desarrollar en él o en el resto del inmueble, actividades no permitidas en los Estatutos, dañosas para la finca, inmorales, peligrosas, incómodas o insalubres.

(31) RA núm. 2.692; ponente: Excmo. Sr. D. FRANCISCO MORALES MORALES. En el tercer fundamento de derecho puede leerse: “en el proceso del que este recurso dimana no se ha debatido cuestión alguna relativa al derecho que el recurrente tiene al uso del

STS 1.<sup>a</sup>, de 14 de octubre de 1991 (32): construcción clandestina —pues no tiene reflejo en el proyecto ni en la escritura de obra nueva y división en propiedad horizontal— de un gimnasio en la terraza de uso exclusivo, con lo que la Sala se ve en la necesidad de precisar que “no cabe confundir el derecho reconocido en el título de utilización en exclusiva de la terraza, que lleva la correspondiente contraprestación en la cuota de participación con la pretensión de la recurrente de imponer a los demás cotitulares como propio el habitáculo que levantó en la terraza, haciendo así absoluto lo que sólo es exclusivo (33).

Por su parte, la Sentencia asimismo de la Sala Primera del Tribunal Supremo, de 19 de diciembre de 1990, aporta dos perspectivas realmente interesantes para la evaluación de las facultades del propietario; en particular, del piso, pero, nada impide proyectar sus enseñanzas cuando se trate de modificación de destino de cualquier otro elemento privativo, sea desván o local, por lo mismo que el art. 7 LPH habla sólo de piso y hay que entender que se refiere también a cualquier espacio suficientemente delimitado y, por ello, objeto de propiedad exclusiva. Esos dos referentes no son otros que, de un lado, la actitud “pasiva o tácitamente consentidora” por parte de los convecinos que conocen las alteraciones introducidas por el propietario (34) y, de otro, la efectiva confirmación de la presunción

---

suelo del patio común del edificio, que nadie le ha negado, sino la realización por el mismo en dicho patio de unas obras afectantes a su estructura e integridad, para las que no estaba autorizado”. Y el cuarto reitera la identificación del *debitum* en la posibilidad o no de realizar obras afectantes a un elemento común y recuerda “el respeto y acatamiento que todo propietario en régimen de propiedad horizontal debe prestar a la normativa reguladora de dicha forma de Comunidad, entre la que figuran los preceptos que prohíben al propietario realizar obras que alteren la estructura del inmueble o de alguno de sus elementos comunes sin haber obtenido para ello la autorización de la Junta de Propietarios, alcanzada por unanimidad de todos sus miembros (arts. 7, 12 y 16.1.<sup>a</sup> LPH)”.

(32) RA núm. 6 916; ponente: Excmo. Sr. D. ALFONSO VILLAGÓMEZ RODIL. Reviste carácter de premisa el último párrafo de su fundamento de derecho cuarto: “En tanto la terraza de referencia no se acredite su inclusión en el título correspondiente como elemento privativo, ha de reputarse como elemento común de la finca, sujeto a las limitaciones consecuentes y correspondientes en cuanto a su disponibilidad material en provecho propio, que no contradice su mero uso y utilización, pero como tal terraza y no como base para edificaciones particulares sobre la misma en un exclusivo y determinado provecho, que ocasiona el correspondiente acrecentamiento patrimonial”.

(33) Diversa del todo y algo sorprendente resulta la STS 1.<sup>a</sup> de 5 de julio de 1991 (RA núm. 5.328; ponente: Excmo. Sr. D. ALFONSO BARCALA y TRILLO-FIGUEROA). Sentencia que, ante las obras realizadas en patio, tiene que concluir que, pese a la presunción de ser elemento común, en el caso, “no existen méritos para calificar al patio de elemento común porque no es necesario para el uso y disfrute de la vivienda en planta”, amén de que tampoco fue acreditada a la realidad de la obra realizada.

(34) El FD 3.<sup>o</sup> recuerda cómo los dos primeros motivos del recurso de casación se habían instrumentado a partir de la posibilidad del consentimiento tácito consagrada

de libertad en la fijación del destino económico del espacio privativo que supuso el artículo 8.º del Real Decreto 2/1985, conocido como "Decreto Boyer". Si aquella actitud y esta autorización no cubrieron, en el caso, la actuación del propietario no fue porque se estimara que el destino previo supusiera "vinculación", sino porque las obras llevadas a cabo afectaban a elementos comunes del inmueble (35).

Esa misma extralimitación del espacio privativo o, si se prefiere, incidencia en los elementos comunes se constituye en *ratio decidendi* de la STS 1.ª, de 10 de julio de 1991 (36) que, escuetamente, acierta a describir el significado de la autorización estatutaria en el marco de los propios preceptos de la ley: "La autorización que los Estatutos de la Comunidad concede a los propietarios de locales, se refiere a lo que constituye el

---

en las Sentencia de 8 de julio de 1983 y 28 de abril de 1986, si bien se opone por la Sala que falta identidad de razón entre los respectivos supuestos de hecho.

(35) RA núm. 10.287; ponente: Excmo. Sr. D. EDUARDO FERNÁNDEZ-CID DE TEMES. En efecto, he aquí el tenor literal del FD 4.º: El motivo tercero acusa, con el mismo amparo procesal, infracción por inaplicación del art. 8 del Real Decreto-Ley 2/1985, sobre medidas de política económica, en cuanto dispone que "los propietarios de fincas urbanas y los arrendatarios de éstas podrán realizar libremente la transformación de viviendas en locales de negocio, salvo disposición contraria, en su caso, de los Estatutos reguladores de las Comunidades de propietarios y sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 7 III (que también transcribimos en nota) de la LPH de 21 de julio de 1960, relativo a las actividades estatutariamente no permitidas, dañosas para la finca, inmorales, peligrosas, incómodas o insalubres y de la obtención de las correspondientes licencias administrativas". El decaimiento del motivo ha de producirse por la potísima razón de que el precepto no autoriza la modificación de elementos comunes (art. 396 CC), sin cumplir las prescripciones de la LPH...; lo único que autoriza el precepto que se dice infringido es el cambio de destino, pero con las limitaciones que señala y sin que puedan lesionarse derechos de terceros, a los que no impone limitaciones obligatorias.

(36) RA núm. 5.340; ponente: Excmo. Sr. D. JOSÉ ALMAGRO NOSETTE. Resolución que, en su FD 5.º, habla de "obras que alteren los elementos comunes del inmueble, obras que como enseña la Sentencia de 28 de mayo de 1990, al incidir en un elemento común, implican una alteración precisada de acuerdo unánime. Doctrina semejante aplica la STS 1.ª de 19 de septiembre de 1991 (La Ley núm. 11.946; ponente: Excmo. Sr. D. LUIS MARTÍNEZ-CALCERRADA), para un supuesto en que se habían practicado aberturas en los rellanos de la escalera. En cambio, la STS 1.ª de 27 de septiembre de 1991 (RA núm. 6.280; ponente: Excmo. Sr. D. GUMERSINDO BURGOS PÉREZ DE ANDRADE), aún considerando correcta la doctrina, sintetizada en la Sentencia de 10-7-91, no la considera aplicable en un supuesto en el que, al amparo de la correspondiente autorización estatutaria, el titular de uno de los locales instala una chimenea adosada a la fachada del edificio. Y la STS 1.ª de 12 de noviembre de 1991 (La Ley núm. 12.136; ponente: Excmo. Sr. MORALES MORALES), contemplando el caso de apertura de huecos al exterior en un muro con rompimiento de muros de carga, eliminación de apoyos o columnas, profunda excavación del subsuelo con construcción de una entreplanta y supresión del techo de piso de obra, con invocación del artículo 7 aplica la doctrina común de que incidiendo en tales elementos comunes afecte al título constitutivo y requiere ineludiblemente el consentimiento unánime de todos los propietarios (arts. 11 y 16 LPH).



derecho singular y exclusivo de propiedad sobre un espacio delimitado, pero no a los demás elementos que pertenecen en copropiedad a los demás dueños, como es el cuestionado muro de cierre (sustituído por unas amplias cristalerías); y ello con independencia, además, de que el “Estatuto privativo” (art. 5. II) no pueda contener disposiciones que sean contrarias al núcleo del *ius cogens* o Derecho necesario, dentro de cuyas normas deben incluirse la prohibición de realizar obras que alteren el “resto del inmueble” (art. 7 II). Dicha autorización —repite y explica del FD 3.º— “se entiende confinada dentro de los límites antes señalados y constituye una mera explicitación de las facultades que a cada copropietario confiere el párrafo 1.º del artículo 7, todo lo más, singularizada por supresión de la obligación de dar cuenta de tales obras..., pero nunca trastocando la prohibición del párrafo segundo”.

Una atención específica nos ha de merecer, en fin, la Sentencia del TS 1.ª, de 11 de octubre de 1991 (37), relativa a obras realizadas por un propietario (presumiblemente el del último piso) y configuradoras de un nuevo espacio habitable. Se trata de un supuesto semejante al de nuestra referencia, con la particularidad de que en esta hipótesis el espacio es elemento común en vez de departamento privativo. Por este contraste, y por su brevedad, reproduzco literamente el FD 1.º (el 2.º es ya de imposición de costas):

Para decidir este recurso ha de partirse de que las dos Sentencias de Instancia condenan a los recurrentes a resistir a su antigua estructura la porción de edificio existente bajo su cubierta o tejado, que ha sido convertida en áticos y ocupadas como vivienda sin elevar el inmueble. Y se ha de tener en cuenta que el antiguo propietario de todo él, al constituir la propiedad horizontal y enajenar los pisos, se reservó el derecho a elevar el edificio, pero en modo alguno a convertir en habitable, sin elevación de la casa, la parte abuhardillada y constitutiva de cámara de aire intermedia entre el tejado y el techo del último piso.

... son elementos privativos los elementos arquitectónicos e instalaciones, aparentes o no, que estén comprendidos dentro de límites de un espacio privativo, pero entre estos elementos no pueden incluirse los espacios inmediatos a los tejados, que son elementos comunes.

La reserva del antiguo propietario del derecho a elevar permitirá, en su caso, y previo cumplimiento de las disposiciones estatutarias y administrativas, levantar una planta y trasladar el tejado y su espacio vano inmediato a nivel superior, pero no convertir éste en otra vivienda...”.

(37) RA núm. 6.910; ponente: Excmo. Sr. D. JESÚS MARINA MARTÍNEZ-PARDO

## 2. *Autonomía del propietario en la disposición material (incluido cambio de uso) de su espacio privativo*

Aparte de por llevar fecha ya casi constitucional, me parece oportuno abrir este apartado trayendo a colación la STS 1.<sup>a</sup>, de 6 de julio de 1978, porque contiene una doctrina perfectamente lúcida acerca de la libertad del propietario para imprimir a sus espacios privativos el destino que tenga por conveniente —aún contra el acuerdo mayoritario de la Junta—, a cuyo efecto se encarga de ir ajustando los requisitos y el alcance de las eventuales limitaciones legales y voluntarias (38), poniendo un cuidado especial en no equiparar “clínica” a “consultorio médico”, ya que en el primer caso el juicio podía variar (39). Consiguientemente, dicha Sentencia (40) entiende que las limitaciones que autorizan el art. 348 CC, en el caso de la propiedad horizontal, sólo pueden provenir o del art. 7 III de la ley especial o de la específica previsión estatutaria, de modo que también este propietario tiene el derecho de gozar y disponer de su bien sin otras limitaciones; y, si se le trataran de imponer, implicaría una verdadera limitación de sus facultades dominicales que, a su vez, comporta la modificación de su título de dominio.

Desde luego, no deja de sorprender que la RDGRN, de 25 de septiem-

---

(38) Así, tras recordar el contenido de los artículos 5 y 6 LPH, precisa, con lo cual viene a proclamar que existen dos clases de normas, de muy distinto rango: unas, las contenidas en el título constitutivo de la propiedad y en los Estatutos, que regulan la constitución y el ejercicio del derecho de cada propietario, en orden al uso y destino del edificio; y otras, integradas en el Reglamento del régimen interior, “para regular los detalles de la convivencia y la adecuada utilización de los servicios y cosas comunes”; y tan especial es esta diferencia que la aprobación y alteración de cada tipo requiere una concurrencia diversa (unanimidad y simple mayoría: reglas 1.<sup>a</sup> y 2.<sup>a</sup> del art. 16 LPH).

(39) Claramente se infiere —insiste— que si la instalación de un simple consultorio, que se compatibilizaba con la dedicación a vivienda del resto del piso, no implica cambio de destino, si en cambio lo comportaría montar una clínica, para lo cual se precisan muchos más trámites administrativos; y de ahí que si se prohíbe la instalación en un piso de un simple consultorio constituye una verdadera limitación de las facultades del propietario, no la integra, en cambio, la prohibición de montar una clínica, que requiere otros trámites más complicados... Si en el proyecto de consultorio hubieran de instalarse y tuvieran que funcionar aparatos que produjeran ruidos o emanaciones... su prohibición vendrá impuesta por las correspondientes normas y estaría comprendida en el artículo 348 CC.

(40) RA núm. 2.749; ponente: Excmo. Sr. D. MANUEL TABOADA ROCA, Conde de Borrajeiros. Particularmente interesante, también, si se tiene en cuenta que, revocando las dos Sentencias de Instancia, que habían estimado correcta la prohibición de uso impuesta por acuerdo mayoritario de la Junta, estima, uno por uno, los cuatro motivos de casación instrumentados por el propietario-recurrente. Habida cuenta de la fecha, incesario será advertir que la doctrina que se utiliza es la construida por el Tribunal Supremo en la Primera Sentencia, de casación (considerandos 4.º a 10.º) y no de la “Segunda Sentencia”, que, entonces, hubo de dictar en estimación de la demanda.

bre de 1991, hiciera caso omiso de tal clarividente (y autorizada) doctrina (sobre cuya pista podía haberla colocado la STS de 20 de diciembre de 1989, invocada en el recurso); aunque también es verdad que toda sorpresa desaparece cuando uno advierte cómo la Resolución criticada se dictó de espaldas asimismo a la no menos lúcida doctrina reiterada por el propio Centro Directivo en Resoluciones de 12 de diciembre de 1986 (RA núm. 7.887) y 26 de febrero de 1988 (RA núm. 1.322). Estas resultan tan precisas que no requieren de comentarios adicionales.

Por lo que a la primera respecta, el Registrador había denegado la inscripción de las fincas como “garajes” pese a que los Estatutos establecían que podrían dedicarse a “cualquier tipo de industria”, ya que —según la Nota— supondría alterar el título constitutivo en cuanto al uso o destino de los locales en contra de lo que disponen los artículos 5, párr. últ. y 16 regla 1.ª de la LPH. Como era de esperar, el presidente de la Audiencia Territorial estimó el recurso, especificando la DGRN, con motivo de la alzada del registrador, que, no pudiendo leerse una vinculación en la descripción del destino, ninguna modificación del título cabía apreciar; y, sobre todo, expresa su FD 2.º:

En la propiedad horizontal, la necesidad de armonizar la tendencia a la plena autonomía de los derechos recayentes sobre los elementos susceptibles de aprovechamiento independiente (configurados en la ley como propiedad separada —arts. 1 y 3—) con la ineludible interdependencia objetiva y recíproca limitaciones derivadas de la unidad física del edificio en su conjunto, no se opone, en sede de utilización de los elementos privativos, el mentenimiento de los principios informantes del derecho de propiedad, cuya delimitación se verifica a partir de un señorío potencialmente absoluto sobre el que se proyectan los límites legales en forma de prohibición u obligación, por ello no resulta coherente la exigencia de previsión y permisón estatutaria para que un uso específico quede sustraído a la prohibición del artículo 7 LPH (actividades “no permitidas” en los Estatutos). No es función de los Estatutos la definición casuística del contenido dominical sobre los elementos privativos..., de modo que, en las hipótesis no contempladas, será regla la posibilidad de cualquier uso, siempre que éste sea adecuado a la naturaleza del objeto, y no vulnere los límites genéricos de toda propiedad a los específicos de la propiedad horizontal (art. 7 *in fine*). Así lo confirma, además, la exigencia de interpretación estricta y no presumibilidad de toda hipótesis de excepción, como son las restricciones singulares del derecho de propiedad (artículos 4, 348 y 349 CC).

La Resolución de 26 de febrero de 1988, también importante desde otra perspectiva que no ocupa ahora nuestra atención (41), coincide

---

(41) Pues examina y decide la cuestión de si las previsiones del art. 8 de la LPH constituyen *ius cogens* en términos absolutos o pueden ser desplazadas por el título

—por lo que nos concierne— en recalcar que “en la concepción del legislador el derecho sobre cada piso o local es un derecho de propiedad”, con la consiguiente nota de presunción de libertad (fundamento de derecho segundo) y previene convincentemente contra cualquier extensión de la exigencia de acuerdo unánime, en este inciso del fundamento de derecho tercero:

Es más, imponer en todo caso, para la modificación de las entidades hipotecarias, la aprobación de la junta de propietarios, exigiendo su unanimidad, implica otorgar imperativamente a cada uno de ellos un exagerado derecho de veto que, sobre prestarse a abusos de imposible o complicado remedio, puede, además, constituir, sin justificación suficiente, un obstáculo para que los edificios sean jurídicamente estructurados del modo más adecuado a su aprovechamiento económico, con el consiguiente detrimento de la economía nacional.

He aquí, pues, la doctrina absolutamente plausible desde las coordenadas constitucionales y ordinarias de la regulación de la propiedad. Las mismas que inspiraban la Sentencia de 6 de julio de 1978 y que sigue iluminando las posteriores del Tribunal Supremo. Entre éstas, es obligada la referencia de las de 20 de diciembre de 1989 (42) y de 5 de marzo de 1990 (43), que, desde diversas ópticas, alimentan la convicción de que la

---

constitutivo, ampliador, en este caso, de las facultades naturales de los propietarios, tema en el que la DGRN opta por la permisividad, de acuerdo con las SSTs de 14 de marzo de 1968 y 5 de mayo de 1986. Sobre el particular, Cfr. JOSÉ M.<sup>a</sup> MIQUEL GONZÁLEZ, en *Comentario del Código Civil*, cit. I, pág. 1.087.

(42) RA núm. 8.855; ponente: Excmo. Sr. D. JOSÉ LUIS ALBACAR LÓPEZ ésta, que fue expresadamente invocada por el Notario recurrente, tras recordar el contenido de los artículos 3, 7 y 8 de la LPH, rechaza las pretensiones del recurso en base, sobre todo, a la siguiente razón: La actividad realizada por la entidad demandada, al fraccionar en dos el local de su propiedad, sin que con ello alterase la seguridad o estructura del edificio, en modo alguno faculta a los demás propietarios para solicitar y obtener la demolición de las obras realizadas, máxime cuando en modo alguno consta acreditado que con ello se produjera perjuicio al resto de los copropietarios, pues no puede entenderse en principio y sin prueba alguna que lo demuestre, que la transformación de una parte de local destinado a restaurante en supermercado comporta tal perjuicio a los restantes copropietarios, ni quepa tampoco sostener que la alusión que en la escritura de declaración de obra nueva y división en régimen de propiedad horizontal, al decir que el mismo se halla destinado a restaurante, implique en modo alguno una prohibición estatutaria de destinarse por su propietario el aludido local o parte del mismo a una actividad diferente, prohibición ésta que, por comportar una limitación de las facultades dominicales, no puede presumir ni interpretarse de manera extensiva.

(43) RA núm. 1.666; ponente: Excmo. Sr. D. GUMERSINDO BURGOS PÉREZ DE ANDRADE La invocamos en este lugar, por su fecha, ya que, en cuanto a su problemática y doctrina es muy similar a la ya citada de 6 de julio de 1978. En efecto, en esta ocasión, vuelve a insistirse tanto en la presunción de libertad de toda propiedad como en que la única posibilidad de establecer límites a la propiedad horizontal se encuentra, si no se ha previsto como prohibición explícita en los Estatutos, en la enumeración del artículo 7 III de la LPH; advirtiendo, además, que la sola mención del destino actual de los

Resolución meritada, ocasión de estas notas, no es sólo que mantenga un resultado "antisocial", sino que jurídicamente resulta insostenible.

# VII. CONCRECIÓN DE LA LIBERTAD DEL DOMINIO Y CONSIGUIENTE PODER DE DESTINACIÓN EN LA NORMATIVA (POSTCONSTITUCIONAL) PROYECTADA

El cierre de estas notas es lógico que cuente con las perspectivas de normación en la materia, por si vinieran a confirmar o desmentir cuanto se ha estado sosteniendo en contra del parecer del Centro Directivo.

Basta una lectura rápida del Anteproyecto de Ley de Conjuntos Inmobiliarios, elaborado por la Sección correspondiente de la Comisión General de Codificación y bajo los auspicios de la propia Dirección General de los Registros y del Notariado, precisamente en la última versión que he podido conocer y que está fechada en 1 de septiembre de 1991, para apercibirse de que el Notario recurrente está en lo cierto y, en definitiva, que debería de haberse admitido a inscripción la escritura rechazada.

Dicho Anteproyecto, como se sabe, describe un ámbito normativo mayor que la actual Ley de Propiedad Horizontal, a la que habrá de sustituir, pues, si a la regulación específica de ésta dedica el Título III (arts. 43-47), le antepone otro que tiene por objeto la regulación de los "Complejos Urbanos" (arts. 36-42), una vez que en el Título I (arts. 1.º a 35) va desgranando minuciosamente los preceptos que constituyen "Reglas Comunes".

Así, pues, siguiendo el orden de los títulos, interesan de las denominadas "Reglas Comunes" las que estructura el artículo 8, como "contenido" del régimen de propiedad separada y concretamente el principio proclamado en su apartado primero: "La propiedad de cada finca o unidad integrante del conjunto no tendrá otras limitaciones que las establecidas en las leyes o en el título de constitución" (44); y la degradación de las mayorías, de cuotas y de propietarios, que especifica el artículo 20 pro-

locales no implica prohibición de otro uso y que cuando estatutariamente se prohibió el establecimiento de "centro de enseñanza o clínicas" no se logró vetar la instalación de oficinas.

(44) De interés particular asimismo resulta la nota aclaratoria de su apartado segundo, donde se recuerda que si bien "un sector de los miembros de la sección estima que no bastan los límites que resultan de las normas generales... Otro sector, mayoritario, de la sección opone que bastan estos límites... y que no deben ponerse obstáculos jurídicos a la restauración de los aprovechamientos económicos". El proyectado apartado segundo, en fin, autorizaría, según el texto articulado y entre otras actividades: "b) Realizar y formalizar a su costa agrupaciones, segregaciones o divisiones, con la consiguiente transcendencia en el conjunto inmobiliario..."

puesto, en la medida en que proscribe la exigencia de acuerdos unánimes (45).

Dentro del régimen proyectado directa y específicamente para la “Propiedad Horizontal”, el artículo 45 (actividades no permitidas en el piso o local), apartado primero, no puede ser más expedito de cara a la prevención de situaciones como la que venimos analizando (46). Actualmente, dice a la letra:

1. Tendrán las consideraciones de inmisiones las actividades desarrolladas por el propietario o por el ocupante de uno de los pisos o locales que estén prohibidas por el título constitutivo, que provoquen alteraciones a la normal convivencia o que sean contrarias al uso normal y a la buena fe. Se considerarán siempre inmisiones las actividades insalubres, las peligrosas y aquellas que provoquen daños a la finca (desaparecen, pues, las incómodas y las inmorales).

La simple expresión en el título de constitución del destino que de presente tiene un piso o local a vivienda, a negocio o a otro uso, no implica, sin más, que se haya establecido prohibición para dedicarlo a cualquier otra actividad.

JACINTO GIL RODRÍGUEZ

Catedrático de Derecho Civil

Facultad de Derecho de S. Sebastián

---

(45) La norma general viene constituida por la mayoría simple de asistentes, y excepcionalmente se exige mayoría absoluta, de propietarios y cuotas. Es el caso —por lo que nos importa—, de la modificación de Estatutos o de elementos comunes y de la supresión de limitaciones o cargas establecidas en el título constitutivo y comunes a todas las propiedades separadas. El voto favorable de los dos tercios sólo se requiere para la desafectación, gravamen o enajenación de elementos comunes.

(46) Bien es verdad que tampoco carece de seguridad pertinentes, en la misma dirección, la redacción propuesta para los artículos 45 bis y 46, preceptos que contemplan “normas especiales” sobre obligaciones y facultades y normas igualmente especiales sobre la Junta General. En efecto, el primer apartado de aquél diversifica el régimen de las obras a realizar en elementos privativos, según se limite a alterar o modificar su estructura o instalaciones (comunicación previa) o modifiquen la configuración exterior del respectivo piso o local (acuerdo tomado por mayoría absoluta).

# Dictamen registral - Art. 355 RH

## ANTECEDENTES DE HECHO

### I

Dos sociedades se proponen llevar a cabo un negocio de compraventa sobre las fincas 1 (3.759,01 metros cuadrados, valorada en veinte millones seiscientos veintisiete mil quinientas pesetas), 2 (3 hectáreas, 18 áreas y 30 centiáreas), 3 (2 hectáreas, 18 áreas y 40 centiáreas), 4 (29 áreas, 95 centiáreas y 82 centímetros cuadrados), 5 (de 14.082,41 metros cuadrados) —valoradas conjuntamente en doscientos treinta y nueve millones noventa y cuatro mil pesetas—, 6 (13.589,80 metros cuadrados, valorada en setenta millones ochocientos treinta y ocho mil quinientas pesetas), 7 (de 23.767,49 metros cuadrados, valorada en setenta y ocho millones veinte mil pesetas), 8 (de 2 hectáreas y 50 áreas, valorada en ciento treinta y siete millones ciento ochenta y siete mil quinientas pesetas) y 9 (1 hectárea, 23 áreas y sesenta centiáreas, valorada en setenta y ocho millones doscientas treinta y dos mil quinientas pesetas).

Las expresadas fincas están incluidas en un Plan Parcial, quedando fuera de la Unidad de Actuación Urbanística parte de alguna de ellas. Realizada topográficamente la medición de las parcelas que integran dicho Plan Parcial, en lo que afecta a las fincas descritas propiedad de la Sociedad vendedora, la superficie global de las mismas es de 149.298,71 metros cuadrados, de los que 106.423,52 quedan dentro de PP y 7.296 metros cuadrados se incluyen en la Unidad de Actuación Urbanística SG-I, y 35.579,19 quedan fuera del sector.

En el momento en que se quiere celebrar el contrato se encuentra aprobado inicialmente el citado Plan Parcial por el Ayuntamiento correspondiente. Conforme a su ficha técnica su superficie total es de 292.440 metros cuadrados, con 152.200 metros cuadrados de edificabilidad a distribuir entre 344.507 metros cuadrados ( $292.440 \text{ m}^2 + 52.067 \text{ m}^2$  para Prado Ovejero y un número máximo de viviendas de 1.462).

## II

Las partes convienen la compraventa respecto a los terrenos propiedad de la vendedora incluidos en el sector del PP con una superficie aproximada de 106.423,52 m<sup>2</sup>.

## III

Con el fin de llevar a cabo lo convenido la Sociedad vendedora solicitó del Ayuntamiento la correspondiente autorización para segregar de las fincas descritas las porciones correspondientes para poder dar fiel cumplimiento a los compromisos asumidos.

El Ayuntamiento informó negativamente la segregación por imposibilidad legal al estar pendiente de aprobación definitiva el Plan Parcial y el Proyecto de Compensación del sector indicado, conforme determina el art. 96 de la Ley del Suelo y el art. 104 del Reglamento de Gestión Urbanística.

## IV

Ante la situación creada y deseando las partes dar cumplimiento a sus compromisos y dotar a la sociedad compradora de título suficiente para inscribir a su nombre se pretende formalizar la compraventa de la totalidad de las fincas descritas, sin perjuicio de que una vez inscrito el Proyecto de Compensación del PP referido y determinadas jurídicamente las superficies que quedan fuera del mismo la sociedad compradora ceda o transmita a la vendedora dichas superficies.

## V

El proyecto de contrato comprende, entre otras, las siguientes estipulaciones de las que destaco los puntos de relieve:

*Primera.—Agrupación*

Por ser colindantes entre sí las fincas números 2, 3, 4 y 5 del expositivo I de esta escritura, la sociedad vendedora procede a agruparlas para que en lo sucesivo constituyan una sola finca única e independiente, de



70.748,23 metros cuadrados, valorada en doscientos treinta y nueve millones noventa y cuatro mil pesetas.

*Segunda.—Compraventa y pacto de retro*

La Sociedad Anónima dueña de la finca, debidamente representada, vende a la otra Sociedad la finca agrupada así como las fincas 1, 6, 7, 8 y 9, resultando un precio total de quinientos ochenta y cuatro millones de pesetas, para los terrenos incluidos en el Plan Parcial, y treinta millones de pesetas, para el resto de las fincas excluidas del Plan Parcial y que serán objeto de retroventa, de acuerdo con lo convenido en la estipulación séptima, determinándose la forma de pago del precio.

*Sexta.—Subrogación en los compromisos urbanísticos*

La Sociedad compradora queda subrogada en los compromisos asumidos por la vendedora frente al Ayuntamiento, abogado y arquitecto, relativos al desarrollo urbanístico del Plan Parcial y posteriores Proyectos de Urbanización, Compensación, Junta de Compensación, que tiene ya iniciados, sustituyendo los avales prestados.

*Séptima*

Como se ha hecho mención en la segunda, y sin perjuicio de que la compraventa comprenda la totalidad de las fincas descritas en la exposición para su acceso al Registro de la Propiedad a nombre de la sociedad compradora, es lo cierto y convenido que la venta efectiva entre las partes se circunscribe a la superficie que legalmente quede incluida dentro del PP en el Proyecto de Compensación que en su día se apruebe e inscriba, aproximadamente fijada en 106.423,52 m<sup>2</sup>. Superficie ésta que es la que entre las partes ha servido para establecer el precio convenido en la presente escritura.

Según ha quedado reflejado con anterioridad, no es posible la segregación, siendo el Proyecto de Compensación del PP referido el único instrumento legal para determinar la superficie que definitivamente, con acceso registral, quedará dentro y fuera del citado Polígono Urbanístico.

Consecuente con todo lo anterior y los compromisos existentes entre las partes, una vez aprobado definitivamente el Proyecto de Compensación

e inscrito en el Registro de la Propiedad, la sociedad vendedora reintegrará públicamente las superficies que, de las fincas ahora transmitidas, queden fuera del citado Polígono o Sector, que no son causa de la operación como ha quedado expresado.

La sociedad vendedora satisfará todos los gastos, impuestos y arbitrios que el reintegro de dichas superficies conlleve, que no son causa de la operación como ha quedado expresado, en precio idéntico al de la compraventa que es de treinta millones de pesetas.

#### CONSULTA

Expedida certificación registral de todas las fincas afectadas, se solicita a continuación el informe registral aludido por el artículo 355 del Reglamento Hipotecario, relativo al modo más conveniente de lograr el acceso registral de la operación descrita y, además, de la problemática registral derivada de la incorporación de una cláusula a la hipoteca que se propone constituir la parte compradora sobre las fincas a adquirir, con el siguiente tenor:

“La Caja de Ahorros X consiente expresamente que Promociones IM, S.A., o la persona física o jurídica que de ella traiga causa, segregue de la finca registral agrupada (compuesta por las fincas 2, 3, 4 y 5) una superficie de 31.149,75 metros cuadrados con una variación en más o menos del 1 por 100; de la finca 6, 780,15 metros cuadrados con una variación en más o menos del 1 por 100; y de la finca 7, 10.945,29 metros cuadrados con igual variación, quedando las superficies que se segreguen, que son precisamente las que no están incluidas dentro del Plan Parcial, totalmente libres de la responsabilidad hipotecaria que en la presente escritura se constituye”.

#### DICTAMEN REGISTRAL

Examinada la situación registral de las fincas n.º 6.022, 6.024, 6.026, 6.030, 6.032, 6.036, 6.038 y 6.040, de Móstoles, obrantes en los folios 89, 90 y 104, 91, 93, 95, 97, 99, 103, 105 y 107, del tomo 1.256 —de las que se ha expedido la correspondiente certificación—, se trata de determinar el modo más conveniente de lograr el propósito comercial resultante de los documentos que, por fotocopia, se adjuntan a la solicitud de este informe,

con pleno respeto a todos los preceptos aplicables, y en aras de la inscripción de los actos que correspondan.

A tal efecto se acompañan:

1. Minuta de escritura de agrupación y compraventa con pacto de retroventa.

2. Cláusula de liberación parcial de hipoteca sobre finca no segregada al tiempo de constituirse la hipoteca.

Aunque formalmente lleguen a solemnizarse en dos actos escriturarios y registrales perfectamente separados e independientes entre sí, enseguida se comprenderá que la segunda cuestión está genéricamente enlazada con la primera, dependiendo de la solución que se dé a esta última.

#### A) *Agrupación*

Las fincas referenciadas pertenecen a la entidad vendedora como consecuencia de sucesivas adquisiciones de partes indivisas. Por tanto, aunque en el folio registral de cada finca no aparezca una sola última inscripción de dominio, sino sucesivas inscripciones de otras tantas titularidades de cuotas indivisas, al aglutinarlas dan como resultado una única titularidad dominical. Corresponde, pues, al agruparlas, describir las fincas con las circunstancias individualizadoras ordinarias, aunque el título sea, en cada caso, plúrimo como consecuencia de la gradual adquisición descrita. Cabe, pues, agrupar las colindantes fincas n.º 6.024, 6.026, 6.028 y 6.030, de conformidad con el art. 45 del Reglamento Hipotecario.

#### B) *Compraventa*

Es difícilmente concebible una compraventa recayente sobre la totalidad de un objeto, del que, sin embargo, y al propio tiempo, se reconoce excluir una parte. O hay compraventa de todas las fincas o hay compraventa de sólo algunas. Esta ambigüedad e incoherencia interna de la operación proyectada se echa de ver “passim”. Basta cotejar el primer párrafo de la estipulación tercera con la séptima, en la que se dice “... sin perjuicio de que la compraventa comprenda la totalidad de las fincas descritas en la exposición para su acceso al Registro de la Propiedad a nombre de la sociedad vendedora, es lo cierto y convenido que la venta efectiva entre las partes se circunscribe a la superficie que legalmente quede incluida dentro del PP 9 en el Proyecto de Compensación...”, que resulta ser de 106.423,52

metros cuadrados frente a los 149.298,71 metros cuadrados que suman la totalidad de las fincas transmitidas.

1. *¿Falta de valor traditorio, en parte, de la escritura?*

La aporía resulta de que se desvincula, sin apoyo jurídico suficiente a efectos registrales, la voluntad de transmitir y adquirir el dominio, de la función traslativa típica de toda compraventa, cuya actualización efectiva es imprescindible para la inscripción de la propiedad a título de venta. La voluntad por sí sola —sin el instrumento técnico apropiado, reserva de dominio...— no puede modificar el cometido asignado por el ordenamiento jurídico a un determinado tipo de contrato. Y si queremos entender estas reiteradas manifestaciones como enervantes de la equivalencia entre el otorgamiento de la escritura pública y la “traditio” (art. 1.462.2 CC), necesaria para la adquisición del derecho de propiedad por la entidad compradora, habría que negar efectos registrales al acto, porque al tratarse de una mera relación obligatoria/creditoria, carecería de trascendencia real. De ser así, esta ininscribibilidad afectaría a toda la operación y, por ende, a toda la escritura, precisamente por no estar determinadas las fincas en relación a las cuales sí se transmite la propiedad por mediar tradición instrumental, y aquellas otras respecto de las que no cabrá conferir tal efecto al acto.

El que tal cosa “no resulte de la escritura o se deduzca claramente” —como exige el propio art. 1.462.2 CC para poder colegir la falta de trascendencia real del acto—, a la vista de la estipulación cuarta: “Por el sólo hecho de este otorgamiento, la parte compradora, toma posesión de las fincas transmitidas”, no hace desaparecer el problema de la ambigüedad jurídica de la operación, sino que más bien lo incrementa.

Obsérvese que la exigencia legal de que sea la propia escritura la que incorpore aquella voluntad en contrario —a su equivalencia a la tradición— deriva precisamente de la función normativa de signo que le corresponde. Por tanto, sería más que dudoso que un documento privado —“¿es lo cierto y convenido” de la estipulación 7.ª?— hecho para alterar lo pactado en escritura pública pueda tener el valor entre las partes que le reconoce de modo implícito el artículo 1.230, “a sensu contrario”, ya que una norma específica, que no es exclusivamente para terceros —art. 1.462, párrafo segundo— exige que la misma escritura contenga tal voluntad (vid. también art. 1.219 CC) (1).

---

(1) Vid. A. HERNÁNDEZ GIL, *La posesión*, Civitas, 1980, pág. 301.

## 2. *¿Indeterminación inscribible del objeto del contrato?*

Acudir al art. 1.273 del CC, que admite una cierta indeterminación del objeto del contrato siempre que sea posible determinarlo sin necesidad de nuevo convenio entre los contratantes, circunstancia que se dará en nuestro caso, que cuenta además, con una exquisita objetividad —cfr. arts. 1.449, 1.690 II y 1.256 CC— en el criterio de determinación tampoco resuelve el problema. En efecto, o bien falta suficiente causalización en el pago de los treinta millones de pesetas como precio de un objeto que, por definición contractual, no forma parte de la compraventa, o bien estamos en presencia de la transmisión de unos bienes sin contraprestación metálica alguna, como parece inferirse de la estipulación séptima: “Superficie ésta —la de 106.423,52 metros cuadrados— que es la que entre las partes ha servido para establecer el precio convenido en la presente escritura”. Si es así, ¿a título de qué se transmiten los restantes 42.875 metros cuadrados? Tanto en un caso como en el otro, no se trata ya de que falte la expresión de su causa, sino que hay una falta confesada de causa, en clara contravención de los arts. 1.274 y 1.445 del CC. Ni que decir tiene que las circunstancias externas al contrato reseñadas en el expositivo III —denegación de la licencia de segregación por el Ayuntamiento al encontrarse las fincas inmersas en un proceso urbanístico— carecen de la relevancia jurídica adecuada a la causa exigida por el mencionado precepto.

## 3. *¿Simulación de un elemento del contrato?*

Se puede pensar (2) que habría que distinguir entre la falsedad —confesada— sobre la existencia de un elemento esencial —precio, en parte, o parte de las fincas— y la que se limita al alcance o contenido de dicho elemento —fincas o precio—. En uno y otro supuesto existirán dificultades para la inscripción —art. 18 LH: “Los registradores calificarán... la validez de los actos dispositivos contenidos en escritura pública”—. La falta de precio haría que no haya compraventa —art. 1.445 CC—, en cuanto a ciertas fincas o parte de ellas, y que el precio confesado falsamente —pues esas fincas no se habrían tenido en cuenta a la hora de pactar el precio— signifique una simulación absoluta —se oculta la inexistencia de la compraventa en parte—. Sí, en cambio, se considera que lo que es falso es el monto del precio, en más o en menos, más que de inexactitud querida, o indicación inexacta que, en su caso, habría que corregir, habría que considerar que el contrato en el que figura el precio

---

(2) F. DE CASTRO, *El negocio jurídico*, Madrid, 1971, pág. 341.

falso, en más o en menos, sería un contrato simulado, que disimularía otro —“lo convenido entre las partes”, “los compromisos existentes entre las partes”, de la espitulación 7.<sup>a</sup>— en el que se estableció el precio verdadero. Lo que importa para saber si se aplican las reglas de la simulación relativa, y con ellas las referentes a la protección de terceros de buena fe: ¿a qué fincas?

#### 4. *¿Titularidad fiduciaria?*

Por lo mismo, no cabe aceptar la registración de una titularidad, en parte, meramente formal de la compradora sobre la que se reconocería ser la vendedora la verdadera propietaria. El sistema jurídico español de transmisión de bienes es típicamente causalista, por lo que, habida cuenta de la naturaleza de artificio de la “causa fiduciae”, sólo nos quedaría la causa de Administración, mandato o gestión y causa de garantía, decididamente ineptas para la transmisión plena de la propiedad (3).

#### 5. *¿Nulidad parcial?*

Es también evidente que la solución de la nulidad parcial, instrumentalizada a través del cauce registral de unas inscripciones parciales y modalizadas —cfr. arts. 429 y 434 RH—, ni resultaría satisfactoria para el

---

(3) *Op. cit.*, págs. 408, 409 y 415. Vid., sin embargo, J. VIDAL MARTÍNEZ, *La venta en garantía en Derecho civil común español. Estudio jurisprudencial y ensayo de construcción doctrinal*, Civitas, 1990, especialmente págs. 226 y 230, para quien el fiduciario es un verdadero propietario obligado a retransmitir. A nuestro juicio hay que discernir debidamente entre el problema que se plantea a la hora de inscribir un contrato fiduciario —directamente relacionado con el de la adquisición o no de la propiedad—, y el de sus efectos una vez inscrito (indebidamente o por el hecho de no constar el pacto fiduciario en el título inscribible) —que tiene que ver con la protección de terceros de buena fe. Obviamente ésta en nada cambia la carencia de plenos efectos transmisivos del primer contrato, pues, como ha declarado certeramente la STS de 7 de mayo de 1991 “sí, como en el caso (compraventa en garantía de un préstamo con pacto posterior de retroventa a la total amortización) la compraventa realizada es de mera garantía, no puede pretenderse con ello obtener, ni entre los propios contratantes ni ante terceros, el reconocimiento de un título transmisor del dominio, porque ello envuelve una contradicción patente, ya que el contrato de compraventa es el instrumento paradigmático de dicha transmisión dominical y el título de propiedad por antonomasia”, sin perjuicio de sus efectos privilegiados —como crédito del fiduciante— frente a los acreedores del fiduciario, prelación que proviene, en todo caso, de su carácter notarial, no de su inscripción, por lo que podrá irrumpir en una tercera de mejor derecho, pero no de dominio.

propósito empírico perseguido por las partes ni sería admisible en este acto, debido a la indeterminación de los terrenos a los que afectaría.

#### 6. *¿Pactos personales: exclusión registral?*

Tampoco cabe registrar la operación proyectada limitándonos a excluir todos esos pactos con base en su carácter meramente personal u obligatorio. Tal cosa no sería conforme con el artículo 1.281 del CC ni con lo que tiene declarado repetidamente la DGRN: “No ha de valorarse fraccionadamente la total operación realizada, sino de un modo global, en coherencia con su carácter unitario, con la íntima vinculación e integración de sus determinaciones, y en función de la efectiva finalidad práctica perseguida” (sic, Rss. 5, 6 y 7 de febrero de 1990, 5 de junio de 1991...).

#### C. *El pretendido pacto de retroventa*

Precisamente, el “Leitmotiv” del pacto de retroventa que se añade a la operación es el de cubrir —“rectius”, encubrir— la falta parcial de causa de la operación. Lo que resulta paladina y reiteradamente confesado por las partes en los párrafos tercero y cuarto de la estipulación séptima: “Consecuente con todo lo anterior y los compromisos existentes entre las partes, una vez aprobado definitivamente el Proyecto de Compensación del PP 9 del Ayuntamiento de Móstoles e inscrito en el Registro de la Propiedad correspondiente, Promociones IM, S.A., reintegrará públicamente las superficies que, de las fincas descritas en la exposición, incluidas en dicho proyecto, queden fuera del citado Polígono o Sector, que no son causa de la operación como ha quedado expresado”, “La sociedad, S.A.”, satisfará todos los gastos, impuestos y arbitrios que el reintegro de dichas superficies conlleve, que no son causa de la operación como ha quedado expresado, en precio idéntico al de la compraventa que es de treinta millones de pesetas”.

#### 1. *La retroventa como facultad del vendedor*

En concordancia con lo anterior sería difícil admitir que estemos en presencia de una verdadera enajenación con pacto de retroventa, pues lo que ha de caracterizar a ésta, para que sea inscribible, es que el vendedor se reserve la facultad de reintegrarse en el bien devolviendo el precio

recibido. A los problemas derivados del hecho de que pueda hablarse en el caso que se nos presenta de un “precio de la venta” —presupuesto por el art. 1.518 para el retracto convencional— y al hecho de la indeterminación del objeto de la retroventa, se sobreañaden otros, como consencuencia de la configuración jurídica que se pretende dar a la retroventa en el contrato. Así, en el Exp. IV: “se formaliza la presente compraventa de la totalidad de las fincas descritas... sin perjuicio de que Promociones IM, S.A., ceda o transmita a P., S.A., dichas superficies” —las que resultan excluidas del Proyecto Urbanístico—; estipulación 3.<sup>a</sup>: “... y de treinta millones, para el resto de las fincas excluidas del Plan Parcial y que serán objeto de retroventa, de acuerdo con lo convenido en la estipulación séptima...”; estipulación 7.<sup>a</sup>: “... Promociones IM, S.A., reintegrará públicamente...”.

En la venta con pacto de retro que sea verdaderamente tal y, por ello, en su caso, inscribible, el vendedor que se reserva el derecho de recuperar la cosa no contrae por ello, y de presente, obligación alguna; se reserva una simple facultad jurídica cuya actuación se confía a su libre arbitrio durante un plazo —aquí inexistente (cfr. art. 1.508 CC), aunque sí se fija como momento “a quo” para la actuación retransmisora por parte de la sociedad vendedora el de la inscripción del Proyecto de Compensación— que se estipule, y sólo su ejercicio presupone y fundamenta el simultáneo deber de reembolso del precio y demás gastos contemplados en el art. 1.518 CC (v. res. últ. cit.). Frente a esta caracterización normativa (4)

---

(4) Podría constituir un obstáculo para tal configuración lo dicho en la STS de 28 de diciembre de 1984: “(...) a lo que es de añadir que en el caso concreto aquí enjuiciado la reversión de terrenos que cumplida la condición opera a favor del vendedor tiene un alcance limitado que al no afectar a la totalidad de la casa que fue objeto del originario contrato de compraventa hace que no pueda identificarse el convenio con lo que el pacto de retroventa significa según la definición legal del mismo contenida en el artículo 1.507 del Código Civil (...)” (Cdo. tercero). Sin embargo, no creemos que tal apreciación pueda erigirse en serio escollo para la aplicación de los arts. 1.507 y ss del CC —relativos al retracto convencional— a nuestro caso, por el hecho de que se pacte la retroventa con un alcance parcial y limitado, no afectante a la totalidad de la cosa objeto del contrato, pues, consignado diferenciadamente el valor que integran los terrenos retrotraíbles no ha de haber dificultad alguna en hacer el cálculo debido a los efectos del art. 1.518 del CC. Téngase en cuenta, además, las hipótesis previstas por los arts. 1.513 a 1.517, en los que, al referirse el retracto a situaciones de proindivisión, también quedará rota la ecuación jurisprudencial y a pesar de ello, estos preceptos regulan supuestos de retracto convencional. En fin (y sin perjuicio de lo que diremos más adelante) en el caso resuelto por la Sentencia anterior, lo expresamente convenido en la escritura, según reconoce la propia Sentencia, fue una condición en sentido técnico, al referir la resolución y reversión parcial de los terrenos exclusivamente a un acaecimiento futuro e incierto absolutamente independiente de la voluntad de la vendedora, “pugnando con ello el pacto de reversión estipulado con el carácter de condición potestativa y dependiente de la sola voluntad del vendedor que el retracto convencional significa...”.



de la retroventa como facultad que se reserva el vendedor (art. 1.507 CC), en nuestro caso se perfila contractualmente como ¿facultad u obligación? de la parte compradora, lo que es clave a los efectos de reconocer o no trascendencia real al pacto y, por tanto, a los efectos de su inscribibilidad o no (cfr. art. 1.510 del CC). La articulación estipulada, junto a la tipicidad y claridad exigibles en la materia, deberían inclinar al buen sentido por su rechazo, por esa sola razón, y sin perjuicio de las demás ya apuntadas.

Y no se esgrima que, de entenderse configurada como obligación de la entidad compradora la de retransmitir ciertos terrenos, se trata, correlativamente, de una facultad de la parte vendedora, pues: ¿a quién correspondería la opción entre exigir su cumplimiento forzoso —devolución de los terrenos o del dinero— o hacer suya definitivamente la propiedad del bien —los terrenos o el dinero—? Si se ha de constituir una facultad de retroventa, sólo es dable hacerlo a favor de la vendedora, a cuyo favor se inscribirá ese derecho potestativo; y, para ello, sería necesario estipularlo como iniciativa originaria suya, de cuyo ejercicio —y no de la mera inscripción del Proyecto de Compensación en el Registro de la Propiedad— dependerá la obligación de reintegración de los terrenos por parte de la compradora.

## 2. *El pacto de retroventa en función de garantía y los intereses de las partes*

Claro es que si nos atenemos a lo realmente querido por la parte compradora —no querer comprar todos los terrenos, pero “tener que” comprarlos todos ante la imposibilidad de segregar parte por falta de licencia al efecto, al hallarse en curso un proceso urbanístico—, se podrá legitimar la adición del pacto de retro a la venta en función de garantía, con la finalidad de asegurarse de que la operación acabará siendo, a la postre, lo que inicialmente se quería. Esto es, la retroventa aseguraría que el dinero “pagado de más”, volverá a quien lo entregó —comprador—, y los terrenos entregados “en exceso”, volverán a su propietario inicial —vendedor—. Pero si, como parece, el interés en no adquirir todos los terrenos —sino sólo los urbanizables a resultas de lo dicho—, es de parte de la entidad compradora, no procede encauzarlo por la vía de la constitución de un derecho de retroventa que, de suyo, ha de corresponder al vendedor, pues aquella estaría expuesta a que éste no llegara —legítimamente, pues es su derecho— a ejercitarlo nunca, con la pérdida del dinero entregado.

Por otra parte, su configuración como “venta en garantía pero al revés” o “garantía de la no venta”, pasaría por entender que la sociedad

vendedora habría dado en préstamo a la sociedad compradora los terrenos que eventualmente resulten excluidos de la compensación —nota de infungibilidad—, a cuyo efecto se introduce en la venta un pacto de retro como vestidura o garantía de la no venta —actual— de esos terrenos. En tal caso, la ininscribibilidad del pacto de retro no sólo resultaría de lo ya dicho más arriba sobre titularidades fiduciarias con causa de préstamo o garantía, que hace ininscribible a las llamadas “ventas en garantía”, sino de la específica razón de que mediante el préstamo de una cosa que no sea dinero u otra cosa fungible, una de las partes entrega a la otra el bien para que use de ello cierto tiempo y se lo devuelva, en cuyo caso se llama comodato, y el “comodato es esencialmente gratuito” —art. 1.740 CC—; de donde resultaría que no hay propiamente venta con pacto de retro, porque no hay (est. 7.<sup>a</sup>, párrafo primero “in fine”), —no puede haber por ley— precio.

### 3. *Posibilidad de condición resolutoria*

Al margen de que el derecho de retro del vendedor se haga, además, depender de una condición (¿qué precepto habría de impedir un pacto de retroventa condicional si queda salvaguardado el art. 1.115 del CC?), si el propósito de las partes no es provocar una transmisión dominical actual y definitiva, sino una transmisión provisional y cautelar destinada a una pronta conclusión una vez que se delimite la situación urbanística de las fincas, pueden ponderar la suficiencia y adecuación a tal fin del instituto de la condición resolutoria, previniendo su operatividad sobre parte del objeto de la venta y disponiendo como evento condicionante la inscripción en el Registro de la Propiedad del Proyecto de Compensación del que resulten excluidos los terrenos en cuestión (5). No constituiría óbice registral alguno para tal condición el carácter flotante, sujeto a los vaivenes de

---

(5) Sobre asimilación del retracto convencional a la condición resolutoria puede verse la E de M. de la LH. Vid., sin embargo, las dificultades (arts. 1.115, 1.519, 1.520 ..) aducidas por Cossío (*Instituciones de Derecho civil*, I, pág. 370) para calificar este pacto como condición resolutoria. En cualquier caso, obsérvese, de una parte, que aunque la retroventa pueda estar sujeta a condiciones distintas (por ej., el precio) de las que tuvo la venta, lo que pudiera demostrar que sus efectos no se limitarían a destruir los de la venta, sino a crear a favor del retraído unos derechos que sólo pueden derivar de una venta nueva y distinta (obligación de entrega, evicción, pago de un nuevo precio...), en nuestro caso las condiciones de la retroventa son las mismas que las de la propia compraventa; y, de otra parte, la ambivalencia que se le atribuye en el texto lo es a efectos de la operatividad registral, coincidente en ambas en la medida en que tanto en uno como en otro caso los efectos de referencia son secuela de la prioridad registral ganada.

la ordenación urbanística, del objeto a que afectaría, por la certeza y objetividad del hecho puesto como condición.

Por lo demás, al no consistir el evento condicionante (art. 23 LH) en un tema de cumplimiento o incumplimiento de las prestaciones, quedarían al margen los motivos en los que poder apoyar la negación de automatización al mecanismo resolutorio cuando éste garantiza el precio aplazado (6), y si se pretendiera derivar para ello algún obstáculo de los arts. 1.123.2 y 1.122 del CC, “a fortiori” habría que descartar una readquisición unilateral y automática en caso de pacto de retro (7), a la vista de preceptos como los 1.507, 1.509 y 1.518.

#### 4. *¿Exigibilidad de consignación?*

Ambos —pacto de retroventa y condición resolutoria— suscitan, en principio, el inconveniente, en especial para el comprador, de la necesidad de la consignación del precio a devolver por el vendedor a favor de todos los implicados: no sólo el vendedor, sino también los titulares intermedios, esto es, los que lo sean “medio tempore” entre el momento de la compra-venta y el de la resolución —acreedores hipotecarios...—, sin lo cual no cabrá la reinscripción de los terrenos a favor de la sociedad vendedora, de conformidad con el art. 175, regla 6.ª del RH y de la rígida interpretación

---

(6) Si bien, en ningún caso, los demás efectos —prioridad, oponibilidad...— de la inscripción de la condición resolutoria, lo que parece olvidar quienes con mayor derro-tismo han recibido ciertas resoluciones de la DGRN que —se dice— condenan la condición resolutoria explícita al ostracismo y a la vacuidad. Sin que con esta observación queramos decir más lo que decimos

(7) E. RUBIO TORRANO (*El pacto de retroventa*, Tecnos, 1990, pág. 209): “en la escritura que contiene el ejercicio del derecho de retracto, aparte la descripción de la finca con todos los pormenores que exige la Ley Hipotecaria, conviene que se deje constancia clara de la posición jurídica que adopta cada uno de los que en ella intervie-nen. El retrayente manifestará ante el Notario su decisión de ejercitar el retracto y de cumplir con las obligaciones pertinentes, el retraído expresará su allanamiento a las pretensiones del vendedor inicial, dejando libre el camino para la resolución de su titularidad y consiguiente retransmisión... Si el comprador no se allana, pero tampoco se opone, el derecho del retrayente no se detiene, si bien se desvía hacia la autoridad judicial...”. ¿No resulta incoherente asimilar, como hace este autor (vid. pág. 122), el pacto de retroventa con el derecho de opción, y no derivar las correspondientes conse-cuencias registrales (a la hora de encarar la constancia registral de la readquisición en pág. 208) de tal asimilación, a saber, posibilidad de otorgamiento unilateral de la escri-tura de ejercicio del correspondiente derecho (cfr. STS de 7 de noviembre de 1967 y RR. 7 de diciembre de 1978, 7 de septiembre de 1982), a salvo naturalmente la consignación de lo que haya de ser pagado? Ahora bien, preceptos como los arts. 1.509 y 1.518 dificultarían esa asimilación entre el pacto de retro y la opción con efectos reales y unilaterales, sobre todo, si, como el citado autor, se sostiene que el art. 1.518 tiene carácter imperativo y constituye un mínimo inderogable

—“en todo caso”— que de esa exigencia ha venido haciendo una copiosa jurisprudencia registral. No se piense que el recurso al pacto de retro ha de soslayar dicho requisito, pues la razón de su exigencia es marginal respecto de la previsión contenida en el art. 1.509 del CC, a cuyo tenor si el vendedor no cumple con su obligación de devolver el precio y demás gastos mencionados por el art. 1.518, el comprador adquirirá irrevocablemente el dominio de la cosa vendida. A tal conclusión se llegaría también con una lectura “a contrario”, superficial y simplista, del art. 177 del RH. Este precepto regula la cancelación del pacto de retro por extinción de éste y consolidación de la adquisición. Sin embargo, se comprenderá que la necesidad de consignación resulta igualmente palpable en caso de retroventa si se tiene en cuenta; el legislador reglamentario menciona el art. 23 de la LH —en lo que se refiere obviamente a la condición resolutoria; que la “ratio” para la exigencia de la consignación prevista en el art. 175-6.<sup>a</sup> es la misma; en fin, el propio art. 107, regla 7.<sup>a</sup> de la LH, relativa a la hipoteca de bienes vendidos con pacto de retro resulta sumamente esclarecedor de la exigencia de la consignación como efecto de la subrogación real, al imponer que se limite la hipoteca a la cantidad que el comprador debe recibir en caso de resolverse la venta —lo que no significa que la hipoteca recaiga sobre dicha cantidad, ni tampoco que no puede constituirse por un mayor importe que ella— y se dé conocimiento del contrato de hipoteca 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 ser que medie precepto judicial.

#### D) *Segregaciones y cláusulas hipotecarias: efectos y fórmulas*

En la cláusula hipotecaria sometida a este informe, la Caja de Ahorros consiente expresamente que la compradora o sus causahabientes segreguen de la finca que previamente se agrupará —resultante de las registrales núm. 6.024, 6.026, 6.028 y 6.030— una superficie de 31.149,75 metros cuadrados con una variación en más o en menos del 1 por 100; de la finca 6.036, 780,15 metros cuadrados con la misma variación; y de la finca 6.038, 10.945,29 metros cuadrados, con igual variación; quedando las superficies que se segreguen, que son precisamente las que no están incluidas dentro del Plan Parcial núm. 9 del Ayuntamiento de Móstoles, totalmente libres de la responsabilidad hipotecaria que se pretende constituir.

# 1. *Consentimiento para segregar*

En primer lugar, la constitución de hipoteca no puede mermar la libre disposición del deudor sobre sus bienes hipotecados hasta el punto de que fuera necesario el consentimiento del acreedor hipotecario para efectuar segregaciones. A tal efecto, da igual que éstas se consideren como actos de administración, como actos de riguroso dominio o como actos dispositivos, pues la hipoteca no legitima las prohibiciones de disponer ni, por tanto, invalida los actos de disposición —art. 27 LH—. De entrada, pues, huelga cualquier consentimiento anticipado por parte del acreedor hipotecario en tal sentido.

En segundo término, las porciones de terrenos segregados surgirán como consecuencia de un proceso urbanístico no dependiente de la exclusiva voluntad de deudor hipotecario ni, por tanto, del acreedor hipotecario.

# 2. *Consentimiento para liberar de responsabilidad hipotecaria ciertos terrenos*

Ahora bien, la razón jurídica por la cual no es precisa la intervención de los titulares de derechos reales sobre las fincas de origen, que no pueden impedir las segregaciones, agrupaciones, agregaciones o divisiones, es el hecho de que éstas dejan intactos sus derechos, afecciones o gravámenes. Así, el art. 47 del RH, para las segregaciones, dispone que “en la inscripción de la nueva finca se expresará la procedencia de ésta y los gravámenes vigentes de la finca matriz”.

Como quiera que es de interés de las partes que la sociedad vendedora readquiera las fincas que a la sociedad compradora no le conviene comprar, es lógico que tal readquisición se produzca libre de cargas.

Ocurre, sin embargo, que tal efecto se logrará merced a uno de los dispositivos contractuales previstos en la operación que habrá de celebrarse con carácter previo: La compraventa con pacto de retro (vid. art. 1.520 CC). Se articule como pacto de retro o como condición resolutoria, en prioridad le confiere el efecto de purgar la hipoteca, por lo cual, si uno y otra resultan inscritas, al depender la determinación de las fincas que han de quedar liberadas de responsabilidad hipotecaria de un criterio prístinamente objetivo, se coloca el supuesto fuera del alcance de la aplicación de los arts. 123 —elección del acreedor— y 124 —elección del deudor— de la LH, toda vez que, al tiempo de constituirse la hipoteca aparece previamente registrado aquel derecho con la relativa indeterminación de su objeto pendiente de un criterio de índole tal que nos permite

entenderlo asumido en el área de riesgo del acreedor hipotecario, por cuanto que éste, a la hora de fijar el capital prestado, ha debido detraer el valor de los terrenos cuya extensión superficial publica el Registro como “liberalizable”.

No obstante, configurado el pacto de retro como se ha indicado más arriba para su inscribibilidad, podría ocurrir que no llegara a ser ejercitado, o bien se ejercitase la hipoteca con anterioridad a su ejercicio, a cuyo efecto sí sería de evidente utilidad la constancia previa del consentimiento del banco para su liberación, en beneficio, en este caso, del comprador o causahabiente ejecutado.

¿Puede un consentimiento como el descrito exonerar de la exigencia de consignación del precio a devolver —30.000.000 pesetas—, al retrotraer los terrenos en cuestión? Si no llega a ejercitarse la retroadquisición, aunque sí será necesario ese consentimiento de la entidad prestamista para la correspondiente liberación hipotecaria, no habrá obligación alguna de consignar, por carecer de sentido exigirla cuando no surgen deberes recíprocos de restitución entre vendedor y comprador. En cambio, si llega a ejercitarse el derecho de retro, no sería necesario ese consentimiento del acreedor hipotecario para la respectiva liberación; pero, ¿sería suficiente para entender al vendedor dispensado de la obligación de consignar (lo que siempre cabrá prever anticipadamente si queda claro el alcance relativo de la cautela, esto es, sólo dispensaría de consignar a favor del dispensante) como condición para la reinscripción a su favor? Si el ejercicio del derecho de retro es voluntario del vendedor, una vez que se cumplan las circunstancias previstas, y éstas por sí solas —inscripción del Proyecto de Compensación como hecho desencadenante— bastan para considerar la hipoteca extinguida parcialmente, no tendría sentido exigir la consignación porque cuando el derecho de retro se ejercita se habrá extinguido la hipoteca.

### 3. *Problemas registrales: la extinción parcial de la hipoteca*

Con lo cual, el centro de gravedad del problema se desplaza a las siguientes cuestiones registrales: ¿Cómo habrá de constar en el Registro la extinción parcial de la hipoteca para que no sea exigible la consignación de los 30.000.000 pesetas, si no se pacta dispensa inicial de ésta? Y, ¿cómo resolver este problema anticipadamente? Esto es, ¿qué contenido deberá tener una cláusula tendente a simplificar y clarificar este estado de cosas?

He aquí la importancia de determinar el momento y la clase de constancia registral a que dará lugar la liberación parcial pretendida. Si bien,

como tiene declarado la DGRN la forma y titulación precisas para la práctica de los asientos en el Registro es materia sustraída a la autonomía de la voluntad, pueden, no obstante, evitarse problemas de forma y de fondo si se determina con claridad y precisión el supuesto de hecho que ha de desatar el asiento que corresponda.

Pactar la liberación parcial de los terrenos que se segreguen y que no estén incluidos en PP 9, sin más, no solucionaría los problemas. Piénsese, que la suspensión del otorgamiento de licencias de parcelación en el ámbito del polígono o unidad de actuación, como consecuencia de la iniciación del expediente urbanístico, perdura hasta que sea firme en vía administrativa el correspondiente acuerdo aprobatorio de la reparcelación —art. 98.2 TRLS de 9-abril-1976—. Esto es, las segregaciones aludidas en la cláusula hipotecaria no serán tales segregaciones, ni el problema registral consistirá en si se arrastrarán o no, o cómo se arrastrarán tales hipotecas a las porciones segregadas, pues la delimitación registral de los terrenos liberalizables se producirá como consecuencia del correspondiente Proyecto de Compensación, aprobado definitivamente, firme en vía administrativa e inscrito. Pues bien, se recurre —DA 10.<sup>a</sup>, Ap. 4.3 Ley 8/90— al procedimiento de la agrupación y división, o al de cancelaciones directas de folios de las fincas originarias y apertura de folio a las fincas de reemplazo, lo que está claro es que ni la agrupación ni las cancelaciones podrán afectar a todo el folio si en éste se hallan inscritos terrenos no incluidos en la unidad de actuación. No se trata, por tanto, de un problema de segregaciones —sin perjuicio de las sucesivas que se hicieren después— ni de arrastre de cargas, sino de que el folio matriz se vería modificado en la extensión de la finca, pero permanecería en él la inscripción de la hipoteca correspondiente, además del traslado de ésta a las fincas de reemplazo (y de los consiguientes problemas de distribución hipotecaria sobre fincas de reemplazo, de posibles hipotecas solidarias sobrevenidas y de su colisión con eventuales titulares de derechos o cargas sobre las fincas de destino). En cualquier caso, serían aplicables, “mutatis mutandi”, a las segregaciones aludidas las mismas pautas y criterios que siguen, para el caso de que se efectuaran en el tiempo que media entre la aprobación, ya firme, del expediente urbanístico, y la inscripción de éste en el Registro.

Planteadas la cuestión en estos términos, podrían configurarse la cláusula hipotecaria con perfiles y efectos distintos, teniendo en cuenta el art. 144 de la Ley Hipotecaria, cuyo ámbito de aplicación no tiene por qué ceñirse a los hechos o convenios entre las partes que puedan modificar o destruir la eficacia de una obligación hipotecaria anterior, en el sentido de que el pacto haya de ser siempre posterior a la hipoteca. La razón de un pacto simultáneo referido a un hecho posterior —que es la de nuestro caso— nos

permitirá subsumir la cláusula en este precepto y recurrir a alguna de las previsiones que, por otra parte, sólo enumera “ad exemplum”. Su concordante art. 240 RH se ocupa de detallar el tipo de asiento a practicar según el caso. Si, como parece, la hipoteca va a ser ejecutable sobre la totalidad de las fincas hasta el momento de la exclusión de ciertos terrenos, pudiéramos estar ante un pacto “de non petendo”, en el que comprador y prestamista convienen en no reclamar sobre parte de los bienes hipotecados una vez que llegue ese momento. Pues bien, el art. 240 RH, que ciertamente no es un dechado de perfecciones, no contempla específicamente el tipo de asiento que habrá de practicarse en caso de pacto o promesa de no pedir, como no sea reconducible en nuestro caso al supuesto de resolución o ineficacia parcial del contrato que sí regula como objeto de una cancelación parcial. Pero, como el propio precepto reglamentario establece y la buena técnica jurídica (8) nos enseña, el fenómeno resultorio es más propio del contrato que del derecho real: el efecto propio de la resolución parcial de la hipoteca debería ser la extinción del derecho real de hipoteca y, por ende, la continuación del contrato de préstamo sin garantía real, lo que no parece cohonestarse con las previsiones prácticas de las partes.

¿Sería tipificable como novación parcial? (arts. 1.203, 1.º y 1.204 CC). Para tal caso se prevé una nueva inscripción y la cancelación de la precedente, sin distinguir entre novación total o parcial, tal vez imbuido el legislador reglamentario por la novación consistente en la extinción de la obligación garantizada y su sustitución por otra, que da origen a una nueva hipoteca. Aunque se admita que la constitutividad de la inscripción de ésta exige la constancia registral de la novación incluso “inter partes”, y no sólo a los efectos de protección de terceros (9), no toda modificación de descripción de finca hipotecada implicará necesariamente novación. Con todo, las peculiaridades de nuestro caso —sustitución de fincas originarias por fincas susceptibles de agrupación o reemplazo, ambos por mor del expediente de compensación, y concentración en éstas de la responsabilidad hipotecaria, con liberación de ésta en la finca resto— podría encajar como supuesto de novación modificativa, que nos permitiera aceptar una cláusula hipotecaria dirigida a las cancelaciones parciales interesadas y concentración del crédito en las fincas propiedad de quien previamente haya adquirido los terrenos en cuyos respectivos folios registrales aparecen publicadas (no el mero consentimiento anticipado del acreedor hipotecario) las futuras liberaciones y concentraciones de responsabilidad.

---

(8) V. P. AVILA NAVARRO, *La hipoteca (estudio registral de sus cláusulas)*, pág. 216

(9) V. M. PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, *Derechos reales. Derechos hipotecarios*, págs. 466, nota 12.



Bien entendido que tal cosa en absoluto representa asunción de deuda, ni expresa ni tácita, pues mediante la concentración de la responsabilidad hipotecaria total no se adquiere más responsabilidad hipotecaria que la hacendera sobre esos bienes no liberado, si bien hasta el monto total de la deuda hipotecaria (10).

Quizá la solución más exenta de problemas está en estipular una cláusula de cancelación —no mera liberación— parcial —aunque será total en relación con la finca resto— por caducidad convencional o pactada —admitida por la DGRN en Res. 31-7-1989—, en la que el término inicial sería el de constitución de la hipoteca y el final el de la inscripción en el Registro de la Propiedad del Proyecto de Compensación. Al amparo del art. 82-2.º de la LH, podría el propietario de la finca en ese momento obtener la cancelación por caducidad de la hipoteca inscrita, con base en la extinción registral del derecho inscrito sobre las fincas finalmente excluidas del polígono, extinción que resultaría del propio título inscrito y de la debida acreditación de la exclusión.

#### RECAPITULACIÓN Y CONCLUSIONES

Si, con todo, y ponderados los intereses implicados en cada una de las cuestiones tal y como han sido desvelados, se quiere llevar a cabo la operación contando con los dispositivos contractuales diseñados —agrupación + compraventa de todo + pacto de retro + cláusula hipotecaria— habrán de articularse atendiendo a las observaciones formuladas en este informe.

En síntesis:

1. Habrá que suprimir los pactos y manifestaciones que enturbian jurídicamente la operación, quedando como compraventa, sin matizaciones, de todas las fincas, sin perjuicio de que permanezca lo dicho en los expositivos. Tales pactos son los analizados en el epígrafe “B” y “C” de este informe.

2. Podrá incluirse un pacto de retro añadido a la compraventa si se respetan los límites señalados en el epígrafe “C” para su inscribibilidad

---

(10) V., por el contrario, TIRSO CARRETERO, comentario a la Resolución de 17 de marzo de 1969, *RCDI*, núm. 475, 1969, pág. 1.667: “En nuestra opinión Camy ha dado en el blanco sin percatarse de ello. Es efectivamente un supuesto de novación modificativa, la asunción de deuda, la que nos puede abrir el camino del consentimiento unilateral de cancelación parcial y concentración del crédito en la finca propiedad de quien previamente haya asumido, expresa o tácitamente (?), la deuda hipotecaria total”

—como facultad del vendedor, ejercicio, plazo...—. O bien podrá sustituirse por una condición resultoria, sopesando lo dicho.

3. La cláusula hipotecaria de referencia habrá de ser sustituida por otra que tenga por objeto directo y claro la cancelación de la hipoteca sobre los terrenos excluidos, no como mero soslayo de una superflua autorización para segregar. Configurarla como relativa a la cancelación, en lugar de a la liberación, evitará problemas ulteriores. Quizá la cancelación por caducidad convencional —¿sin plazo?— sea el instrumento más idóneo y seguro. Al propio tiempo, debe quedar clara la operatividad de la cancelación cualquiera que sea el propietario de las fincas —vendedor, comprador, o terceros—, única manera de que goce de trascendencia real, evitando tener que contar con el consentimiento de eventuales terceros adquirentes —incluso “pro indiviso”— de las fincas hipotecadas afectadas —no bastando, a tal efecto, autorizar para segregar al comprador o a sus causahabientes—, o con el de posible cesionarios del crédito hipotecario —al margen de los efectos del art. 151 LH.

#### PROPUESTAS ALTERNATIVAS

No queremos cerrar este informe sin sugerir otras posibles maneras de proceder, por si las partes lo estiman más ajustado a la realidad de su propósito negocial, más conveniente a sus respectivas posiciones jurídicas como centros de interés —vendedora, compradora, acreedor hipotecario, terceros—, o más favorable, desde la perspectiva de los costes económicos de la operación —contractuales, fiscales o arancelarios—, con pleno respeto, en todo caso, a la legalidad —civil, registral y urbanística— vigente.

Se trata de buscar una fórmula jurídica que deje bien calzada la verdadera intención práctica de las partes. En una palabra: ¿Cómo hacer lo que quieren hacer: comprar sólo una parte de las fincas, las urbanizables, sin necesidad de apostillar más instrumentos jurídicos adicionales al contrato de compraventa? Sencillamente, comprando en parte, terrenos —sobre los que tengan la certeza de su inclusión en el Polígono— y, en parte, cuotas indivisas de las fincas que parcialmente quedarán excluidas. O, si no existe tal certeza sobre algunas de las fincas, o no quieren aventurarse las partes, cómprense sólo cuotas indivisas. Analicemos la posibilidad legal, inconvenientes y ventajas de tal hipótesis.

Ante todo, lo que vetan los arts. 14 y 15 —y el art. 96 TRLS— de la Ley 4/1984, de 10 de febrero, sobre Medidas de Disciplina Urbanística, de la Comunidad de Madrid, son las escrituras de división o parcelación de terrenos sin la correspondiente autorización, licencia de parcelación o sin

que se haya aprobado definitivamente el Proyecto de Compensación o de Reparcelación —art. 1.4—. La adquisición de cuotas indivisas para nada altera la fisonomía física de la finca ni condiciona, precluye, o conforma el destino de lo adquirido en lo que se refiere a esas parcelaciones o segregaciones. Por otra parte, el art. 394 del CC no resulta aquí vulnerado por los actos de ejecución de los compromisos urbanísticos mencionados “infra”. Apreciación que debe ser mantenida tanto si se suscribe la tesis de la comunidad de bienes como “propiedad plúrima total” (11), como si, más bien, admitimos con nuestro Código Civil que “todo condueño tendrá la plena propiedad de su parte... Pero el efecto de la enajenación o de la hipoteca con relación a los condueños estará limitado a la porción que se le adjudique en la división al cesar la Comunidad”, o si aceptamos la fórmula que con encomiable acierto previene el art. 54.1 del RH: “Las inscripciones de partes indivisas de una finca o derecho precisarán la porción ideal de cada condueño con datos matemáticos que permitan conocerla indudablemente”. Esto es, la cuantificación matemática ínsita en la adquisición de una cuota indivisa no puede vulnerar dichas normas urbanísticas por la elemental razón de que aquélla va referida a la cuota, no al terreno ni, por tanto, puede implicar por sí concreción material alguna de éste.

A lo más, cabría presumir (12) la existencia de parcelación o segregación —encubierta o fraudulenta, por tanto, al no contar con la correspondiente autorización administrativa— si se enajenasen partes indivisas de las fincas con incorporación del derecho actual de utilización exclusiva de

---

(11) STS de 28 de mayo de 1986: “Según la denominada teoría de la “propiedad plúrima total”, recibida como la mejor fundada sobre la naturaleza jurídica de la propiedad y que se conceptúa más acomodada a nuestro ordenamiento positivo, cada copropietario tiene un derecho de dominio pleno en cuanto a su extensión, pero limitado en lo referente a su intensidad por la concurrencia de los demás, de manera que cada titular le pertenecen todas las utilidades de la cosa, aunque el ejercicio del derecho venga constreñido cuantitativamente por la coexistencia de otros tantos derechos iguales, situación de donde arranca el concepto de “cuota”. De seguir por ahí habría que preguntarse que si cada copropietario no tuviera la propiedad total de la cosa, ¿de quién adquiriría lo que se le adjudique en pago de su cuota? Interrogante que revela transubstanciación —inexacta e innecesaria— de la primera frase del art. 399 del CC a manos de dicha teoría. V. al respecto Lacruz (*Elementos* III-1, pág. 276) y Miquel (*Comentario del CC*, I, pág. 1.098).

(12) Así se ha previsto en algunas CCAA, como la Canaria, en la que el art. 3 de la Orden de la Consejería de Agricultura, Ganadería y Pesca de 9 de junio de 1987 establece, para las parcelaciones de suelo rústico: “A los efectos de la presente orden se presumirá la existencia de parcelación o segregación cuando se enajenen partes indivisas de una finca rústica, con incorporación del derecho de utilización exclusiva de partes concretas de la misma, así como la constitución de asociaciones o sociedades en las que la cualidad del socio incorpore el derecho de uso exclusivo sobre una parte del predio total”.

partes concretas de las mismas (13). Pero no es nuestro caso, donde esa concreción lo es de futuro y justamente como consecuencia de la aprobación definitiva y firme del correspondiente Proyecto de Compensación. Para nada afecta a lo dicho los actos de ejecución de los compromisos urbanísticos en los que la sociedad compradora se subroga —estipulación 6.<sup>a</sup>—, pues del mismo modo se desarrollaría y habría de cumplirse aunque hubiere un único propietario (cfr. art. 62 TRLS).

Ahora bien, la inclusión del criterio —a todas luces objetivo (compruébese art. 402 CC)— del Proyecto de Compensación como vía de especificación o determinación de las cuotas, obviará cualquier tipo de problemas a la hora de disolver el condominio y adjudicar a la parte ahora compradora los terrenos inmersos en el mencionado proceso urbanístico. En unión de la publicidad registral del criterio de determinación, las propias normas urbanísticas de la compensación desvanecen problemas que, en otro caso, podrían derivarse de la aplicación de los arts. 399, 402, 403 y 405 del CC, en punto a la partición, por desacuerdos entre condóminos, acreedores o cesionarios.

La mala prensa de las hipotecas de cuotas indivisas —de indiscutible admisibilidad al amparo del art. 106 de la LH y 399 del CC—, por la dificultad de encontrar postores a los que colocar la cuota en caso de ejecución, no se agrava por la imposibilidad momentánea (por lo que tampoco ha de ser óbice el art. 400, 1 del CC, tratándose de una situación que en ningún caso desbordaría los límites temporales permitidos por el párrafo segundo del propio precepto para excluir la acción de división) de que prosperase una ulterior división de la cosa común —al encontrarse paralizada la vía de la licencia—, sino que carece de sentido en un caso con las dimensiones urbanísticas del presente. Además, de llevarse a cabo la operación como se ha diseñado con anterioridad, ¿no producirá igual efecto disuasorio el damocliano pacto de retro recayente indeterminadamente —también de momento— sobre la totalidad de las fincas afectadas? La única diferencia existente entre ejecutar y adjudicar fincas concretas sujetas “in toto”, si bien transitoriamente, al derecho de retro del vendedor, ejecutar y adjudicar cuotas indivisas concretas, con transitoria indeterminación, pero segura determinación de su objeto, radicaría en que el monto —30.000.000 pesetas— de valor fijado al derecho de readquisición resul-

---

(13) El recurso a las transmisiones de cuotas indivisas, bien porque sea lo que las partes se proponen, bien como vía para dar cauce a los negocios entre particulares impracticables (transitoriamente) en otro caso, evitarán la innecesaria congelación de transacciones inmobiliarias por causa de paralizaciones estructurales o procedimentales de las debidas autorizaciones administrativas.

tara menos disuasorio de cara a su transmisión, lo que parece impensable si al establecerse las cuotas indivisas objeto de compraventa, primero, y de hipoteca, después, se mantienen los lógicos módulos de proporcionalidad en relación con el valor total de los bienes.

**JULIO-JESÚS FERNÁNDEZ VARA**

Registrador de la Propiedad

Móstoles, 13 de abril de 1992



# IX Congreso Internacional de Derecho Registral

## A) ACTOS Y CONCLUSIONES

Con gran brillantez y numerosa asistencia nacional y extranjera se ha celebrado, de acuerdo con el programa previsto, este Congreso Internacional en el Palacio de Exposiciones y Congresos de Torremolinos, durante los días 25 a 29 de mayo.

El lunes día 25 tuvo lugar el acto inaugural, haciendo la presentación el Secretario General del CINDER y el Decano del Colegio de Registradores de la Propiedad de España. También hicieron uso de la palabra el presidente de la delegación argentina, doctor Oscar Sanubo, y mister Charles Brandt, conservador de París.

Al final, el director general de los Registros y del Notariado, don Antonio Pau Pedrón, que presidió el acto, pronunció una conferencia sobre el tema “Influencia de la legislación hipotecaria española en Hispanoamérica”, llena de interés. Su texto se ha recogido en el periódico especial editado por el Congreso y que ha dirigido con su probada maestría nuestro compañero, el Registrador de Nules y director de *Lunes*, 4,30, Enrique Colomer Sancho.

El martes día 26 hubo reunión de la Asamblea, discutiéndose en ella y ya en las distintas Comisiones los puntos sometidos a debate, que darían paso a las consiguientes conclusiones en su día.

El miércoles día 27 se trasladaron los congresistas a Sevilla. Allí en el auditorio del pabellón de las Américas tuvo lugar el acto de la presentación del número monográfico de la *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* y de la obra *Leyes Hipotecarias y Registrales de España*.

En primer lugar, el director del Centro de Estudios Registrales, Juan Pablo Ruano Borrella, leyó el acta del Jurado del Premio Estudios Hipotecarios, que ha sido declarado desierto, convocándose otro para el año 1995.

Luego, tras una introducción del Decano de nuestro Colegio, don José Poveda Díaz, se hizo la presentación de la revista monográfica por el consejero secretario de la misma, Francisco Corral Dueñas. A continuación expresaron su simpatía a todas nuestras cosas la escribana de Montevideo doctora Susana Cambiasso y el profesor Moisset de Espanés, de Argentina.

Por último, cerró el acto el presidente de la República de Guatemala, que lo presidió acompañado de varios de sus ministros, del ministro español de Agricultura y del comisario general de la Exposición Universal de Sevilla.

Durante el jueves día 28 y la mañana del viernes se continuaron los trabajos de las tres ponencias, para finalizar en las conclusiones que a continuación insertamos para conocimiento general.

El acto de clausura tuvo lugar el viernes por la tarde en un ambiente de satisfacción por las tareas realizadas y la renovación de los lazos de amistad con los profesionales de otros países que nos han acompañado en un clima de total colaboración.

Como resumen, recogemos a continuación las conclusiones de las tres ponencias y el acta de los acuerdos tomados por la Asamblea.

#### PRIMERA PONENCIA:

##### “LA PROTECCIÓN REGISTRAL DE LOS NEGOCIOS INMOBILIARIOS”

El acceso a la propiedad inmobiliaria de las clases medias y la libre circulación de personas entre diferentes países conduce a la consideración de los inmuebles como uno de los objetos del tráfico en que el adquirente debe tener la consideración de consumidor y, por tanto, ser protegido como tal.

Por ello, el Registro Inmobiliario en cuanto institución cuya finalidad es dotar de seguridad a los negocios jurídicos sobre los bienes inmuebles, debe tener en cuenta esta nueva realidad social. En tal sentido el IX Congreso Internacional de Derecho Registral ha llegado a las siguientes

#### CONCLUSIONES

PRIMERA.—El Registro Jurídico Inmobiliario, como institución específicamente destinada a dotar de publicidad al tráfico de inmuebles, tiene especial importancia en la protección jurídica del consumidor, en cuanto a adquirente de dichos bienes y de derechos reales sobre los mismos.



Por tanto, los principios contenidos en la Carta de Buenos Aires y las recomendaciones del VIII Congreso Internacional sobre información y orientación registral sirven, también, para la tutela jurídica de los consumidores.

En este sentido la calificación de tales aspectos sobre la validez del negocio inscribible, cuando aquella corresponda al Registrador según cada legislación nacional, debe tener en cuenta las normas imperativas sobre derechos de los consumidores.

SEGUNDA.—Es conveniente superar la tradicional concepción de que solamente deben tener acceso al Registro los derechos reales ya formados y, en tal sentido la publicidad registral debe ampliarse a los derechos reales en fase de formación y a las relaciones jurídicas de contenido obligacional a las que cada legislación nacional estime oportuno dotarlas de eficacia y trascendencia real.

TERCERA.—El IX Congreso cree conveniente reiterar la necesidad de coordinación del contenido jurídico del Registro inmobiliario con los datos descriptivos de las fincas resultantes de los Catastros, en los términos que ya declaró el IV Congreso Internacional en las Conclusiones correspondientes a su Comisión Segunda.

CUARTA.—Es conveniente que el deudor pueda justificar, con plena seguridad, la existencia y la titularidad de los bienes y derechos que constituyen su patrimonio, que éste pueda ser conocido, con la misma fiabilidad y exactitud, por el acreedor que legítimamente pretenda hacer efectivo su crédito y, en este sentido, que tales necesidades, esenciales en una comunidad moderna, se atiendan por una eficaz organización de la publicidad formal, de los Registros Jurídicos de Inmuebles, mediante la utilización de técnicas informáticas.

QUINTA.—Es conveniente que el contenido del Registro pueda incluir datos, que sin resultar esenciales desde el punto de vista de la eficacia legitimadora de sus asientos, son útiles para una mejor información de quien acude a conocer el contenido y la titularidad de los derechos inscritos.

En este sentido, la técnica del Derecho registral debe intentar conseguir, cuando ello fuere conveniente, la distinción entre la publicidad registral con eficacia legitimadora y la publicidad con efectos de simple información.

**SEGUNDA PONENCIA:****“LIBRE CIRCULACIÓN DE CAPITALES Y SU INCIDENCIA EN EL CRÉDITO HIPOTECARIO”**

La progresiva y creciente internacionalización de las relaciones jurídicas y económicas ha generado en los últimos años diversos procesos de integración regional que vienen dando lugar a la creación de estructuras políticas y jurídicas supranacionales que en la actualidad se encuentran en distintos grados de consolidación, debiendo mencionarse especialmente, por el nivel de desarrollo alcanzado, el caso de la Comunidad Económica Europea que camina hacia la constitución de una verdadera Unión Política, a cuyas implicaciones jurídicas, en particular en el campo de las transmisiones inmobiliarias y del crédito territorial, no pueden permanecer ajenos los Registradores.

La citada internacionalización económica ha venido siendo acompañada en los últimos tiempos, a su vez, del fenómeno paralelo de la internacionalización del tráfico jurídico inmobiliario, materializada en un elevado número de inversiones extranjeras en bienes inmuebles recíprocas entre los diversos países, fenómeno que tiende a su consolidación e incremento en el inmediato devenir histórico a impulsos de la filosofía liberalizadora que se impone en las mencionadas estructuras supranacionales a través de los principios de la libre circulación de capitales y de la libertad de establecimiento y prestación de servicios, amén de la propia libertad de circulación de personas.

Tal situación obliga a realizar un profundo y riguroso estudio del alcance e implicaciones que el descrito fenómeno presenta desde el punto de vista del Derecho Registral de los diversos países afectados.

Considerando todo ello, el IX Congreso Internacional DECLARA:

**I. PRIMERO.**—La libre circulación de capitales, que constituye una pieza fundamental en la articulación de un auténtico mercado único en el contexto de los procesos de integración económica y jurídica internacionales, debe resultar plenamente compatible con la existencia de controles y con la adopción de medidas estatales necesarias para evitar las infracciones a las respectivas normativas nacionales sobre control de entidades financieras y leyes fiscales.

**SEGUNDO.**—En este ámbito, y dentro del espectro de los movimientos de capitales derivados del tráfico inmobiliario transfronterizo y del crédito territorial e hipotecario, se considera fundamental la función de los Registros inmobiliarios, como instituciones jurídicas de publicidad en el tráfico, cuya actuación está presidida por el principio de legalidad,

desenvuelto a través de la función calificadora con la amplitud que establece cada ordenamiento nacional.

II. TERCERO.—La dinamización de las relaciones financieras y mercantiles internacionales requieren de la concurrencia de mecanismos jurídicos ágiles que doten de seguridad a los créditos y a las obligaciones surgidas de aquellas relaciones, mediante el establecimiento de garantías más allá de la propia solvencia patrimonial de deudores u obligados.

A este respecto se considera como instrumento de garantía más idóneo la hipoteca que, como derecho real de garantía protegido registralmente, constituye una figura jurídica de elevado desarrollo técnico que permite desplegar su función garantizadora respecto de un amplio conjunto de obligaciones internacionales.

CUARTO.—Se estima deseable que las legislaciones nacionales avancen en el camino de la profundización y desarrollo de las normas hipotecarias que versan sobre la garantía de las obligaciones cifradas en moneda extranjera.

III. QUINTO.—El efecto de la internacionalización del Mercado Hipotecario producido por la liberalización de los movimientos de capitales hace aconsejable la armonización de las regulaciones nacionales relativas a los procedimientos de emisión de los títulos hipotecarios en los países en que esta emisión sea legalmente posible, estableciendo las condiciones mínimas exigibles que hagan referencia en particular a los requisitos de los créditos hipotecarios de cobertura y a la naturaleza, preferentemente real, de la garantía.

SEXTO.—Atendiendo a las dificultades que se han de derivar del proceso citado para los Estados en orden a garantizar plenamente la solvencia de las entidades que intervienen en el Mercado Hipotecario, se aconseja el fomento de aquellos títulos cuya seguridad se halla amparada por su publicidad registral.

IV. SEPTIMO.—No obstante, el proceso de liberalización de movimientos de capitales y la incidencia que dicho proceso produce en la figura del crédito hipotecario, ello es plenamente compatible con la total autonomía de que gozan los derechos nacionales para regular el régimen de publicidad de los derechos, cuyo régimen es independiente del correspondiente a la forma de los actos y negocios, considerando, pues, a cada sistema jurídico soberano en orden al establecimiento de Registros Públicos y en la regulación de su ámbito objetivo presupuestos y efectos de la publicidad registral.

V. OCTAVO.—En el ámbito de la libertad de establecimiento y de prestación de servicios, que en el sector bancario se articulan a través del principio del mutuo reconocimiento de las técnicas financieras, se conside-

ra necesario que las autoridades comunitarias reanuden los esfuerzos para la elaboración de una Directiva en materia de créditos hipotecarios, en la que se defina con precisión los elementos que integran el concepto de técnica financiera. En todo caso, dicha regulación comunitaria debe respetar las restricciones impuestas por el Estado en que radique el bien hipotecario que vengan justificadas por las normas jurídicas de interés general, y con respeto a las normas de Derecho nacional que regulen los aspectos jurídicos del crédito territorial y las normas hipotecarias.

NOVENO.—Se considera deseable profundizar los estudios encaminados a elaborar fórmulas de colaboración internacional en el ámbito de la publicidad formal de los Registros Inmobiliarios.

VI. DECIMO.—El desarrollo de los procesos de liberalización de capitales y de servicios bancarios escritos exige como complemento indispensable, en el marco del logro de un equilibrio justo de los intereses económicos que convergen sobre el crédito hipotecario la adopción de una decidida política de protección de los consumidores, con los efectos jurídicos que en cada caso se establezcan.

DECIMOPRIMERO.—Las medidas de protección del consumidor se han de potenciar respecto de las personas que acuden al préstamo hipotecario no tanto para financiar actividades industriales o comerciales, cuanto para financiar el acceso a la vivienda. En este contexto y con independencia de las medidas adoptadas de tipo legal, judicial y administrativo, se considera inestimable la colaboración que en este terreno pueden desarrollar los Registros Jurídicos de Bienes, como instituciones de acreditada operatividad y eficacia.

VII. DECIMOSEGUNDO.—La aplicabilidad y el efecto directo de buena parte de la normativa emanada de las Instituciones comunitarias que afectan en la forma indicada al crédito hipotecario, ha producido el ensanchamiento del principio de legalidad que preside la función de los Registradores, por cuanto que el control de legalidad que se realiza a través de la calificación de aquéllos debe abarcar no sólo las normas del Derecho interno sino también las normas del Derecho comunitario.

DECIMOTERCERO.—Tal situación hace imprescindible el reconocimiento a favor de los Registradores de la CEE de legitimación para interponer ante el Tribunal de Justicia de la Comunidad Económica Europea recurso prejudicial con objeto de lograr la necesaria uniformidad en la interpretación y aplicación del Derecho europeo.

DECIMOCUARTO.—Se considera que la experiencia alcanzada por la Comunidad Europea en los aspectos jurídicos puede resultar aprovechable en otros ámbitos comunitarios emergentes no europeos.

### TERCERA PONENCIA:

#### “EL REGISTRO MERCANTIL O DE COMERCIO: SEGURIDAD JURÍDICA Y PUBLICIDAD”

Es necesario que en cada país exista una institución registral de carácter jurídico, organizada por el Estado y puesta a su servicio y al de los particulares, para consolidar la seguridad jurídica, facilitar el tráfico mercantil y publicar, con eficacia frente a terceros, los datos esenciales que afectan a dicho tráfico, referentes a los aspectos jurídicos, organizativos, económicos y patrimoniales de los sujetos que en él intervienen.

Por ello, el IX Congreso Internacional de Derecho Registral DECLARA:

**PRIMERO.**—Los Registros Mercantiles o de Comercio deben organizarse con aplicación de los principios generales del Derecho Registral, adecuándolos a las circunstancias y modalidades de la materia y las respectivas previsiones legislativas.

**SEGUNDO.**—Es conveniente que la legislación de cada país adopte las medidas precisas para que la obligación de publicidad de los sujetos del tráfico mercantil (sean comerciantes individuales o sociedades), se refiera, al menos, al acto constitutivo o fundacional, sus estatutos o normas de funcionamiento interno y sus ulteriores modificaciones, el sistema de responsabilidad frente a terceros, el nombramiento, identidad y cese de sus representantes orgánicos y voluntarios, su situación económica anual y su disolución.

**TERCERO.**—Deberá asegurarse el carácter público de los mismos favoreciéndose el acceso a todo interesado, como medio de publicitar sus asientos y procurar alcanzar la seguridad jurídica en el tráfico comercial.

En ese sentido debe tenderse a avanzar a la utilización de técnicas más modernas que garanticen dicho acceso.

**CUARTO.**—En aquellos países en que exista control administrativo societario, éste deberá ser diferenciado de la función registral.

**QUINTO.**—Los Registros no deben ser archivos de contratos; recibirán la documentación adecuada según la legislación de cada país.

**SEXTO.**—Los ordenamientos registrales deben asegurar la agilidad de las inscripciones y procurar que la publicidad sea lo más extensa posible tanto en su contenido como en el ámbito territorial.

**SEPTIMO.**—Los asientos que se practiquen en los Registros Mercantiles deben iniciarse con la inmatriculación. Igualmente para inscribir actos modificativos o extintivos de otros producidos con anteriores, será precisa la previa inscripción de éstos.

Se recomienda como sistema de inscripción más adecuado el de folio

individual, para lo cual se abrirá una hoja o expediente a cada sujeto u objeto inscrito, en el que se incluyan sucesivamente los actos inscribibles.

La inscripción ha de practicarse mediante la documentación adecuada, a fin de garantizar, en cada caso, la autenticidad del acto inscribible.

OCTAVO.—El principio de legalidad determina la potestad del Registrador de calificar los documentos cuya inscripción o anotación se solicite, dentro de los límites que cada legislación establezca.

Dicho control jurídico deberá ser exacto, veraz, responsable e independiente.

NOVENO.—El contenido de los asientos registrales gozará de presunción de exactitud e integridad.

Toda declaración de inexactitud o nulidad de los asientos registrales, no podrá perjudicar los derechos de los terceros de buena fe adquiridos conforme al ordenamiento jurídico de cada país.

## ACTA DE LA ASAMBLEA GENERAL

En Torremolinos (Málaga), España, a los veintiocho días del mes de mayo de mil novecientos noventa y dos, siendo las dieciocho horas, se reúne la Asamblea General del Centro Internacional de Derecho Registral (CINDER), bajo la presidencia del señor secretario general don Eugenio Fernández Cabaleiro y con la asistencia de los siguientes países miembros: España, don Juan Pablo Ruano, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles; Argentina, don Jorge Horacio Alterini y don Oscar Eduardo Sarubo, por la Sección de Derecho Registral del Instituto de Estudios Legislativos de la Federación Argentina de Colegios de Abogados y por el Instituto de Derecho Registral de la Universidad Notarial Argentina, respectivamente; Brasil, doña Lea Emilia Braune de Portugal, por el Instituto de Registro Inmobiliario do Brasil; Colombia, don Leonardo Calderón Perdomo, por el Colegio de Registradores de Instrumentos Públicos; Chile, don Juan Enrique Gaete Caldera, por la Asociación de Notarios y Conservadores de Chile; Francia, don Charles Brandt, de Association Mutuelle des Conservateurs des Hypothèques; México, don Alvaro Castillo Zúñiga, del Instituto Mexicano de Derecho Registral, A. C.; Portugal, don José Augusto Mouteira Guerreiro, por la Associação Portuguesa de Conservadores dos Registos; Puerto Rico, doña María Luisa Fuster Hugues, por el Instituto de Derecho Registral y Notarial de Puerto Rico; Suiza, don Franco Cattaneo, por la Associazione Svizzera per il Diritto del Registro Fondiario, y Uruguay, doña Susana Cambiasso, por la Asociación de Escribanos del Uruguay. Luego del informe del señor secretario

general y de un fecundo cambio de opiniones, se resolvió por unanimidad: 1) Ratificar en el cargo de secretario general del Centro Internacional de Derecho Registral (CINDER), a don Eugenio Fernández Cabaleiro; 2) Hacer efectivo lo previsto en el artículo 10 del Reglamento del CINDER, instrumentando la Delegación en el Area Territorial América con sede en la República Argentina, a cargo de las Entidades de dicho país miembros de esta Asamblea; 3) Establecer el siguiente procedimiento para la designación de la sede del X Congreso Internacional de Derecho Registral: los Institutos miembros deberán presentar por escrito antes del 30 de septiembre del corriente año propuestas fundadas para la organización de dicho evento; realizado esto, la Secretaría General comunicará a las demás Entidades las propuestas formuladas, quienes a su vez deberán enviar por escrito su respuesta al señor secretario, quien, en consecuencia, designará la sede elaborando un Acta a sus efectos.

Siendo las diecinueve horas y treinta minutos y no habiendo más asuntos que tratar se dio por finalizada la sesión.





# ACTUALIDAD JURIDICA



## **I. Información legislativa**

### **A) Tratados internacionales y Derecho comunitario**

#### **Convenio de cooperación jurídica con Chile**

En el *BOE* del día 16 de junio se inserta el Convenio entre el Reino de España y la República de Chile sobre cooperación jurídica, firmado en Santiago de Chile el 14 de abril de 1992.

Transcribimos sus tres primeros artículos:

#### **Artículo I**

Las Partes Contratantes promoverán la cooperación en materia jurídica entre Organismos gubernamentales, Universidades, Centros de Investigación, Instituciones y otros Entes públicos o privados de ambos países, para la realización de programas o de proyectos de interés común.

#### **Artículo II**

Sin perjuicio de hacer extensiva la aplicación de este Convenio a todos los sectores que consideren de mutua conveniencia, las Partes dejan constancia de su interés por estimular especialmente la cooperación jurídica y la información en las siguientes áreas:

- a)* Estructura y gobierno del Poder Judicial y del Ministerio Público.
- b)* Sistemas de nombramiento y calificación de funcionarios judiciales y del Ministerio Público.
- c)* Acceso a la justicia, en especial para los sectores de más bajos ingresos de la sociedad, particularmente referido a materias como los Tribunales de Paz o Vecinales y los servicios de asistencia judicial gratuita.
- d)* Formación y perfeccionamiento de jueces y demás integrantes del Poder Judicial y del Ministerio Público.

- e) Modernización de los procedimientos, con el objeto de mejorar la eficacia del sistema judicial, así como la garantía del debido proceso.
- f) Perfeccionamiento del sistema pericial.

### Artículo III

Para los fines del presente Convenio, la cooperación jurídica podrá asumir las siguientes modalidades:

- a) Realización conjunta o coordinada de programas de investigación y desarrollo.
- b) Visita de expertos.
- c) Envío de estudios o documentación necesaria para la ejecución de proyectos específicos.
- d) Elaboración de programas de perfeccionamiento en las diversas áreas del sistema judicial.
- e) Creación y funcionamiento de Instituciones de investigación y perfeccionamiento.
- f) Organización de seminarios y conferencias.
- g) Información sobre aspectos específicos de sus respectivos ordenamientos jurídicos y de aquellas organizaciones regionales de las que sean parte ambos Estados.
- h) Intercambio de publicaciones y estudios.
- i) Desarrollo de actividades conjuntas de cooperación con terceros países.
- j) Cualquier otra modalidad acordada entre las Partes.

### B) Legislación española

En el *BOE* del mes de mayo se han publicado las siguientes leyes:

- En primer lugar la de *Mediación en Seguros Privados*, que regula y controla la mediación en los seguros.
- De gran importancia para nuestros despachos es la *Ley de Reforma Procesal* de 30 de abril, que contiene, entre otros, estos puntos que deben tenerse en cuenta:

1.º El párrafo 2.º del artículo 1.453 de la LEC nuevo establece que el Registrador debe comunicar al órgano judicial la existencia de ulteriores asientos que pudieran afectar al embargo anotado.

2.º El nuevo artículo 1.490 señala que se debe comunicar a los titu-

lares posteriores al gravamen que se ejecuta el estado de la ejecución para que puedan intervenir si les conviene.

3.º En el artículo 14 de la Ley Hipotecaria se incluye como título sucesorio el acta de notoriedad para los herederos abintestato.

4.º Los libros de las comunidades de propietarios serán diligenciados en los Registros de la Propiedad.

5.º Los libros sociales de las cooperativas serán legalizados por el Registro Mercantil.

— En materia mercantil se ha publicado la *Ley sobre Contrato de Agencia* que regula las disposiciones generales, el contenido y la extinción de esta figura contractual, de acuerdo con las Directivas de las Comunidades Europeas, habiéndose optado por una regulación completa fuera del Código de Comercio. Es la Ley 12/1992, de 27 de mayo, y se publica en el *BOE* del día 29.

Durante el mes de junio se han publicado las siguientes:

— Ley 13/1992, de 1 de junio, de Recursos propios de las Entidades Financieras.

— Ley Orgánica 4/1992, de 5 de junio, sobre reforma de la Ley Orgánica reguladora de la competencia de los Juzgados de Menores.

— Ley 14/1992, de 5 de junio, sobre comienzo de aplicación del Impuesto General Indirecto Canario el 1 de enero de 1993.

### C) Comunidades Autónomas

En el bimestre pasado se han publicado las siguientes leyes autonómicas:

— La Ley de 27 de abril de 1992, sobre Consejo Económico y Social de Canarias.

— Ley de 14 de mayo de 1992, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas de Navarra.

— Ley Foral de 3 de junio, regulando el régimen fiscal de las fusiones, escisiones, aportaciones de activos, canjes de valores y relaciones de sociedades matriz-filial, también en Navarra.

— Ley de 5 de junio de 1992, de la Generalidad Valenciana, sobre suelo no urbanizable.

## II. Información de actividades

### 1. IX CONGRESO INTERNACIONAL DE DERECHO REGISTRAL

Se ha celebrado durante los días 24 a 29 de mayo pasado en Torremolinos.

En la sección "Dictámenes y notas" publicamos una información más amplia de los actos y el texto de las conclusiones aprobadas en las tres comisiones, así como el acta de la asamblea general.

### 2. REAL ACADEMIA DE JURISPRUDENCIA Y LEGISLACION

El día 27 de abril se celebró sesión para ofrecer un homenaje a los académicos que han cumplido veinticinco años desde su ingreso, que son don Antonio Hernández Gil y don Luis Sánchez Agesta.

Concluyó el ciclo de conferencias sobre "La Comunidad Jurídica Iberoamericana (1492-1992)", desarrollándose las siguientes:

— "Un precedente: El IV Centenario del Descubrimiento de América en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación", por don Ignacio M.<sup>a</sup> Sanuy Simón.

— "La influencia de la legislación hipotecaria española en Iberoamérica", por don Antonio Pau Pedrón.

— "Aspectos histórico-jurídicos del asilo y la extradición y la repercusión en el área iberoamericana", por don Ruperto Bas Agudo.

— Y "La influencia del Derecho Romano en el sistema jurídico iberoamericano", por don Antonio y don Federico Fernández de Buján.

### 3. CURSO DE DERECHO REGISTRAL EN LA UNIVERSIDAD DE GRANADA

La Facultad de Derecho de la Universidad de Granada, en colaboración con el Centro de Estudios Hipotecarios de aquella capital, ha organizado un curso de conferencias que se desarrollaron en los días 27 a 30 de abril.

Los temas tratados fueron los siguientes:

"Los principios hipotecarios: Los terceros", José Martín Rodríguez, Registrador de Santa Fe.

“Inscripciones y anotaciones en el Registro de la Propiedad”, Pablo de Angulo Rodríguez, Registrador de Albuñol.

“Las hipotecas”, Francisco Javier Aguilera López de Castilla, Registrador de Montefrío.

“El Registro Mercantil”, José Angel García Valdecasas Butrón, Registrador Mercantil de Granada.

“La publicidad registral”, Juan Francisco Ruiz-Rico Márquez, Registrador de Mancha Real.

#### 4. SEMINARIO SOBRE CREDITOS HIPOTECARIOS

Tuvo lugar el día 6 de mayo en Madrid, bajo la dirección de don Manuel Amorós Guardiola, con el siguiente programa:

“Hipoteca sobre suelo urbano edificable”, don José Luis Laso Martínez.

“Las cláusulas hipotecarias y la protección jurídica de los consumidores”, don Francisco Corral Dueñas.

“Significado de la inscripción registral en la cesión de créditos hipotecarios”, don Manuel Amorós Guardiola.

“Problemas de la ejecución hipotecaria”, doña Carmen de Grado Sanz.

#### 5. SEMINARIO DE DERECHO REGISTRAL

“DON JERONIMO GONZALEZ”

Su creación responde a lo acordado en el convenio entre la Universidad Complutense de Madrid y el Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España.

El acto inaugural tuvo lugar el día 12 de mayo en el Salón de Actos del Colegio de Registradores y con tal motivo pronunció una conferencia el ilustrísimo señor director general de los Registros y del Notariado, don Antonio Pau Pedrón, sobre el tema “Don Jerónimo, mito, paradigma, parábola”. Su texto se publicará oportunamente en esta Revista para que lo puedan conocer nuestros lectores.

## 6. COORDINACION DE CATASTRO, NOTARIADO Y REGISTRO DE LA PROPIEDAD

Bajo este lema se han celebrado en Pamplona, los días 20 y 21 de mayo, unas jornadas de estudio con las siguientes intervenciones:

“Iniciativas de la Administración para la coordinación”, por el Ilmo. señor don Antonio Pau Pedrón.

“Realidad física y jurídica en el Registro de la Propiedad”, don Enrique Rubio Torrano, Catedrático de Derecho Civil.

“El Catastro ante el reto de la coordinación con el Registro de la Propiedad”, Ilma. señora doña María José Llombart Bosch, directora general del Centro de Gestión Catastral y Cooperación Tributaria del Ministerio de Economía y Hacienda.

“Políticas administrativas y Registro de la Propiedad”, don Luciano Parejo Alfonso, Catedrático de Derecho Administrativo.

## 7. COLEGIO NOTARIAL DE MADRID

Han continuado las conferencias, terminándose el curso académico 1991-1992 con las celebradas los días 21 y 28 de mayo y 4 de junio y que han sido expuestas por los siguientes señores:

Don Enrique Franch Valverde, Notario de Madrid, sobre “El instrumento público y la fe pública registral”.

Don Fernando Pantaleón Prieto, Catedrático de Derecho Civil, sobre “Naturaleza del Derecho de Hipoteca”.

Don Angel Martínez Sarrión, Notario de Barcelona, sobre “Moderna orientación de las relaciones obligacionales”.

Además, en los días 2 a 4 de junio se han celebrado las Jornadas sobre “Historia y documentación notarial. El Madrid del Siglo de Oro”, con las siguientes participaciones:

“Un imperio en busca de un centro. La hora de Madrid”, por el Profesor Joseph Pérez, de la Universidad de Burdeos, Director de la Casa de Velázquez.

“El protocolo notarial en la historia urbana”, don Antonio Eiras Roel.

“Los comienzos de la nueva capital”, don Alfredo Alvar Ezquerro, Jefe del Departamento de Historia Moderna del Centro de Estudios Históricos del C.S.I.C.

“Autóctonos e inmigrados. El poblamiento de Madrid”, don Jesús Bravo Lozano, Profesor de Historia Moderna. Universidad Autónoma de Madrid.



“Aspectos de la sociedad madrileña del siglo XVII: Los grupos marginados”, don Claude Larquié, Profesor. Universidad de París.

“Tipología social en el Madrid de los Austrias”, don José Cepeda Adán, Catedrático Emérito. Universidad Complutense de Madrid.

“Personajes ilustres del Madrid de los Austrias en la documentación notarial”, don Antonio Matilla Tascón, director jubilado del Archivo Histórico de Protocolos de Madrid.

“El teatro en el Madrid de los Austrias a través de la documentación de protocolos”, don John Varey, Profesor. Westfield College, Universidad de Londres.

“Madrileños en América”, don José Valverde Madrid, Notario jubilado.

“La presencia notarial en el Madrid de los Austrias”, don Manuel Andrino Hernández, Notario.

“Madrid de Villa a Corte”, don Antonio Domínguez Ortiz, Premio Príncipe de Asturias, Académico de la Real de la Historia.

## 8. COLEGIO NOTARIAL DE BARCELONA

Ultimamente se han celebrado dos conferencias:

Día 21 de mayo.

“Cuestiones notariales en la transmisión de acciones”. *Conferenciante*: don José Luis Martínez Gil, Notario.

Día 4 de junio.

“Nuevas figuras de la hipoteca”. *Conferenciante*: don Juan Rey Portolés, Registrador de la Propiedad.

También han tenido lugar dos mesas redondas colegiales, con los siguientes temas desarrollados:

Día 7 de mayo.

“Criterios de interpretación de los aranceles notariales”. *Ponente*: don Luis Jou Mirabent, Notario. *Moderador*: Luis Enrique Barberá Soriano, Notario.

Día 18 de junio.

“Organización y racionalización del trabajo aplicados a los despachos notariales”. *Ponente*: don Ricardo Ferrer Marsal, Notario. *Moderador*: don José María Valls Xufré, Notario.

## CONVOCATORIA DE PREMIOS

### “REAL ACADEMIA DE LEGISLACION Y JURISPRUDENCIA DE MURCIA”

La Real Academia de Legislación y Jurisprudencia de Murcia, en sesión ordinaria celebrada el día 14 de febrero de 1992, acordó la convocatoria de los “Premios Real Academia de Legislación y Jurisprudencia de Murcia”, que habrán de regirse por las siguientes BASES, aprobadas en sesión celebrada el día 21 de febrero de 1992:

**Primera:** Esta convocatoria comprende DOS premios, que se adjudicarán a los trabajos considerados de mayor mérito, entre los presentados a concurso, que versen sobre los temas jurídicos propuestos y aprobados con los siguientes títulos:

**1.º “SISTEMA JURIDICO PARA LA PROTECCION DE LA CALIDAD DEL AGUA (Derecho español y comunitario)”.**

**2.º “EL ABUSO DE LA PERSONIFICACION JURIDICA EN EL DERECHO DE SOCIEDADES”.**

**Segunda:** Pueden tomar parte en el concurso, de ámbito nacional, juristas de nacionalidad española, individualmente o formando un equipo, como máximo de tres personas, encabezado por el primero que figure en la solicitud.

**Tercera:** La dotación de los premios, que son indivisibles, se ha fijado en **QUINIENTAS MIL PESETAS** para cada uno de los temas premiados.

**Cuarta:** Solamente podrá premiarse un trabajo de cada tema, y si el concurso quedara desierto, total o parcialmente, el importe del premio desierto podría acrecer al de la convocatoria siguiente.

**Quinta:** Los trabajos serán originales e inéditos, redactados en lengua castellana, y tendrán una extensión mínima de ciento cincuenta folios y máxima de trescientos, mecanografiados a dos espacios y por una sola cara, debiendo aportarse original y dos copias.

**Sexta:** Los trabajos se enviarán por correo certificado a la Academia convocante (Plaza de Santo Domingo, 10-Entlo. 30008 MURCIA). Serán anónimos y se encabezarán con un lema que se repetirá en la parte exterior de un sobre cerrado que los acompañará, en cuyo interior constará la identidad, domicilio y títulos académicos.

**Séptima:** El plazo de remisión finalizará **a las doce de la noche del día 31 de marzo de 1993.**

**Octava:** La calificación y adjudicación de los premios se encomienda a un jurado nombrado por el Pleno del Organismo convocante, que estará presidido por el Excmo. Señor Presidente de la Real Academia de Legislación y Jurisprudencia o Académico en quien delegue, y que se integrará con los siguientes miembros:

- Tres Académicos de número.
- Dos Catedráticos de Facultad de Derecho, uno de ellos, por lo menos, de la Universidad de Murcia.
- Un Notario con residencia en la Región Autónoma de Murcia.
- El Registrador Mercantil de Murcia.

Actuará como Secretario, con voz y voto, el de la Real Academia. En caso de empate decidirá la votación el voto del Presidente.

**Novena:** El Jurado habrá de reunirse antes del día 15 de mayo de 1993 y su decisión se hará pública en periódicos de la localidad y en *El País* y *ABC* de Madrid. El fallo, contra el que no cabrá recurso alguno, se notificará por escrito a quienes resulten premiados.

**Décima:** Para valorar los trabajos se tendrán en cuenta el correcto planteamiento y desarrollo del tema, su integridad y originalidad, la sistemática escogida, el manejo de las fuentes, así como las aportaciones históricas y doctrinales.

**Undécima:** Los trabajos premiados quedarán de propiedad de la Academia convocante, que se reserva el derecho de publicarlos en la forma que estime conveniente. Los demás trabajos se devolverán a los autores que lo soliciten dentro del trimestre siguiente a la fecha del fallo del Jurado.

**Duodécima:** La entrega de los premios tendrá lugar en un acto público que se celebrará en Murcia en la fecha que oportunamente se anunciará.

**Decimotercera:** La participación en el concurso implica la aceptación de todas las bases de la convocatoria.

**NOTA:** Para mayor información pueden dirigirse al expresado domicilio de la Real Academia. Teléfonos (968) 23-73-50 y 23-73-54; Fax: 24-40-01.



# JURISPRUDENCIA



# I. Sentencias del Tribunal Constitucional

POR FRANCISCO CORRAL DUEÑAS

1.—*Sentencia de 10 de febrero 1992.*—CONSTITUCIONALIDAD DEL ARTICULO 1.435 DE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL.—Cuestiones de inconstitucionalidad.—Pleno.—Ponente: Sr. Leguina Villa.—Voto particular.

*Antecedentes de hecho.*—Por diversos Juzgados y Tribunales se suscitaron diecinueve cuestiones sobre la constitucionalidad de la primera frase del párrafo 4.º del artículo 1.435 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

El Pleno acordó acumular todas las cuestiones. Tanto el Fiscal General del Estado como el Abogado del Estado han sostenido la constitucionalidad del precepto en cuestión.

*Fallo.*—El Pleno del Tribunal Constitucional ha decidido que no ha lugar a declarar la inconstitucionalidad de la primera frase del párrafo 4.º del artículo 1.435 de la Ley de Enjuiciamiento Civil en la redacción de la Ley 34/1984, de 6 de agosto.

Hay un voto particular del Magistrado don Carlos de la Vega Benayas, que se inserta después.

*Fundamentos jurídicos.*—1. El precepto cuestionado en el presente proceso constitucional, que se contiene en el artículo 1.435, párrafo cuarto, primera frase, según la redacción introducida por la Ley 34/1984, de 6 de agosto, de Reforma Urgente de la Ley de Enjuiciamiento Civil (L.E.C.), establece lo siguiente:

“Si en los contratos mercantiles otorgados por Entidades de crédito, ahorro y financiación, en escritura pública o en póliza intervenida de conformidad con lo dispuesto en el número 6 del artículo 1.429 de esta Ley se hubiere convenido que la cantidad exigible en caso de ejecución será la especificada en certificación expedida por la Entidad acreedora, aquélla se tendrá por liquidada siempre que conste en documento fehaciente que acredite haberse practicado la liquidación en la forma pactada por las partes en el título ejecutivo y que el saldo coincida con el que aparece en la cuenta abierta al deudor.”

A) El artículo 1.429 de la L.E.C., que encabeza los preceptos reguladores del “juicio ejecutivo”, enumera taxativamente los títulos que tienen aparejada ejecución y en los que deberá fundarse la acción ejecutiva. Entre ellos se incluyen las pólizas originales de contratos mercantiles, debidamente firmadas y certificadas

en los términos que detalla su número 6. El artículo 1.435, por su parte, subordina la acción ejecutiva a que haya vencido el plazo para el cumplimiento de la obligación reflejada en el título y a que éste tenga por objeto una cantidad líquida que exceda de 50.000 pesetas. La observancia de lo dispuesto en estos artículos (y concordantes de la Ley procesal civil) se garantiza mediante la sanción legal de nulidad. Cuando el título no tuviere fuerza ejecutiva, ya por defectos extrínsecos, ya por no haber vencido el plazo o no ser exigible la obligación, o ser ilíquida (art. 1.467.2.º L.E.C.), el Juez ha de declarar la nulidad del juicio (art. 1.473.3.º).

La "denegación de la ejecución" puede ocurrir en dos momentos distintos: En fase de admisión y en fase de Sentencia (arts. 1.440 y 1.473, respectivamente). En el primer caso, sin dar audiencia al demandado y tras examinar la demanda, el título ejecutivo y los documentos presentados con ella, el Juez denegará la ejecución *in limine litis*. En caso de que se hubiere despachado la ejecución, si el Juez aprecia posteriormente la inexistencia, nulidad o falta de fuerza ejecutiva del título, debe dictar Sentencia en la que se declare la nulidad del juicio. Esta declaración, lo mismo que los restantes fallos posibles a esta altura del proceso (seguir la ejecución adelante, haber o no lugar a pronunciar Sentencia de remate), puede ser realizada por el Juez en dos circunstancias diversas, que desde ahora conviene resaltar. Pues así como el despacho o la denegación de la ejecución (*ex art. 1.440*) habrán de ser adoptados "sin prestar nunca audiencia al demandado", la Sentencia ejecutiva sólo puede ser pronunciada previa audiencia, a cuyo objeto es elemento esencial la debida citación del deudor (arts. 1.459 y 1.460). Si el deudor debidamente citado de remate como comparece en el proceso, se llevan sin más los autos a la vista del Juez para que dicte Sentencia con citación sólo del acreedor (art. 1.462). Lo mismo ocurre si, personado el deudor, no formaliza la oposición en tiempo, aunque también resulte citado para Sentencia (art. 1.463, párrafo tercero).

Por el contrario, si el deudor se persona en los autos por medio de Procurador y se opone a la acción ejecutiva, formulando alguna de las alegaciones que tasan los artículos 1.464, 1.466 y 1.467, se abre una sucinta fase contradictoria, con posibilidad de prueba y de vista oral, en el modo que regulan los artículos 1.463, 1.468 y 1.472.

Si el título ejecutivo determina el nacimiento de una obligación vencida, exigible y líquida, si no adolece de defectos extrínsecos que conlleven la pérdida de su fuerza ejecutiva, y si tanto el título como la obligación no fueren nulos, el juicio ejecutivo puede desplegar sus efectos normales. Una vez admitida la demanda e incoado el proceso (art. 1.440) se procede al embargo de los bienes del deudor suficientes para cubrir la cantidad por que se haya despachado la ejecución y las costas, salvo pago o consignación en el acto al ser requerido de pago (arts. 1.442, 1.446 y concordantes); y previo, en su caso, el incidente de oposición promovido por el demandado que comparezca, el Juez debe dictar Sentencia; la cual, salvo nulidad del juicio y dando por supuestas la validez y la ejecutividad del título (núms. 1 y 2 del art. 1.467) deberá disponer que siga adelante la ejecución, a menos que se estime alguna de las excepciones o defensas alegadas por el demandado (art. 1.473, en relación con los arts. 1.464 y 1.466). No está de más recordar, asimismo, que, aun cuando se ordene seguir la ejecución adelante, la Sentencia de remate debe expresar la cantidad que ha de ser pagada al acreedor, de suerte que si aquella cantidad fuera inferior a la reclamada en la demanda no se impondrán las costas del proceso al demandado que hubiere efectuado consignación (art. 1.474, párrafo primero).



La Sentencia de remate, una vez firme o cumplidos los requisitos de la ejecución provisional, se lleva a efecto por la vía de apremio (arts. 1.481 y siguientes), pero no producirá la excepción de cosa juzgada, quedando a salvo su derecho a las partes para promover el ordinario sobre la misma cuestión (art. 1.479).

B) Como puede advertirse, la finalidad perseguida por el párrafo cuarto del artículo 1.435 L.E.C., dentro del contexto normativo en que se regula el juicio ejecutivo y que sucintamente se acaba de describir, consiste en resolver el problema que plantean aquellos contratos mercantiles que, habiendo sido documentados en una forma que les permitiría obtener legalmente fuerza ejecutiva (ya en escritura pública, ya en póliza firmada por las partes e intervenida por un fedatario mercantil, con arreglo al artículo 1.429.6.º L.E.C.), las obligaciones que de ellos dimanar tienen, sin embargo, un contenido que les impide desplegarla por falta de liquidez. El problema se resuelve mediante un singular procedimiento de determinación de la cantidad líquida o exigible que permite la ejecución de los títulos en que se documentan tales contratos mercantiles de préstamo con apertura de cuenta corriente al deudor. Los órganos judiciales que han promovido el presente proceso de inconstitucionalidad entienden que el precepto legal cuestionado podría ser contrario a los artículos 14, 24 y 51 de la Constitución, por los motivos recogidos en los antecedentes de esta Sentencia. Ningún reparo oponen, en cambio, al citado artículo 1.429.6.º, del que en directa relación trae causa el precepto cuya constitucionalidad se discute.

2. Nada habrá de decirse aquí sobre la utilidad que tales modalidades de apertura de crédito en cuenta corriente ofrecen en el tráfico mercantil ni sobre las ventajas financieras y de disponibilidad que suponen para los comerciantes y clientes en general de las Entidades financieras. Y tampoco es tarea de este Tribunal censurar o combatir los posibles abusos o irregularidades que en la ejecución de tales contratos puedan eventualmente cometer las citadas Entidades en su condición de acreedoras. Pero sí debemos afirmar desde un principio que el llamado pacto de liquidez que se contempla en el artículo 1.435 L.E.C. no determina en modo alguno las desmesuradas consecuencias probatorias que dan por supuestas los órganos judiciales que cuestionan su constitucionalidad. Su párrafo cuarto no dispone que la certificación expedida por la Entidad acreedora, en la que se especifica la cantidad exigible de acuerdo con el saldo que aparezca en la cuenta abierta al deudor, sea tenida por verdadera, sino que se limita a declarar que la cantidad exigible, una vez especificada por la Entidad acreedora en la forma pactada en el título ejecutivo, "se tendrá por líquida". Que la Ley establezca que la cantidad reclamada es líquida para poder despachar la ejecución no significa que presuma que es cierta o verdadera, puesto que, como ya tuvimos ocasión de señalar en el ATC 541/1984, tanto en el juicio ejecutivo como en el juicio ordinario que a éste pueda suceder todas las pruebas documentales dimanantes de cualquiera de los sujetos del proceso tienen igual fuerza y no hay ninguna que merezca la calificación de prueba privilegiada.

Existe en este punto una evidente diferencia entre el precepto legal y su antecedente normativo, la Orden ministerial de 21 de abril de 1950 a la que aluden todos los partícipes en este proceso constitucional. Esta Orden, que extendió a la banca privada el privilegio otorgado dos años antes al Banco de España, contenía dos normas netamente diferentes. El actual artículo 1.435 L.E.C. es heredero directo de la incluida en el artículo 2 de la Orden de 1950; pero no recoge la norma de su artículo 1, que era la que permitía que se pactase que la determinación del saldo del crédito, por parte de la entidad acreedora,

"hará fe en juicio y surtirá todos los efectos legales pertinentes, y a ella se someterá el deudor, los fiadores y los avalistas, si los hubiere".

En claro contraste con dicho precepto, nada hay en el precepto legal aquí cuestionado que excepcione la aplicación de las reglas generales sobre prueba de las obligaciones, incluidas las que reparten la carga de la prueba a partir del artículo 1.214 del Código Civil, o las que especifican el valor y fuerza probatorias que despliegan los documentos privados, tanto en general (art. 1.228 del Código Civil), como en relación con los libros y documentos contables de los empresarios (regulado antes por el artículo 47 y concordantes del Código de Comercio, y en la actualidad por su artículo 31 y concordantes, según la redacción de la Ley 19/1989, de 25 de julio). No cabe, por tanto, compartir la opinión, expresada en varios de los autos judiciales, de que el artículo 1.435 L.E.C. viene a exigir al demandado una prueba imposible o diabólica, lo que, si así fuera, ciertamente le causaría indefensión por no poder justificar procesalmente sus derechos e intereses legítimos mediante el ejercicio de los medios probatorios pertinentes para su defensa (SSTC 4/1982, fundamento jurídico 5.º, 95/1991, fundamento jurídico 3.º, y 227/1991, *in toto*).

3. Es bien cierto que, como señalan los juzgadores civiles, la certificación emitida por la entidad financiera expresará el saldo que presente la cuenta el día en que haya sido cerrada, tras cancelar el crédito y resolver el contrato por considerarlo incumplido por parte del cliente. Dicho saldo resultará de una serie de operaciones matemáticas, efectuadas por la entidad de acuerdo con los datos que figuren en las partidas del "debe" y del "haber" de su propia contabilidad. Tales asientos contables reflejan las variaciones patrimoniales experimentadas por la entidad como consecuencia de operaciones sucesivas. Algunas de tales operaciones habrán sido realizadas por ella misma, como las entregas de dinero al cliente o a quien éste haya designado, mediante cheques, letras de cambio u otros documentos mercantiles, o también, el cargo o abono de los intereses por ella calculados en contra o a favor del titular de la cuenta corriente. Otras operaciones, aunque reflejadas en la contabilidad de la entidad de crédito, habrán sido llevadas a cabo por el cliente: señaladamente, la entrega de sumas de dinero u otros medios de pago para la amortización de las entidades prestadas o el abono de los correspondientes intereses. Todas estas operaciones serán formalizadas en una pluralidad de documentos, distintos a los libros de contabilidad, por lo que en caso de controversia sobre la realidad, fecha, cuantía, o cualquier otro extremo relevante de las operaciones entrelazadas en la cuenta corriente, son susceptibles de prueba sin dificultades especiales. Prueba cuya carga recaerá, ora sobre la entidad financiera acreedora, ora sobre su cliente, de conformidad con las reglas comunes, las cuales, como admite expresamente el Abogado del Estado, hacen que incumba a aquella la acreditación de los hechos constitutivos de su pretensión, cuyos antecedentes documentales y demás elementos probatorios obran en su poder, y al demandado la de los hechos impositivos, extintivos o excluyentes de la obligación (art. 1.214 Código Civil; STC 227/1991, fundamentos jurídicos 3.º y 5.º).

El párrafo cuarto del artículo 1.435 L.E.C. no restringe la potestad judicial para recibir el pleito a prueba. Por el contrario, el artículo 1.469 de la propia Ley procesal fuerza a abrir período probatorio cuando cualquiera de las partes del juicio ejecutivo lo pidiera, coartando así, en favor de las posibilidades probatorias de demandante y demandado, las facultades ordinarias del Juez para acordar lo que proceda (art. 550 L.E.C.). La norma cuestionada tampoco merma las facultades del Juez para valorar las pruebas practicadas, ni para apreciar a quien se

le siguen las consecuencias desfavorables de no levantar la carga de probar lo que le incumbe. Tal y como afirma con razón el Abogado del Estado, si el cliente de la entidad niega con un mínimo de seriedad o verosimilitud la cuantía de la suma reclamada o incluso la existencia o la exigibilidad de la deuda, ni el artículo 1.435 ni ningún otro precepto de la Ley de Enjuiciamiento Civil obligan al juzgador a dar por probada la deuda reclamada por la entidad acreedora. Como declaramos en la STC 118/1989, el Juez deberá adoptar en Sentencia alguno de los fallos reseñados en el artículo 1.473 L.E.C., pero habrá de hacerlo con arreglo a los hechos que estime hayan quedado probados. De este modo, el Juez podrá fallar que siga la ejecución adelante, en los términos solicitados por el acreedor, si la oposición formulada por el deudor careciera de verosimilitud o si la entidad acreedora hubiera ofrecido una prueba suficiente de los hechos determinantes de su reclamación; pudiendo liberar del pago de las costas al demandado si la entidad de crédito hubiera incurrido en plus de petición, como dispone el artículo 1.474, párrafo primero, L.E.C., cuya dicción no permite entender alteradas las reglas generales sobre carga de la prueba. Por el contrario, si el Juez estima que la existencia de la deuda o su cuantía exacta no han quedado acreditadas, puede fallar que no ha lugar a pronunciar Sentencia de remate o bien declarar, en su caso, la nulidad del juicio, con las distintas consecuencias en materia de costas previstas por el artículo 1.474 L.E.C.

En consecuencia, la norma cuestionada no consagra un privilegio probatorio en favor de las entidades de crédito, que contrarie el artículo 14 de la Constitución, pues no invierte la carga de la prueba, ni otorga a la contabilidad de las mismas el carácter de documento público. Y tampoco priva al deudor de un proceso con todas las garantías probatorias, ni lo sume en indefensión por exigirle una pretendida prueba diabólica o imposible, lo que, si ocurriera, sería sin duda contrario a los apartados 1 y 2, del artículo 24 de la Constitución.

4. Las afirmaciones anteriores descansan sobre la hipótesis de que el demandado se persone en el procedimiento y formule oposición, pues si así no fuera los autos son traídos sin más trámite a la vista del Juez para Sentencia, y por consiguiente, sin recibir el proceso a prueba (arts. 1.462 y 1.463, *in fine*). Sobre esta posibilidad hacen hincapié varios de autos judiciales que resaltan tanto la indefensión del demandado en esta circunstancia como el cierre jurisprudencial del posterior juicio declarativo que permite el artículo 1.479 L.E.C.

Desde la estricta perspectiva de la prueba en que ahora nos encontramos, la ausencia del deudor en el proceso, o su silencio, obliga a efectuar dos reflexiones sucesivas. Con carácter general, hay que decir, en primer término, que los principios que rigen esta situación no se apartan de los que son regla en los demás procesos: cuando en ellos se controvierten derechos disponibles por sus titulares, la dejación o el silencio por parte de éstos justifica que se produzcan consecuencias en el orden probatorio, las cuales pueden ser dispuestas directamente por la Ley bajo forma de *ficta confessio* (por ejemplo: art. 593 L.E.C.; art. 1.236 C.C.; arts. 88.2, 83 y 87.1 L.P.L.) o bien ser deducidas por el juzgador, primero cuando aprecia cuáles son los hechos controvertidos y cuáles, por el contrario, son aceptados por las partes, y luego cuando, al determinar los hechos probados, valora de acuerdo con la sana crítica las pruebas practicadas. En los juicios declarativos ordinarios, la rebeldía del demandado civil no impide su desarrollo, ni su culminación mediante la correspondiente Sentencia (SSTC 184/1989 y 43/1986).

Los Juzgados de Sevilla anotan, sin embargo, que en los mencionados procesos ordinarios dicha Sentencia puede ser estimatoria o desestimatoria según que

el demandante haya acreditado o no efectivamente los hechos constitutivos de su derecho. Es ello cierto, pero no puede olvidarse que en tales supuestos la declaración surtirá siempre efectos de cosa juzgada, sólo susceptibles de rescisión si concurriera alguna causa que justificara la audiencia al rebelde o la revisión de la Sentencia. Por el contrario, las Sentencias de remate dictadas en el juicio ejecutivo "no producirán la excepción de cosa juzgada" (art. 1.479 L.E.C.) y, en consecuencia, no impiden que en un posterior juicio declarativo puedan realizarse con plenitud pruebas sobre los hechos que no hubieran quedado probados en el juicio ejecutivo. Ello ofrece una justificación suficiente para que la Ley permita que el Juez falle favorablemente una demanda en la que se formulan pretensiones con apariencia de buen derecho, cuando el demandado no se toma siquiera la molestia de comparecer y de oponerse a aquélla. La veracidad de los hechos que no es controvertida por aquél a quien perjudican, atinentes a derechos sobre los que ostenta poder de disposición, no hay razón para que sea puesta en duda por los órganos jurisdiccionales al dispensar la tutela judicial que el artículo 24 de la Constitución exige.

Donde estriba el peligro que los órganos judiciales han advertido es, obviamente, en la brevedad del plazo que la regulación vigente del juicio ejecutivo prevé para la personación del deudor —tres días, como regla general— y en la posibilidad de que la citación se lleve a cabo por edictos. Estos dos aspectos problemáticos, pero colaterales al precepto cuya constitucionalidad está aquí cuestionada, se entrelazan con los que, referidos *stricto sensu* al objeto de este proceso, se analizarán más adelante desde la óptica del derecho a un proceso con todas las garantías. Baste por ello ahora con concluir que la norma legal cuestionada no surte por sí sola efecto probatorio alguno, por lo que mal puede invertir las reglas que distribuyen la carga de la prueba entre las entidades de crédito y sus clientes, ni exigir de éstos la prueba de hechos negativos, ni sumirlos en indefensión por la brevedad del plazo de prueba, cuya preclusión sin que se hayan propuesto o practicado las pruebas precisas para acreditar los hechos litigiosos redundará en perjuicio de la parte ejecutada o de la ejecutante, según proceda.

Nuestro juicio de constitucionalidad ha de ceñirse, pues, al efecto propio del precepto: permitir a los bancos y otras entidades financieras que realicen sus créditos a través del juicio ejecutivo. Efecto no otorgado cuando se esgrime un título ejecutivo sin que en el mismo se exprese la cantidad exacta reclamada, obstáculo éste que el artículo 1.435 salva al autorizar que se pacte en el contrato que las certificaciones emitidas por dichas entidades de los saldos de las cuentas corrientes de sus deudores den lugar a la cantidad líquida exigible.

5. El examen del precepto cuestionado desde el prisma del principio de igualdad, que enuncia el artículo 14 de la Constitución, debe hacerse tomando como término de comparación los demás acreedores que por no ser entidades de crédito, ahorro o financiación queda excluidos de las posibilidades que abre el artículo 1.435 L.E.C. Las diferencias de trato entre las entidades beneficiadas por esta disposición y sus deudores pueden ser analizadas mejor en el contexto del artículo 24 de la Constitución, puesto que tales diferencias se reconducen, en definitiva, a las posiciones que como partes ocupan en el juicio ejecutivo (STC 180/1991, fundamento jurídico 4.º).

Es bien sabido que el artículo 14 de la Constitución impide sólo las diferencias de trato legislativo que carezcan de justificación objetiva y razonable; así lo ha declarado este Tribunal en numerosas ocasiones (SSTC 22/1981 y 34/1981, 103/1983 y 166/1986, *inter alia*), y así lo recuerdan también los órganos judiciales

que han planteado las presentes cuestiones de inconstitucionalidad. Los límites que comporta esta prohibición constitucional no niegan la libertad de configuración del legislador, que éste despliega singularmente cuando establece las normas de competencia y procedimiento que encauzan el ejercicio de la potestad jurisdiccional en todo tipo de procesos (art. 117.3 de la Constitución; SSTC 3/1983, 123/1983, 15/1985, 99/1985 y 185/1990). Por ello, las Audiencias y Juzgados *a quo* no suscitan duda alguna acerca de la constitucionalidad del juicio ejecutivo, tal y como es regulado en el título XV del Libro II de la Ley de Enjuiciamiento Civil, no obstante sus notorias especialidades respecto de los procedimientos declarativos ordinarios, ni cuestionan la delimitación que, dentro de dicho proceso ejecutivo llevan a cabo los artículos 1.429 y 1.435 L.E.C., y que supone una drástica reducción del conjunto de acreedores que tienen acceso a este tipo de proceso para la satisfacción de sus créditos, y, en puridad, tampoco dudan de que, desde la estricta óptica del principio de igualdad, sea constitucionalmente posible que el párrafo cuarto del artículo 1.435 L.E.C. permita a las partes de un contrato mercantil de préstamo con apertura de cuenta corriente que acuerden un pacto de liquidez en la forma que dicho precepto establece. La desigualdad que es objeto de la censura o de las dudas de los jueces se centra en que dicha posibilidad quede reducida únicamente a las entidades de crédito, ahorro y financiación que allí se mencionan, con exclusión de cualesquiera otros acreedores.

Vistas así las cosas, que es como hay que verlas una vez que la tacha de discriminación que se imputa al artículo 1.435.4 L.E.C. se despoja de los motivos relativos a la eventual indefensión del deudor, es evidente que las cuestiones de inconstitucionalidad sobre las que ahora juzgamos no pueden prosperar. Las diferencias que median entre las Entidades de crédito, ahorro y financiación, por un lado, y todos los restantes acreedores, por otro, incluso si éstos se reducen a quienes ostentan créditos en virtud de contratos mercantiles, son suficientes para justificar que el legislador establezca en favor de las primeras un régimen procesal especial que facilite la realización de sus créditos.

El párrafo cuarto del artículo 1.435 L.E.C. no es un precepto extravagante en nuestro ordenamiento jurídico, sino que está estrechamente relacionado con un amplio conjunto de normas, encabezado por la Ley sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito de 29 de julio de 1988 (Ley 26/1988, LDIEC), que configura un ordenamiento sectorial para todas aquellas Entidades que se dedican, con carácter exclusivo y excluyente, a las actividades de intermediación financiera. Esta legislación singular responde, como es notorio, a la importancia que reviste el buen funcionamiento de las Entidades de crédito para el conjunto de la economía, dada su posición central en los mecanismos de pago. En términos generales, sus preceptos someten a estas Entidades a una estrecha regulación y supervisión administrativa, mucho más intensas que las que soportan la mayor parte de los restantes sectores económicos y cuyo designio esencial consiste en asegurar la confianza en ellas, lo que es sin duda un factor imprescindible para la buena marcha de la economía.

Estas mismas preocupaciones, a las que se refiere la Ley 26/1988 en su preámbulo, justifican que en la reforma parcial de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1984 se haya querido facilitar a las Entidades de crédito la satisfacción de los derechos generados por las operaciones activas típicas de su tráfico de intermediación. Pues precisamente por las características singulares de su actividad económica propia y por la imperiosa necesidad de que esas Entidades mantengan la confianza del público y una solvencia acreditada, que es esencial en la inter-

mediación financiera, los incumplimientos de sus deudores típicos tienen mucha mayor importancia que para otro tipo de empresas, tal y como razona el Abogado del Estado.

Sentado lo anterior, debe advertirse, no obstante, que el artículo 1.435 L.E.C. no facilita la ejecución de cualesquiera derechos de crédito de que sean titulares los Bancos y otras Entidades financieras. El precepto restringe su alcance a los contratos mercantiles que, además de documentarse mediante formas que garantizan su autenticidad, implican la existencia de una situación de cuenta corriente entre las partes, único contexto en el que cobra sentido la regulación de operaciones de liquidación y de certificación de saldos. Este dato confirma que no estamos ante un supuesto de trato jurídico especial que atienda sólo a rasgos subjetivos del acreedor, sino que dicho trato es debido a las peculiares exigencias de las actividades de intermediación financiera que constituyen el objeto social, exclusivo y excluyente, de las Entidades de crédito en nuestro Derecho.

Estas evidentes diferencias entre las Entidades de crédito y todos los restantes acreedores (tanto quienes derivan sus créditos de contratos mercantiles cuyo cumplimiento comporta una relación de cuenta corriente como cualesquiera otros) ofrecen una justificación suficiente, objetiva y razonable, a la diferencia de trato legislativo creada por el precepto cuestionado. Cosa distinta es determinar si tal diferencia de trato, que comporta innegables ventajas procesales a la Entidad acreedora, resulta proporcionada al legítimo fin perseguido. Pero este segundo aspecto de análisis desde la perspectiva del imperativo constitucional de igualdad debe ser referido al examen de las desigualdades procesales que censuran los Autos judiciales.

6. El eje de las razones que han impulsado a los Juzgados y Audiencias a cuestionar la validez constitucional del párrafo cuarto del artículo 1.435 de la Ley de Enjuiciamiento Civil se centra en varios de los derechos fundamentales que enuncia el artículo 24 de la Constitución. Los Autos del planteamiento insisten especialmente en el derecho a no sufrir indefensión, garantizando en el apartado 1 de este artículo 24, y en el derecho a un proceso con todas las garantías, que se reconoce en su apartado 2. La conjunción de estos dos derechos fundamentales se traduce en la exigencia de observar una serie de principios que han sido desgranados por la jurisprudencia de este Tribunal, entre los que asumen especial importancia los de audiencia, contradicción e igualdad de armas, procesales (entre otras, SSTC 4/1982, fundamento jurídico 5.º; 191/1987, fundamento jurídico 1.º; 226/1988, fundamento jurídico 3.º; 180/1991, fundamento jurídico 4.º, y 227/1991, fundamento jurídico 5.º). Principios que también rigen sin duda en el juicio ejecutivo, aun cuando la ley los haya podido modular para alcanzar los lícitos fines a los que sirve este tipo de proceso (SSTC 191/1988, 224/1988, 81/1989 y 173/1989; AATC 541/1984, 161/1985, 516/1985, 543/1986, 369/1989 y 403/1989, y más en general SSTC 155/1988 y 41/1981).

Las dudas que los Jueces proponentes suscitan se refieren tanto a la eventual indefensión en que se coloca al titular de cuenta corriente cuyo saldo es ejecutado por la Entidad de crédito como, en general, a una reducción de sus garantías procesales, y se centran, en concreto, en dos medidas judiciales, propias del juicio ejecutivo, que son harto distintas. Por una parte está el embargo de los bienes del deudor, que de acuerdo con el artículo 1.440 ha de ser decretado a espaldas de éste; la declaración unilateral del Banco o Entidad financiera es bastante para determinar la existencia de la deuda y para cifrar la cuantía por la que se ha de despachar la ejecución. Por otra parte, una vez trabados los bienes del deudor en número bastante y dictada Sentencia de remate, puede

tener lugar su venta judicial forzosa para hacer pago de la deuda unilateralmente declarada por el Banco; en esta fase adquiere una importancia decisiva la Sentencia de ejecución, que es la que hace posible que los bienes embargados sean sometidos a la vía de apremio (arts. 1.473.1 y 1.481 L.E.C.).

Contempladas desde la perspectiva del artículo 24 de la Constitución y confrontadas, por tanto, con las exigencias que este precepto constitucional comporta, es claro que las dos decisiones judiciales arriba mencionadas —el embargo y la Sentencia de ejecución— dan lugar a problemas distintos que demandan un examen asimismo diferenciado.

7. Como ya se ha dicho, el embargo preventivo es decretado *inaudita parte debitoris*, pero ello no puede merecer reparo de inconstitucionalidad, pues en sí misma considerada la orden de embargo no es más que una medida cautelar, cuya emisión no requiere una plena certeza del derecho provisionalmente protegido, ni es forzoso tampoco que se oiga con antelación a quien la sufre (ATC 186/1983). Es más, la audiencia previa del afectado podría perjudicar en muchos supuestos la efectividad de la medida cautelar, y siempre la retrasaría en detrimento de su eficacia, lo cual podría llegar a menoscabar el derecho a tutela judicial efectiva, reconocido en el artículo 24 de la Constitución, pues la tutela judicial no es tal sin medidas cautelares adecuadas que aseguren el efectivo cumplimiento de la resolución definitiva que recaiga en el proceso.

No cabe olvidar, de otro lado, que la decisión de trabar los bienes del deudor se encuentra sujeta a dos garantías que impiden asimismo hablar de indefensión. En primer lugar, se requiere una apariencia de buen derecho, acreditada documentalmente en un título ejecutivo que permita entender inicialmente justificada la interferencia en el patrimonio del demandado. No resultaría exacto afirmar que esa apariencia viene suministrada exclusivamente por la declaración unilateral de la Entidad de crédito, pues en el origen de su derecho de crédito se encuentra siempre un contrato suscrito por las partes e intervenido por fedatario, cuyo original debe ser aportado con la demanda ejecutiva, y que hace fe de la existencia de una relación jurídica entre la Entidad demandante y el demandado, así como de sus caracteres esenciales. Es cierto que la mera existencia del contrato no determina la existencia de deuda, y menos aún de cuantía líquida, una vez calculados y sumados los intereses devengados y deducidas las cantidades anotadas en favor del cliente. Sin embargo, puede ser considerado suficiente para acreditar una apariencia de buen derecho digno de una tutela judicial preventiva inmediata. De ahí que el artículo 1.400 L.E.C. permita con carácter general que se adopten embargos preventivos cuando la solicitud se acompaña de “un documento del que resulte la existencia de la deuda”, siendo siempre suficiente la aportación de uno de los títulos ejecutivos enumerados por el artículo 1.429, de acuerdo con lo que dispone el artículo 1.401.

En segundo lugar, el embargo es decretado por cuenta y riesgo de la Entidad financiera acreedora. Es cierto, como subraya el Juzgado de Valls, que la mera traba de los bienes trae consigo perjuicios al ejecutado. Pero tampoco puede ignorarse que, si el embargo fuera infundado y se dictara luego un fallo que declarara no haber lugar a pronunciar Sentencia de remate, todas las costas del proceso, conforme a lo dispuesto por el artículo 1.474.2 L.E.C., deberán ser sufragadas por la Entidad demandante, la cual deberá responder entonces de los perjuicios causados por el embargo preventivamente decretado a su solicitud, como regulan con carácter general los artículos 1.413 y 1.418 de la Ley procesal civil.

Las anteriores cuatelas legales sirven de contrapeso razonable a las facultades

otorgadas al actor, quien ciertamente puede obtener mediante una petición unilateral el embargo de los bienes del demandado, de valor suficiente para cubrir la cantidad inicialmente señalada por él mismo de forma igualmente unilateral, sin previo contraste con las razones y pruebas del deudor. Por ello, a sabiendas de que deberá arrostrar todas las responsabilidades que se deriven del embargo, si éste resultara infundado. Siendo ello así, es razonable entender que los derechos e intereses legítimos del demandado en un juicio ejecutivo, en virtud de una reclamación apoyada en el precepto legal cuestionado de que ahora nos ocupamos, no quedan judicialmente desprotegidos ni indefensos.

8. Las observaciones que anteceden son también válidas para los supuestos en que el demandado no haya formulado oposición. Y lo son porque la apariencia de buen derecho es examinada de oficio por el Juez, en el trámite de admisión de la demanda ejecutiva que regula el artículo 1.440, con anterioridad a la fase en la que el deudor puede ser oído. Que el estudio de la demanda y de los documentos que la acompañen debe ser realizado de oficio, antes de despachar la ejecución, es algo que no admite duda en el precepto mencionado, siendo amplio, por lo demás, el grado de cognición judicial, puesto que alcanza tanto a la validez del título y de la obligación que incorpora como a todos los requisitos necesarios, según el artículo 1.467.2, para que dicho título tenga aparejada ejecución. La importancia que la ley otorga a esta función judicial de control *prima facie* de la demanda ejecutiva queda gráficamente manifestada en el artículo 1.475, cuyo segundo párrafo permite que la Audiencia en grado de apelación imponga las costas, como corrección disciplinaria, al Juez que hubiere despachado indebidamente la ejecución con infracción de la Ley y por error inexcusable.

El artículo 1.435 no solamente no impide al Juez ese control inicial, ni lo relega a un examen impracticable o imposible, sino que le ofrece la posibilidad de contar con el imprescindible auxilio técnico. Pues, debido a una enmienda parlamentaria dirigida precisamente a “reforzar la posición jurídica del deudor, evitando que la determinación del saldo quede al solo arbitrio de la Entidad acreedora”, la certificación de lo adeudado, que esta última expide, debe constar en un documento fehaciente. Y en todo caso deben quedar acreditados ante el Juez dos extremos de innegable importancia: Que la liquidación haya sido practicada en la forma pactada por las partes en el título ejecutivo y que el saldo coincida con el que aparece en la cuenta abierta al deudor.

De esta forma, el artículo 1.435 brinda a los Jueces civiles un medio que permite hacer efectivo el control de admisión de las demandas ejecutivas, cuando éstas no se apoyan en un título ejecutivo que por sí solo cumpla los requisitos que dicho precepto legal establece, en cuanto a la liquidez de la cantidad a reclamar, por tratarse de una relación de cuenta corriente. Como destaca acertadamente el Abogado del Estado, son los órganos judiciales quienes habrán de interpretar el alcance que haya de darse a la tarea de acreditamiento de los extremos señalados por la Ley, de manera que se ofrezca a su conocimiento los elementos de hecho y de cálculo imprescindibles para poder efectuar el examen inicial que exige el artículo 1.440, control judicial que incluye el particular de la liquidez (art. 1.467.2, *in fine*). La realización de dicho control no requiere del Juez conocimientos contables, de matemática financiera o incluso de informática, como se declara en alguno de los Autos de planteamiento, pues no se trata de decidir si la pretensión de ejecución está fundada, lo que pertenece a la Sentencia, sino de efectuar un control inicial de admisibilidad de dicha pretensión. En cualquier caso, nada resulta más alejado del texto legal que el despacho automático del mandamiento de ejecución (y del consiguiente embargo) para hacer el



pago de sumas determinadas unilateralmente por la Entidad acreedora y huérfanas de toda explicación y justificación.

Por último, la ausencia del deudor en el proceso ejecutivo no impide tampoco el resarcimiento de los daños y perjuicios causados por un embargo infundado. Claro es que dicho resarcimiento no será normalmente otorgado en la Sentencia que nigue el remate de los bienes trabados, sino en la que ponga fin a un ulterior juicio declarativo acerca del derecho sustantivo de crédito hecho valer en el previo proceso ejecutivo. Pero no por ello dicha reparación será menos real, pues abarcará todos los daños y perjuicios causados indebidamente por el embargo de los bienes, y eventualmente también por su enajenación forzosa si hubiere culminado el apremio en virtud de la Sentencia de remate, como indicamos en nuestro ATC 248/1985, y como admite también el Tribunal Supremo en sus Sentencias de 18 de marzo de 1987, de 26 de mayo de 1988 y de 19 de mayo de 1989; pudiendo llegar a alcanzar la reparación de todos los daños y perjuicios que conocidamente se derivaran del juicio ejecutivo, conforme al artículo 1.107 C.C., si hubiera habido dolo en la Entidad de crédito al entablar aquél.

9. La segunda decisión que el Juez debe adoptar, a la vista de una solicitud formulada por una Entidad de crédito con arreglo al párrafo cuarto del artículo 1.435 L.E.C., es la Sentencia ejecutiva. En este punto también se concentran las críticas o las dudas de los Autos de planteamiento, especialmente del Juzgado de Madrid (que no ha planteado la cuestión hasta llegar a esta fase, a diferencia de los de Valls y Sevilla), por entender que se causa, o se consolida, la privación de garantías procesales esenciales y la indefensión del cliente sometido al juicio ejecutivo.

Una vez despejados los aspectos relativos a la prueba que, como ya se ha dicho, son ajenos a la norma cuestionada y dan lugar, por tanto, a que la brevedad y las limitaciones insitas al juicio ejecutivo puedan perjudicar ora al deudor ora a la Entidad acreedora, según cómo se haya desarrollado la controversia fáctica y la fase probatoria, nuestro análisis debe dirigirse ahora hacia las peculiaridades de alegación y procedimiento que presenta el juicio ejecutivo.

La limitación de los medios de oposición a los que taxativamente enuncian los artículos 1.464, 1.466 y 1.467 L.E.C., que es uno de los rasgos peculiares de este tipo de juicio, no causa indefensión al deudor. El abanico de excepciones y de motivos de nulidad que ofrecen estos preceptos al demandado es lo suficientemente amplio como para que éste se encuentre muy lejos de verse impedido de ejercer medios legales suficientes para su defensa (STC 4/1982, fundamento jurídico 5.º), siendo superior, por lo demás, al permitido en el proceso de ejecución hipotecaria del artículo 131 L.H., en que se encuadra su artículo 153, y cuya constitucionalidad venimos manteniendo desde la STC 41/1981.

Las excepciones y motivos de nulidad que brinda la L.E.C. en el juicio ejecutivo permiten, en efecto, discutir con toda amplitud la liquidez de la cantidad reclamada, así como la eventual *plus petitio* en que hubiera podido incurrir la Entidad crediticia al cuantificar su reclamación. Es pertinente observar a este propósito que esa controversia cuantitativa no queda limitada a las causas de error o falsedad a que se refiere el artículo 153 L.H., y queda igualmente zanjada por resolución del Juez, tras oír a las partes. La diferencia es que en el juicio ejecutivo el Juez oye a las partes en una vista celebrada después del período probatorio, en cuyo transcurso cabe aportar todo tipo de pruebas; mientras que en la comparecencia que introduce el artículo 153 L.H. en algunos juicios hipotecarios sólo se contempla la presentación de documentos en el acto, régimen sin duda más severo que el que suscitan las presentes cuestiones de inconstitucio-

nalidad. Y, por otra parte, la Ley procesal civil no deja de establecer un contrapeso garantizador, al prescribir que el exceso en la cantidad reclamada puede hacer perder a la Entidad financiera acreedora el derecho a que las costas del proceso las abone el demandado; no sólo eso, sino que, si los errores u oscuridades de cálculo fueran de tal Entidad que impidieran entender que la cantidad reclamada era realmente líquida, la Ley dispone que proceda la nulidad del juicio y, en su caso, la imposición de las costas al actor o al funcionario responsable (art. 1.474). Sin que la inicial determinación de la liquidez (*ex* art. 1.435) altere en nada el juego de estas garantías objetivas de prevención y reparación de eventuales abusos.

Tampoco causa indefensión la llamada inversión del contradictorio, si el deudor se persona y formula oposición. Basta para comprobarlo con observar que el demandado efectúa sus alegaciones a la vista de la demanda ejecutiva presentada en su día por la Entidad de crédito, la cual sólo habrá sido admitida por el Juez si es documentalente completa, incluido el documento fehaciente que exige el cuestionado párrafo cuarto del artículo 1.435 (arts. 1.459 y 1.463). El hecho de que la parte actora pueda a su vez contestar a la oposición formulada por la parte demandada, según lo previsto en el artículo 1.468, es en todo conforme con el principio de contradicción, no priva de garantías procesales al deudor ni le provoca indefensión alguna; y ello porque, si se efectúa prueba, todas las partes disponen de un término común para proponer las que estimen pertinentes, con independencia del orden en que hubieren formulado sus alegaciones (art. 1.469); y, en cualquier caso, el deudor (lo mismo que el acreedor), puede lograr que se celebre vista pública, en la que dispone de todas las posibilidades de alegación que brinda el informe oral en presencia del Juez (art. 1.472).

Finalmente, los órganos judiciales aluden a las dificultades que para la defensa del deudor se derivan de la brevedad de los plazos, tanto el de cuatro días para alegaciones, como el de diez días común para proponer y practicar prueba (arts. 1.463 y 1.469 a 1.471), plazo este último sobre el que insisten varios de los Autos de planteamiento de las cuestiones, subrayando que es incluso más breve que el previsto para los juicios verbales. Pero, una vez sentado que la preclusión del término probatorio no perjudica necesariamente al deudor, sino a la parte sobre la que pesa la carga de probar el hecho cuya acreditación no se logra, resulta evidente que la brevedad del plazo no redundaría necesariamente en la indefensión de aquél. En cualquier caso, la brevedad de los plazos del juicio ejecutivo no ha sido denunciada por los órganos judiciales proponentes, pues es cuestión ciertamente ajena a la validez del precepto cuestionado, quedando, por tanto, fuera del objeto de este proceso. Cabe decir, no obstante, que la certificación de saldos, que el párrafo cuarto del artículo 1.435 L.E.C. autoriza a pactar para integrar el título ejecutivo del contrato de crédito con el fin de acceder al juicio ejecutivo, no introduce una complejidad fáctica que necesariamente haya de desbordar las posibilidades de alegación y prueba que ofrecen los plazos del juicio ejecutivo, sin que, por lo demás, los órganos judiciales hayan aportado datos o razones que induzcan a una opinión contraria, que sólo podrá ser contrastada con el conocimiento individualizado del diverso casuismo que pudiera plantearse en el futuro.

10. También en este punto la cuestión vuelve a destacarse en relación con el deudor que permanece ausente del proceso. Como hemos advertido en nuestra jurisprudencia sobre la prueba, con reflexiones que pueden generalizarse ahora al plano de la alegación y del procedimiento en el juicio ejecutivo iniciado (*ex* art. 1.435), párrafo cuarto, es razonable que la Ley no haga depender la tutela

judicial que se debe dar a los acreedores del hecho de que los deudores demandados comparezcan y actúen efectivamente en el proceso. En nuestra muy reiterada doctrina acerca del emplazamiento debido (a partir de las SSTC 9/1981, 63/1982 y 1/1983), y dejando a un lado las peculiaridades propias del proceso penal en que la comparecencia del acusado reviste mayores exigencias (SSTC 196/1989 y 123/1991), hemos declarado que la garantía procesal que exige la Constitución para evitar la indefensión consiste ante todo en que se ofrezca a la parte la oportunidad de ser oída; de suerte que quien pudiera resultar directamente afectado en sus intereses legítimos por una Sentencia tiene derecho a hacer valer sus razones en tiempo hábil para alegarlas y probarlas, si fuera preciso, ante el Juzgador (SSTC 174/1990 y 197/1991, entre los últimos pronunciamientos al respecto). Pero si, conociendo la existencia del proceso, y teniendo la oportunidad de hacerlo, aquél no comparece ni defiende sus derechos, ninguna vulneración de garantías procesales puede aducir, pues si hubo falta de defensa fue por su negligencia o por su voluntario apartamiento del juicio, que no puede obstaculizar ni diferir más allá de lo razonable el conocimiento y la resolución por parte del Juez de las pretensiones deducidas por el demandante (SSTC 56/1985, 39/1987, 198/1987, 129/1988, 159/1988 y 101/1990; y en relación con los juicios ejecutivos, STC 8/1991, fundamento jurídico 3.º, y AATC 161/1985, 369/1989 y 403/1989).

No obstante, hay dos aspectos que justifican la preocupación y las dudas mostradas por muchos de los Autos de planteamiento. El primero hace referencia a la brevedad del plazo que la Ley ofrece al deudor para personarse y oponerse a la ejecución. Es cierto que los tres días útiles que concede el artículo 1.461 para personarse en los autos por medio de Procurador es un plazo más breve que el habitual en otros procesos (v.gr., veinte días en el juicio de menor cuantía: art. 681), pero también lo es que no difiere sensiblemente del que se ofrece en otros juicios sumarios, siendo incluso superior al previsto para el juicio verbal, en el que el término no debe bajar de veinticuatro horas, ni exceder de seis días (art. 726), aunque en este caso el plazo mínimo se aumente en proporción a la distancia que media entre el lugar del juicio y la residencia del demandado, lo cual, como subraya el titular del Juzgado número 10 de Sevilla, no está previsto en el juicio ejecutivo.

No es difícil, sin embargo, disipar las dudas que cupiera albergar acerca de la suficiencia del plazo legal, si se tienen en consideración dos factores. El primero es que en la cédula de citación de remate el Juzgado debe hacer constar "el negocio en que haya recaído" la providencia de citación, "el objeto de la citación" y la prevención de los perjuicios que se pararán si no compareciese el demandado (arts. 1.459 y 272 L.E.C.). Un cumplimiento adecuado de este importante deber judicial debería ser suficiente en circunstancias normales para que toda la persona, aun lega en Derecho, entienda la trascendencia y la fugacidad del plazo iniciado contra él. Por lo demás, es claro que los posibles incumplimientos de tales contenidos de la cédula de notificación pueden ser reparados a través de los correspondientes recursos, incluido el de amparo, sin que, como es reiterada doctrina de este Tribunal, el temor al incumplimiento de una norma implique en modo alguno su inconstitucionalidad.

El segundo factor se refiere a que los efectos del juicio ejecutivo no revisten la fuerza de cosa juzgada (art. 1.479 L.E.C.), por lo que el ejecutado puede siempre fielmente defenderse asumiendo la condición de demandante contra el anterior ejecutante (ATC 516/1985). Es verdad que, como señalan los órganos judiciales cuestionantes, la jurisprudencia ha restringido considerablemente las

posibilidades del ulterior juicio declarativo, pero no puede negarse que dicha jurisprudencia nunca ha impedido que quien, sin incurrir en negligencia, no gozó de una oportunidad razonable para defender sus legítimos intereses en el seno del juicio ejecutivo, pueda desarrollar dicha defensa en el marco de un posterior proceso declarativo ordinario, según permite el citado art. 1.479 L.E.C. Posibilidad legal que hoy se ve solemnemente respaldada por el artículo 24 de la Constitución al proscribir que nadie pueda quedar indefenso ni verse impedido de tomar parte en un proceso con todas las garantías para la tutela de sus derechos.

El último problema que, desde la perspectiva del artículo 24 de la Constitución, suscitan los órganos judiciales se refiere a la posibilidad de que el cliente de la entidad de crédito sea emplazado por edictos, lo que conducirá normalmente a que no comparezca en el juicio ejecutivo. En efecto, cuando no es conocido el domicilio del deudor, o se ignora su paradero, la Ley prevé que se procede al embargo de sus bienes sin hacer previamente el requerimiento de pago (art. 1.444); y que luego se le cite de remate por medio de edictos, concediéndole un término de nueve días para que se persone en autos, transcurridos los cuales se le declara en rebeldía y se traen los autos para sentencia sin más trámite (arts. 1.460 y 1.462).

Es evidente que este modo de proceder abre riesgos de indefensión para el deudor, quien puede verse privado en la práctica de participar en la designación y avalúo de los bienes objeto de embargo, de hacer oír su oposición a la ejecución y, en su caso, de participar en la subasta. Ahora bien, este problema tiene un alcance más general y es, en rigor, ajeno al precepto que es objeto de las presentes cuestiones y de cuya constitucionalidad hemos de decidir en este proceso. Puede afirmarse, no obstante, que la situación del deudor que no es requerido de pago ni citado personalmente de remate no se ve empeorada en modo significativo porque la cantidad que se le reclama provenga del saldo liquidado unilateralmente por una entidad de crédito, en la forma que contempla el párrafo cuarto del artículo 1.435 L.E.C. Y no se ofrece razón o dato alguno en los Autos que induzca a pensar de otra forma.

11. Los Autos de planteamiento dictados por los Juzgados de Madrid y Sevilla entienden también que el precepto legal cuestionado podría vulnerar el artículo 51 de la Constitución, en el inciso de su apartado 1, que dispone que "los poderes públicos garantizarán la defensa de los consumidores y usuarios, protegiendo, mediante procedimientos eficaces, ... los legítimos intereses económicos de los mismos".

Este precepto enuncia un principio rector de la política social y económica, y no un derecho fundamental. Pero de ahí no se sigue que el legislador pueda contrariar el mandato de defender a los consumidores y usuarios, ni que este Tribunal no pueda contrastar las normas legales, o su interpretación y aplicación, con tales principios. Los cuales, al margen de su mayor o menor generalidad de contenido, enuncian proposiciones vinculantes en términos que se desprenden inequívocamente de los artículos 9 y 53 de la Constitución (STC 19/1982, fundamento jurídico 6.º). Ahora bien, es también claro que, de conformidad con el valor superior del pluralismo político (art. 1.1 de la Constitución), el margen que estos principios constitucionales dejan al legislador es muy amplio. Así ocurre con el artículo 51.1 de la Constitución, que determina unos fines y unas acciones de gran latitud, que pueden ser realizados con fórmulas de distinto contenido y alcance. Pero, en cualquier caso, son normas que deben informar la legislación positiva y la práctica judicial (art. 53.3 de la Constitución).

Como destacan los mismos Autos de planteamiento, no puede reprocharse al legislador renuncia en la protección de los consumidores y usuarios. La Ley general para la defensa de los Consumidores y Usuarios de 19 de julio de 1984 (Ley 26/1984), que fue objeto de la STC 15/1989, establece un conjunto significativo de normas, que sirven precisamente para motivar varios de los Autos. Su artículo 2 declara derechos básicos de los ciudadanos en cuanto consumidores de productos o servicios, entre otros, la protección de sus legítimos intereses económicos (letra b), la información correcta sobre los diferentes bienes o prestaciones (letra d) y la protección jurídica en las situaciones de inferioridad, subordinación o indefensión (letra f). Estos derechos básicos, desarrollados luego en el articulado de la Ley, encuentran una plasmación de especial significado en su artículo 10, al que el Juzgado número 10 de Sevilla presta singular atención. En dicho precepto se someten a determinados requisitos las cláusulas o condiciones generales de la contratación, sometidas a los principios de claridad, documentación y justo equilibrio de las contraprestaciones, declarando nulas de pleno Derecho, con las consecuencias que detalla el apartado 4 de este artículo 10 L.C.U., las cláusulas que otorguen a una de las partes la facultad de resolver discrecionalmente el contrato (núm. 2.º del art. 10.1), las cláusulas abusivas (núm. 3.º), las condiciones abusivas de crédito (núm. 4.º), los incrementos de precio que no correspondan a prestaciones adicionales, voluntarias, separadas y claras (núm. 5.º), la repercusión sobre el consumidor de fallos, defectos o errores administrativos, bancarios o de domiciliación de pagos (núm. 7.º) y la inversión de la carga de la prueba en perjuicio del consumidor o usuario (núm. 8.º), entre otras. El artículo 13, por su parte, determina la información que debe acompañar a todo producto o servicio, disponiendo que su volumen y calidad deben ser suficientes para ofrecer al consumidor una información cierta, eficaz, veraz y objetiva sobre sus características esenciales.

12. Con carácter preliminar, es preciso subrayar que todas estas disposiciones son ajenas a los juicios ejecutivos iniciados por las entidades de crédito contra empresarios o comerciantes. Ello es claro en el plano de la Ley 26/1984, que limita su eficacia protectora a las personas, físicas o jurídicas, que utilizan o disfrutan los servicios bancarios como destinatarios finales; negando la condición legal de usuarios, en cambio, a quienes reciban los servicios de las entidades de crédito con el fin de integrarlos en procesos de producción, transformación, comercialización o prestación a terceros (art. 1 L.C.U.). No lo es menos en el plano de la Constitución, pues la protección pública de los derechos de los empresarios se encuadra más bien en otros preceptos (como, por ejemplo, los arts. 38, 52 y 130) que en el artículo 51.1.

Sólo un entendimiento desviado de la nueva redacción del artículo 1.435 L.E.C. —que con toda evidencia ha aumentado las garantías del deudor respecto de las que tenía en la situación anterior— podría llegar a considerarlo contradictorio con las normas establecidas por la Ley de defensa del consumidor, aprobada por las Cortes Generales pocos días antes, el 19 de julio de 1984; así, por ejemplo, si se entendiera que el pacto de liquidez que aquel precepto prevé conllevara una inversión de la carga de la prueba, explícitamente prohibida por el artículo 10.1, número 8.º, L.C.U. pero, como ya hemos dicho, esa interpretación del párrafo cuarto del artículo 1.435 L.E.C. se aparta del recto sentido de la disposición, que se limita a estimar como líquida la cantidad que figure en el saldo bancario a los solos efectos de permitir el acceso al juicio ejecutivo, pero no a estimar veraz, y ni siquiera probada, la cantidad determinada unilateralmente por la entidad de crédito. Asimismo, resulta claro también que el pacto

que autoriza el artículo 1.435 L.E.C. puede ser plasmado de distintas formas, todas las cuales deberán cumplir los requisitos de claridad, documentación y buena fe que explicitan los diversos preceptos de la Ley 26/1984. Preceptos que, según lo dispuesto en los artículos 51.1 y 53.3 de la Constitución, no pueden ser considerados como meras declaraciones de buenos propósitos, sino como normas jurídicas cuyos mandatos deben informar la actuación judicial y pueden ser alegados por las partes en todo tipo de procesos, incluidos los juicios ejecutivos. Ello significa que en estos procesos ejecutivos los Jueces habrán de dictar Sentencia, bien denegando el remate de los bienes embargados, bien anulando el juicio en los supuestos previstos por la ley (arts. 1.464.1 y 1.467.1 y 2 L.E.C.); casos éstos que pueden llevar igualmente a denegar el despacho de la ejecución si son apreciados por el Juez en el control *ex officio* que ordena el artículo 1.440 L.E.C., como vimos en su momento.

Resulta, pues, meridiano que ni el párrafo cuarto del artículo 1.435 L.E.C. *per se*, considerando aisladamente el precepto que enuncia su primer inciso, ni tampoco en cuanto se integra en la estructura peculiar del juicio ejecutivo, contradice en modo alguno las determinaciones dictadas por el legislador para la protección, entre otros, de los usuarios de los servicios bancarios, ni niega o coarta las facultades judiciales para guardar y hacer guardar tales determinaciones.

### FALLO

En atención a todo lo expuesto, el Tribunal Constitucional, POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE LA CONSTITUCIÓN DE LA NACIÓN ESPAÑOLA,

Ha decidido

No ha lugar a declarar la inconstitucionalidad de la primera fase del párrafo cuarto del artículo 1.435 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en la redacción de la Ley 34/1984, de 6 de agosto.

Publíquese esta Sentencia en el "Boletín Oficial del Estado".

Dada en Madrid, a diez de febrero de mil novecientos noventa y dos.—Firmado: Francisco Tomás y Valiente.—Francisco Rubio Llorente.—Fernando García-Mon y González-Regueral.—Carlos de la Vega Benayas.—Eugenio Díaz Eimil.—Miguel Rodríguez-Piñeiro y Bravo-Ferrer.—Jesús Leguina Villa.—Luis López Guerra.—José Luis de los Mozos y de los Mozos.—Alvaro Rodríguez Bereijo.—Vicente Gimeno Sendra.—José Gabaldón López.—Rubricado.

*Voto particular discrepante que formula el Magistrado don Carlos de la Vega Benayas respecto de la Sentencia dictada en la cuestión de inconstitucionalidad número 1.219/88 y acumulados, relativas al artículo 1.435, 4.º, de la Ley de Enjuiciamiento Civil*

Con el lógico respeto a la decisión de la mayoría, he de manifestar mi desacuerdo con la fundamentación y fallo al que llega, desacuerdo que voy a expresar de modo sucinto:

a) Todas las cuestiones o dudas propuestas por los Tribunales y Jueces se refieren al citado párrafo 4.º del artículo 1.435 L.E.C., el cual no hace más que

establecer un mecanismo o procedimiento para determinar la cantidad que ha de figurar en el título de ejecución esgrimido por las entidades de crédito, ahorro y financiación, frente al deudor de dichas entidades por obligaciones mercantiles (cuentas corrientes y otra modalidad, art. 1.429, 6.º L.E.C.), título que, junto con otros documentos, en su caso, si cumple los demás requisitos legales, permitirá al Juez “despachar la ejecución” (1.440 L.E.C.), que supone requerimiento de pago al deudor y, en su caso, si no paga, el inmediato embargo. Los artículos 1.461 y ss. de la Ley regulan la oposición del deudor, a cuya lectura remito.

Esta determinación del *quantum* (no de la exigibilidad y liquidez de la obligación) se hace, como se infiere de la simple lectura del precepto, *inaudita parte*, sin intervención del otro contratante deudor, y por la entidad de crédito acreedora. Y es esa ausencia de la que los Jueces y Tribunales consideran como constitutiva de violación constitucional, bien del artículo 14, bien del 24 C.E.; del 14, porque otorga un privilegio a ciertos acreedores (Bancos y Cajas) que no reconocen a otros, o porque discrimina o trata desigualmente a los deudores que, en otros supuestos (arts. 1.430 y ss. L.E.C.), tienen más defensa y derecho a ser oídos para reconocer la firma o la deuda; y del 24, porque estos deudores ven mermadas o desconocidas sus posibilidades de defensa.

b) Estoy conforme con gran parte de la Sentencia en cuanto desarrolla la teoría general del proceso ejecutivo y sus peculiares características. Por eso me limito a indicar, repito que de modo conciso, las razones específicas y concretas que justifican las dudas de inconstitucionalidad de los Jueces, hasta el punto de que habría de haberse llegado a declarar la inconstitucionalidad parcial de la norma procesal cuestionada o a ser interpretada según la Constitución.

c) El que “la cantidad exigible en caso de ejecución” sea “la especificada en certificación expedida por la entidad acreedora”, “siempre que conste en documento fehaciente que acredite haberse practicado la liquidación en la forma pactada por las partes en el título ejecutivo”, certificación y documento elaborados por la entidad acreedora, sin más intervención ni audiencia del deudor, constituye, por lo pronto, un acto unilateral de parte que va a permitir a la misma nada más y nada menos que obtener un despacho de ejecución, es decir, poner en marcha el nada desdeñable efecto de, incoando un proceso, obligar y constreñir al deudor a defenderse, ya no sólo como demandado, sino como cuasi actor al gravar su *onus probandi*, primero para desvirtuar la presunción de la exigibilidad de la deuda en la cuantía así fijada (cuando, de haberse oído, como prevé el art. 153 Ley Hipotecaria para un supuesto semejante, aunque no idéntico, podría evitarse esa carga) y luego para poner otras excepciones (pago, no exigibilidad, plus petición) en términos perentorios y con medios no disponibles (la documentación está en poder de la acreedora).

Estimo que la desigualdad en la Ley que aquí se opera (art. 14 C.E.) lo es activa y pasivamente, desde las dos vertientes, acreedora y deudora. Constituye, en efecto, un privilegio otorgado a las entidades de crédito, cuya justificación no es tan clara como se intenta probar con los argumentos de la Sentencia. Que esas entidades ofrezcan garantías en su funcionamiento no quiere decir que las mismas no puedan ser exigidas o se exijan a otros acreedores (por ejemplo, la intervención de fedatario, civil o mercantil).

d) Desde el lado pasivo la diferenciación discriminatoria aparece manifiesta en la situación de estos deudores, es decir, los obligados por “contratos mercantiles otorgados por entidades de crédito, ahorro y financiación en escritura pública o póliza” (arts. 1.435.4.º y 1.429.6.º L.E.C.) y se hubiera “convenido que la cantidad exigible en caso de ejecución” sea “la especificada en certificación

expedida por la entidad acreedora" y constante en "documento fehaciente" (art. 1.435.4.º).

Este trato difiere del previsto para los deudores en documento privado (arts. 1.430 y ss. L.E.C.), en el cual se prevé la comparecencia judicial de aquéllos para confesar y reconocer la firma, como necesario para conformar el título y despachar la ejecución. Y también difiere del trato conferido a los deudores con hipoteca en garantía de cuentas corrientes de crédito. Aquí la Ley (art. 153.5.º L.H.) prevé, para proceder a la ejecución, la notificación judicial o notarial al deudor del extracto de la cuenta y a éste alegar, en los ocho días siguientes, error o falsedad. No es exactamente igual la situación de acreedores y deudores en los distintos supuestos, pero sí constituye esa regla del artículo 153 L.H. una garantía para el deudor perfectamente aplicable sin repugnancia jurídica alguna al supuesto del artículo 1.435.4.º, interpretando integrativamente esta norma, como también pudiera haber hecho la mayoría, en lugar de declararla constitucional. De no ser así, el artículo 1.435.4.º, permanecerá como una muestra no muy ejemplar de desigualdad procesal, pues tampoco es convincente el argumento de la libertad contractual referido al deudor que pacta con la entidad acreedora ese modo de fijar la cantidad líquida exigible. No es muy afortunado hablar de la libertad para evitar o justificar la posible desigualdad en situaciones encajables en los llamados contratos de adhesión.

e) También los Jueces tienen razón cuando dudan de la constitucionalidad del artículo 1.435.4.º, L.E.C. en relación con el artículo 24 C.E.

El argumento —a primera vista atrayente y tranquilizador— de que la certificación unilateralmente hecha por la entidad acreedora no es más que una presunción, un principio de prueba sólo apto para permitir el despacho de ejecución, puesto que todo estará luego sujeto a la posterior prueba y decisión judicial definitiva, tampoco vale, ni elimina el reproche.

Naturalmente que esa certificación es provisional, ya que, si no fuera así, sobraría todo el sumario juicio ejecutivo, convertida aquélla en título de ejecución sin *cognitio* (tal una Sentencia judicial).

El argumento es semántico, innecesario. Ocurre que admitida, como es lógico, la naturaleza provisional y contingente de la fijación del saldo, persiste el reproche de su unilateralidad y, por ende, su desprecio al principio de audiencia e igualdad de armas. A esa unilateralidad hay que añadir otra merma de garantía, que también resulta del defectuoso texto legal.

No es cierto, en ese sentido, que la Ley determine para la certificación la garantía de la fe pública (notarial o mercantil del agente o corredor). La Ley habla de fehaciencia, lo cual no equivale a instrumento o documento público. Si todo documento público es fehaciente, no todo acto o documento fehaciente es público o está adornado con la fe pública.

En suma, un acto unilateral, de una de las partes contractuales, sin las garantías formales de la fe pública, con la sola mínima exigencia de un contrato en el que la parte más débil acepta aquella posibilidad, obtiene por parte de la Ley una facultad desmesurada, desproporcionada, en cuanto obliga al deudor a soportar un proceso sumario, de ámbito limitado y constreñido a probar con muchas dificultades su postura defensiva o sus excepciones. Sólo esta facultad extraordinaria para una parte funda la ausencia de garantía para la otra. Ninguna dificultad ofrecería para el legislador prever un trámite de audiencia al deudor en la formación del título (el ejemplo y contraste más claro es el art. 153 Ley Hipotecaria), que ni mermaría las garantías del acreedor, ni, lo que es mejor,



impediría el allanamiento, evitando el proceso. Y, si no el legislador, creo que la mayoría podría haber llegado a esa solución interpretativa.

Cabría añadir, por último, otra consecuencia injusta. Me refiero a los supuestos de ausencia o rebeldía, en los cuales el sistema del artículo 1.435 supone la admisión del efecto de un verdadero proceso monitorio, es decir, embargo y ejecución sin audiencia, circunstancia que, en las legislaciones que ya regulan el proceso monitorio, se excluye terminantemente. Nuestra legislación no ha establecido aún esa clase de proceso y en los proyectos existentes también se excluye el supuesto de la rebeldía.

Entiendo, pues, que existe indefensión del deudor y merma de garantías procesales, por lo que el artículo 1.435.4.º L.E.C. o debió ser declarado inconstitucional o bien interpretado integradoramente en la forma expuesta. Persistiendo su vigencia y validez, no puede ser considerado como un ejemplo de garantías para un proceso constitucionalmente correcto.

Madrid, a diez de febrero de mil novecientos noventa y dos.—Firmado: Carlos de la Vega Benayas.—Rubricado.

2.—*Sentencia de 16 de enero de 1992.*—PROCEDIMIENTO JUDICIAL SUMARIO DEL ARTICULO 131 DE LA LEY HIPOTECARIA.—Arrendamiento de la vivienda.—Sala 1.ª—Ponente: Sr. García-Mon y González-Regueral.

*Hechos.*—En un procedimiento del artículo 131 de la Ley Hipotecaria se dicta providencia ordenando poner a la actora en posesión de la finca, la arrendataria solicitó la nulidad de las actuaciones. Denegado el recurso de reposición, se acude en amparo al Tribunal Constitucional para obtener la tutela judicial efectiva.

*Fallo.*—Se estima el recurso de amparo promovido por la arrendataria, anulando la providencia del Juzgado y reconociendo a la recurrente la tutela judicial solicitada.

*Fundamentos jurídicos.*—Primero. Lo que ha de dilucidarse en este procedimiento de amparo constitucional es si la recurrente —arrendataria de un piso que ha sido adjudicado a una Entidad de crédito en virtud de un proceso sumario seguido contra el deudor hipotecario y propietario de la finca, conforme a lo previsto en el artículo 131 LH— ha padecido una injusta privación del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva y, en consecuencia, si se encuentra en la situación de indefensión que proscribe la CE, todo ello a consecuencia de la actuación judicial en el procedimiento seguido ante el JPI Orihuela núm. 2 (núm. 176/1986), y en particular de la resolución judicial que ordenó el desalojo y en caso de no llevarse a efecto el lanzamiento del piso arrendado.

Segundo. Pero antes de entrar en el examen de la indefensión planteada conviene aclarar que, aunque la demandante de amparo formula su queja contra la providencia de 28 de junio de 1988, del JPI Orihuela núm. 2, la demanda ha de entenderse dirigida igualmente contra las resoluciones judiciales precedentes dictadas en el curso del procedimiento, con posterioridad a la providencia del 29 de marzo de 1987, en la que se acordó tenerla por comparecida, pero no parte en el mismo y, en concreto, aquellas que no le fueron notificadas, puesto que, como ha declarado este Tribunal de modo constante, cuando se impugna en amparo una resolución judicial confirmatoria de otra u otras que han sido lógica y cronológicamente presupuesto de aquéllas, debe entenderse que se recurren las precedentes confirmadas, aunque las mismas no lo hayan sido de forma explícita (SSTC 197/1990 y 179/1991).

Tercero. Las resoluciones recurridas se han producido en el curso de un

procedimiento judicial sumario al que se refieren los artículos 131 y ss. LH, y cuyo objeto se dirige a realizar el valor de la finca hipotecada; procedimiento de ejecución de créditos hipotecarios que se caracteriza por la extraordinaria fuerza ejecutiva del título y la paralela disminución de las posibilidades de oponerse a la ejecución solicitada mediante la formulación de excepciones, las cuales sólo pueden plantearse, por regla general, en el juicio declarativo correspondiente, a salvo los supuestos rigurosamente tasados de suspensión que se reseñan en el artículo 132 de la referida Ley.

A las peculiaridades del procedimiento sumario aludido se ha referido en anteriores pronunciamientos este Tribunal en las SSTC 41/1981, 64/1985, 41/1986, 148/1988 y 8/1991, afirmando que la limitación de controversia y demás peculiaridades de este procedimiento (entre las que se encuentra la estricta limitación de los llamados al procedimiento como partes legitimadas) no vulneran el derecho a la defensa consagrado en el artículo 24.1 CE, ya que queda abierta a los interesados la vía del juicio declarativo para la defensa de sus derechos. Precisamente por esta posibilidad, es decir, por quedar abierta a los interesados la vía del juicio declarativo para la defensa de sus derechos, este TC pudo afirmar entonces que la sumariedad del procedimiento hipotecario y sus limitaciones no vulneraban el derecho a la defensa consagrado en el artículo 24.1 CE.

No se trata, por tanto, de introducir aquí un nuevo interrogante sobre la constitucionalidad del proceso sumario al que nos venimos refiriendo. Clara y taxativamente ha de reiterarse que su fundamento y regulación no afecta, *per se*, al derecho fundamental que se contiene en el artículo 24.1 CE. Pero de esta afirmación no puede deducirse que constituya jurisprudencia firme la de que todo tercero ajeno al procedimiento judicial sumario del artículo 131 LH se vea inerte ante el mismo, caso de ser afectado como tercero, y garantizado en todo caso en su derecho a la tutela judicial, dada la oportunidad de "ejercer el juicio declarativo correspondiente" que le reconoce la Ley, ya que esta conclusión podría ser cierta en determinados casos, pero no en todos, dependiendo ello de las circunstancias, que no son naturalmente siempre las mismas, como puede comprobarse con la atenta lectura de las sentencias anteriormente citadas, cuyos supuestos fácticos no estaban relacionados, como en este caso, con terceros poseedores por título arrendaticio.

Tampoco cabe apreciar, en este caso, vulneración del derecho a la tutela efectiva de Jueces y Tribunales en razón a la aplicación que de la norma reguladora de este especial procedimiento ha realizado el órgano judicial, pese a que la recurrente aduce como primera quiebra de aquel derecho fundamental la falta de notificación de las resoluciones dictadas en el procedimiento judicial sumario.

A este respecto es oportuno repasar brevemente las principales actuaciones habidas en relación con la ahora recurrente en el curso del procedimiento:

La recurrente, al tener conocimiento extraproceseal de que la vivienda familiar que ocupa en virtud de contrato de arrendamiento había sido sacada a subasta judicial, dirigió escrito al Juzgado competente, quien dictó providencia el 29 de marzo de 1987, teniéndola por comparecida, pero no parte, en el procedimiento.

De las sucesivas actuaciones y trámites no se dio traslado a la representación de la comparecida, con excepción del escrito del ejecutante en el que solicitó la adjudicación de la finca y que se practicase la liquidación de intereses. Incluso no se dio traslado del escrito de la entidad ejecutante en el que solicitaba del

Juzgado se requiriera a la arrendataria para que dejara libre y a disposición del adquirente la finca adjudicada. La providencia de 7 de enero de 1988, en la que se ordena poner en posesión a la actora de la finca adjudicada, tampoco fue notificada a la representación de la arrendataria.

Finalmente, la arrendataria, enterada de la existencia del exhorto dirigido por el Juzgado de Orihuela al de Denia para que se procediera al lanzamiento, solicitó la modificación de las diligencias interesadas, sin obtener respuesta, lo que motivó un nuevo escrito solicitando la nulidad de la referida diligencia de lanzamiento con invocación del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva sin indefensión. La providencia de 30 de mayo de 1988 resolvió no haber lugar a lo solicitado. El recurso de reposición contra ella interpuesto fue rechazado por la providencia de 28 de junio de 1988 que da lugar al presente procedimiento de amparo.

Del breve resumen de lo actuado queda patente que del procedimiento judicial en cuestión se derivaban perjuicios para la aquí actora, por lo que, en principio, no era ciertamente ociosa la comunicación judicial de su existencia. No obstante, el conocimiento del mismo y la comparecencia de la recurrente priva de trascendencia constitucional a la alegada infracción del artículo 270 LOPJ, ya que no puede detectarse, en este caso, una indefensión de la interesada, que pudo exponer ante el órgano judicial lo que convenía a su derecho, aunque no obtuviera respuesta favorable. Así resulta de la constante doctrina de este Tribunal, al que no corresponde, ni puede ni debe asumir la garantía y corrección de los trámites procesales, salvo en los supuestos en que padezca radicalmente el derecho fundamental a la defensa.

Cuarto. La demandante, sin embargo, no limita su alegato a la supuesta indefensión formal hasta aquí examinada y que, como hemos razonado, habría de conducir a la denegación del amparo solicitado. Hemos de pasar, por tanto, al examen de la tacha de indefensión que se alega en relación con el contenido de la diligencia del JPI Orihuela núm. 2 de enero de 1988, en virtud de la cual se ordena el desalojo y, si es preciso, el lanzamiento.

A este respecto conviene reiterar que este Tribunal no puede ni debe actuar como un órgano revisor al que corresponda efectuar el control de mera legalidad, ni rectificar errores, equivocaciones o incorrecciones en la interpretación y aplicación de las normas legales que lleven a cabo los Jueces y Tribunales en el ejercicio exclusivo de la potestad que les reconoce el artículo 117.3 CE, salvo que al hacerlo se violase alguna garantía constitucional (STC 1/1991).

En este caso se alega, precisamente, la vulneración del derecho a la tutela efectiva de Jueces y Tribunales, ya que la recurrente se vería obligada en virtud del procedimiento sumario en el que no pudo ser parte, y sin previa posibilidad de defensa y contradicción en juicio, al desalojo del piso que ocupa en calidad de arrendataria, negándosele el derecho a permanecer en la posesión civil arrendaticia que ostenta según contrato no resuelto concertado al amparo de la LAU.

Quinto. La tutela judicial efectiva que garantiza el artículo 24 CE consiste, como en tantas ocasiones ha declarado este Tribunal (STC 100/1988), "en el derecho que tienen todas las personas al acceso a los órganos jurisdiccionales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos con arreglo a las normas de competencia y procedimiento legalmente establecidos", a obtener de los mismos una resolución fundada en Derecho, tras un proceso en el que se garantice adecuadamente el derecho de defensa de los afectados y se respete, entre otros, el principio de contradicción, así como la igualdad entre las partes (SSTC 93/1984 y 191/1987), puesto que, como se dijo en la STC 9/1981, no ha de olvidarse que

el artículo 24.1 CE contiene un mandato implícito al legislador —y al intérprete— consistente en promover la defensa, en la medida de lo posible, mediante la correspondiente contradicción.

De tal mandato, pues, se deriva el deber positivo de corregir cualquier situación que pueda calificarse como indefensión, concepto éste que una constante jurisprudencia constitucional identifica con aquella limitación de los medios de defensa producida por una indebida actuación de los órganos judiciales (STC 98/1987), no sin dejar sentado que la indefensión de alcance constitucional es algo diverso de la indefensión meramente procesal, y debe alcanzar una significación material produciendo una lesión efectiva (STC 102/1987) o, en otras palabras, “un efectivo y real menoscabo del derecho de defensa” (SSTC 98/1987, 149/1987, 155/1988 y 145/1990).

Por lo demás, las situaciones de indefensión han de valorarse según las circunstancias de cada caso (STC 145/1986), sin que por ello la idea misma de indefensión deba limitarse, restrictivamente, “al ámbito de las que puedan plantearse en los litigios concretos, sino que ha de extenderse a la interpretación desde el punto de vista constitucional de las leyes reguladoras de los procesos” (STC 48/1984, FJ 1.º).

Sexto. Aplicando lo hasta aquí expuesto al caso que examinamos, ha de afirmarse que en este concreto supuesto la resolución judicial dictada en el trámite último del procedimiento sumario hipotecario, en cuanto impone el desalojo y lanzamiento de la actual arrendataria, sin que ésta haya podido hacer valer sus derechos e intereses ante los órganos jurisdiccionales vulnera la garantía constitucional contenida en el artículo 24.1 CE, dando lugar a un efectivo y real menoscabo del derecho de defensa de la demandante de amparo y produciéndose así una indefensión constitucionalmente amparable en esta sede.

No se trata aquí de terciar en la cuestión que corresponde dirimir a la jurisdicción ordinaria, de saber si la ejecución hipotecaria extingue el arrendamiento que se concertó con posterioridad a la constitución del derecho real de hipoteca o si, por el contrario, la relación arrendaticia es compatible y mantiene su eficacia frente al adjudicatario de la finca en razón a la protección que le otorga la legislación especial que regula tales contratos o, en otras palabras, si el arrendamiento no es perjudicado por la realización de la hipoteca recayente sobre el piso arrendado, cuestión ésta de legalidad ordinaria en la que, por cierto, la más reciente jurisprudencia del TS se inclina por realzar la fuerza del vínculo arrendaticio (SSTS 9 de junio de 1990, 23 de febrero y 6 de mayo de 1991).

Lo que corresponde a este Tribunal sin lugar a dudas es la tutela del derecho fundamental de quien, sin poder defender sus derechos en un procedimiento en el que no está expresamente prevista su intervención, resulta gravemente perjudicado al verse despojado, sin posibilidad de contradicción, de un derecho nacido de una relación contractual que merece una protección específica, y ello en aplicación de unos preceptos de la LH que, como todos los integrantes del ordenamiento jurídico —y en especial los procesales (STC 3/1984)— han de acomodarse al principio general que postula la interpretación en el sentido más favorable al ejercicio de los derechos fundamentales cuya vulneración se alega. Huelga decir que con lo aquí expresado no se trata de cuestionar la taxativa norma de la LH (art. 132) que impide que el trámite de apremio se suspenda más allá de los supuestos que en ella se contienen, sino de considerar que la puesta en posesión del adjudicatario de la finca se lleve a efecto sin que padezca el derecho fundamental de defensa que ostenta —sin paliativo alguno— la actual arrendataria de la finca ahora en litigio.

Para ello basta con propiciar una interpretación y aplicación del artículo 132 LH que elimine aquellos efectos no queridos o, al menos, en contradicción flagrante con el derecho fundamental y con normas de derecho necesarias (art. 57, en relación con el 114.4 LAU), dado que el lanzamiento coloca a la arrendataria —sin ser oída en juicio— en posición notoria y gravemente disminuida para una eficaz defensa de su derecho, obligándola a interponer una demanda de juicio declarativo para reponerla en la posesión, de la que ha sido unilateralmente privada.

Por último, la consideración del derecho de la arrendataria recurrente en los términos expresados, no supone desconocer o aminorar el de la otra parte, la adjudicataria del piso y, por ende, ya su propietaria o dueña. A ésta, en efecto, si en la diligencia de ejecución y entrega del piso se abstiene el ejecutor de lanzar a la familia ocupante —como arrendataria— no se le provoca en modo alguno una pérdida o disminución de su derecho de propiedad (que es lo adquirido), pues justamente se le da lo que el ordenamiento jurídico permite, es decir, el dominio de la finca.

Séptimo. En orden a la extensión de la nulidad que se declara en esta sentencia, conviene determinar, de acuerdo con lo establecido en el artículo 55.1 a) LOTC que, como queda expuesto en los fundamentos anteriores, nada se decide en la misma sobre los posibles derechos del arrendatario de una finca hipotecada a permanecer en la misma una vez adjudicada en el procedimiento del artículo 131 LH, cuestión de legalidad ordinaria que habrán de resolver los Tribunales en el procedimiento que corresponda.

La nulidad que aquí se declara deriva exclusivamente de la tutela judicial efectiva “sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión” que garantiza el artículo 24.1 CE. El desalojo y lanzamiento de la recurrente de la vivienda que ocupa requiere, pues, como exigencia constitucional, que sea oída y vencida en un procedimiento contradictorio, con igualdad de armas entre las partes y con todas las garantías procesales establecidas en las leyes. No ocurrió así en el presente caso porque el procedimiento especial y sumario, según razonan las providencias impugnadas, no lo permitía y de ahí que no fuera tenida por parte en el mismo y que sus alegaciones, una vez comparecida, no merecieran más respuesta judicial que la negativa a darla “por no tener la condición de parte”. Esta circunstancia es, precisamente, la que justifica el otorgamiento del amparo: si no fue parte en el proceso y no mereció en él una respuesta fundada en Derecho, adoptada con contradicción y demás garantías legales, no puede ser lanzada de la vivienda que ocupa sin infringirse abiertamente su derecho de defensa que, como derecho fundamental, otorga en todo caso el artículo 24.1 CE.

En consecuencia, la cuestión del lanzamiento de la arrendataria por el nuevo propietario deberá ser resuelta en un nuevo proceso ordinario en el que la hoy recurrente de amparo sea parte y tanto ella como la entidad adjudicataria hagan valer sus derechos, acerca de los cuales, en cuanto cuestiones de legalidad ordinaria, nada tiene que decir este Tribunal. El legislador podrá (y quizá convenga que lo haga) introducir una nueva previsión en el proceso del artículo 131 LH que permita la comparecencia en él con igualdad de armas procesales del arrendatario de la finca hipotecada. Pero en tanto no lo haga y por respeto al mayor valor de los derechos fundamentales (en este caso, el de la prohibición de la indefensión) la arrendataria no podrá ser lanzada sin haber sido parte en la única vía procesal posible, que no es otra que el proceso declarativo ordinario.



## II. Resoluciones de la Dirección General

POR ÁNGEL VALERO FERNÁNDEZ  
y FRANCISCO JAVIER GÓMEZ GÁLLIGO

*NO ES NECESARIA LA APROBACION JUDICIAL DE LA PARTICION HEREDITARIA HECHA POR DEFENSOR JUDICIAL EN CASO DE CONFLICTO DE INTERESES ENTRE PUPILO Y TUTOR* (RESOLUCIÓN DE 23 DE JULIO DE 1990).

### HECHOS

#### I

El día 23 de septiembre de 1988, ante don Juan Carlos Caballería Gómez, Notario de Madrid, doña María Puente Paradela, doña María Luz Martín Puente y doña María del Carmen Juez Puente otorgaron escritura de manifestación y aceptación de herencia, interviniendo las dos primeras, esposa e hija del causante, por sí, y haciéndolo la segunda, además, en representación como tutora de su hermano, incapaz, don José María Martín Puente, mayor de edad, que fue declarado incapaz en virtud de Sentencia de 8 de mayo de 1986, dictada en el Juzgado de Primera Instancia número 5 de los de Madrid, y designada tutora aquélla por Auto de fecha 23 de febrero del mismo Juzgado; y doña María del Carmen Juez interviene como defensora judicial del indicado incapaz, designada como tal por Auto del Juzgado de Primera Instancia número 23, de fecha 31 de mayo de 1989.

Presentada la anterior escritura en el Registro de la Propiedad número 3 de los de Madrid fue calificada con la siguiente nota: "Se suspende la inscripción del precedente documento, ya que sometido a tutela el hijo mayor de edad, la partición de la herencia requiere aprobación judicial. Artículo 271-4.º CC, precepto aplicable a quien por sustitución asume las funciones tutelares, defecto subsanable. Contra la presente nota cabe interponer recurso gubernativo ante el Presidente del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma de Madrid, en el plazo de cuatro meses.—Madrid a 28 de junio de 1989.—El Registrador.—Firma ilegible.—Firmado: Jesús González-Ducay López".

#### III

El Notario autorizante del documento interpuso recurso gubernativo contra la anterior calificación, y alegó: Que parece ser que la calificación registral está

fundada en la Circular de la Fiscalía General del Estado número 2, de 25 de abril de 1985, que mantiene la existencia de una antinomia entre los artículos 1.060 y 271-4.º del Código Civil, dando preferencia a este último por ser la norma posterior. Que se considera que la figura del defensor judicial mantiene dentro del Código Civil características diferenciales de las del tutor y, por tanto, tiene plena vigencia el artículo 1.060 del Código Civil que no distingue a la hora de excluir el requisito de la aprobación judicial. Para ello hay que fundarse en los siguientes argumentos:

1.º En el carácter de representante legal de menores e incapaces que ostenta el defensor judicial. Que el defensor judicial del menor incapaz es un auténtico representante legal y, por tanto, le sería en principio aplicable el artículo 1.060 del Código Civil, y así se deduce del artículo 163 que está contenido dentro del capítulo II del libro I del Código Civil, bajo la rúbrica "La representación legal de los hijos", de la doctrina civil, de la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de abril de 1933 y de 28 de junio de 1962, de la Resolución de la Dirección de los Registros y del Notariado de 26 de septiembre de 1951 y, por último, de la propia Circular de la Fiscalía General del Estado, antes citada. 2.º Los artículos 1.060 y 271-4.º del Código Civil que según el artículo 1.060 del Código Civil se entiende que en las participaciones donde intervenga defensor judicial no precisan la aprobación judicial. Con la nueva redacción hecha por la Ley de 24 de octubre de 1983, fue dada al artículo 271-4.º de dicho texto legal, los defensores de la tesis de la necesidad de la aprobación judicial se fundan en dicho precepto, entresacando dos argumentos: a) que existe una antinomia entre los artículos 1.060 y 271-4.º, que debe resolverse en favor de este último por ser norma posterior que deroga la anterior; b) que el defensor judicial no puede ostentar mayores facultades que aquel a quien sustituye ni el Juez se las puede conceder. Que estos argumentos no tienen validez o fuerza definitiva, por las siguientes consideraciones: 1.ª, no existe antinomia alguna entre los citados preceptos. Pues bien, la interpretación más lógica, con arreglo al artículo 3.1.º del Código Civil, no puede ser otra que considerar que el artículo 1.060 es la norma general y el artículo 271-4.º es la norma especial para las participaciones en que intervenga tutor, lo que es congruente con el sistema vigente antes de la Ley de 24 de octubre de 1983. Que las figuras del tutor y el defensor judicial son distintas y, desde luego, la reforma de la tutela por la Ley de 24 de octubre de 1983, no ha pretendido unificarlos. En efecto: 1.ª, el defensor judicial tiene las facultades que el Juez estime concederle en la resolución judicial, según lo establecido en el artículo 302 del Código Civil; 2.ª, consecuencia de lo anterior nada impide que el Juez conceda facultades superiores al defensor judicial, atendiendo a su naturaleza casuística; 3.ª, ninguna actuación del defensor judicial está sujeta a la aprobación judicial. La ley no quiere que se aplique a aquél las limitaciones establecidas para los tutores; 4.ª, cuando la ley quiere imponer una limitación al defensor judicial lo hace expresamente; por ejemplo, en el artículo 302, antes citado, y 5.ª, por último, el artículo 1.060 del Código Civil no distingue cuando a quien nombra defensor judicial es un menor o incapaz.

#### IV

El Registrador de la Propiedad, en defensa de su nota, informó: Que no se puede afirmar que el defensor judicial sea una figura autónoma independiente



sin relación alguna con la institución de protección del menor o incapaz, a la que sustituye por las siguientes razones: 1.ª, lo establecido en el número 2 del artículo 299 del Código Civil; 2.ª, que del inciso 1.º del número 1 del artículo 299 citado, resulta claro que el defensor judicial será el representante legal cuando sustituya al tutor, pero no cuando el sustituido sea el curador; 3.ª, en este mismo sentido se manifiesta la doctrina; 4.ª, igual opinión mantiene la Circular de la Fiscalía General del Estado de 25 de abril de 1985 y 5.ª, por último, a mayor abundamiento hay que citar lo establecido en el artículo 301 del Código Civil. Que, por consiguiente, el defensor judicial no es una figura autónoma de protección de los menores e incapaces. Con carácter general, el Código establece que tendrá las atribuciones que le haya concedido el Juez, que dependerán de la institución de protección a la cual se sustituye. El Juez autoriza al defensor para que apruebe la partición, autorización que es abstracta y debe entenderse en el sentido de aquel defensor judicial y los herederos mayores de edad (en el caso que se estudia) han de realizar la participación conforme a lo establecido en los artículos 1.061 y 1.062 del Código Civil. En cualquier caso, el Juez no puede ceder al defensor competencias que por ley le corresponden, como es la necesidad de aprobación judicial, acto que se califica de imperativo e indispensable por la Circular de la Fiscalía General del Estado. Que efectivamente las normas deben interpretarse para que produzcan efectos, pero esta regla no resulta del artículo 3.1 del Código Civil, sino de las reglas generales de interpretación de los contratos. Que la autoridad judicial se convierte en eje fundamental de la tutela de la Ley 13/1983, de 24 de octubre, que fue instruida por el artículo 39 de la Constitución Española. En este punto hay que destacar la Sentencia del Tribunal Constitucional de 4 de mayo de 1982 y la Resolución de 30 de julio de 1982. Que, en conclusión, puede entenderse que el artículo 1.060 del Código Civil no fue modificado por la reforma de la tutela por la razón de que quedaba circunscrito a la actuación de los padres en ejercicio de su patria potestad; por el contrario, el artículo 271, número 4, de dicho texto legal, al centrar el eje de la reforma en el principio de autoridad judicial, es aplicable a todos los supuestos de tutela.

## V

El Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Madrid confirmó la nota del Registrador fundándose en que al suplir el defensor judicial la imposible intervención del tutor, habrá de referirse por el régimen jurídico establecido para la tutela; de ahí la inexcusable aplicación del artículo 271-4.º del Código Civil.

## VI

El Notario recurrente apeló el Auto presidencial, manteniéndose en sus alegaciones, y añadió: Que el defensor judicial no sustituye al tutor, sino que es designado por el Juez en caso de oposición de intereses entre tutor y tutelado, así se deduce de los artículos 299 y siguientes del Código Civil. Que no puede decirse que el defensor judicial sustituya al tutor, sino que es designado de nuevo y para un supuesto concreto por el Juez, esta es la diferencia entre una y otra figura y, por tanto, debe aplicarse sin restricción del artículo 1.060 del Código Civil.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 163, 215, 216, 220, 271, 301 y 1.060 del Código Civil; el artículo 1.049 de la Ley de Enjuiciamiento Civil; la Circular de la Fiscalía General del Estado de 25 de abril de 1985 y la Resolución de la Dirección General de Registros y del Notariado de 4 de abril de 1986.

## I

En el presente recurso de debate en torno a la inscribibilidad de una partición hereditaria no aprobada judicialmente, habida cuenta de que está interesado en ella un incapaz sujeto a tutela que es representado por un defensor judicial nombrado específicamente para ese acto ante el conflicto de intereses existentes entre los del pupilo y el tutor; en el Auto de nombramiento se faculta al defensor judicial para que represente al incapaz en la práctica y aprobación de las operaciones particionales del caudal relicto por fallecimiento de su progenitor.

## II

Sostiene el Registrador calificador que puesto que dicho defensor actúa en sustitución del tutor deberá quedar sujeto a las mismas exigencias y limitaciones que afectan a la actuación representativa de este último y, por tanto, de conformidad con el artículo 271-4.º del Código Civil, se precisará la correspondiente aprobación judicial de la división practicada.

Esta razonable posición, que además tiene a su favor el argumento lógico de la igualdad de trato para todas las hipótesis en que los menores o incapaces son representados al margen del instituto de la patria potestad (legalmente conferida a los progenitores); sin embargo, no puede ser admitida.

## III

La delimitación del ámbito de aplicación del actual artículo 271-4.º del Código Civil no puede hacerse a espaldas de la evolución del tratamiento jurídico dispensado a las particiones contractuales en que estuviere interesado un menor o incapacitado. Es de observar cómo el criterio del artículo 1.049 de la Ley de Enjuiciamiento Civil que exigía la aprobación judicial en todo caso, fue primero excepcionado para la hipótesis en que el menor estuviere representado por su padre, madre o tutor (artículos 269-7.º y 1.060 del Código Civil originario), y luego totalmente superado al prescindirse de tal aprobación judicial siempre que el menor o incapacitado estuviere legalmente representado, ya por sus padres, ya por el defensor judicial, ya por el tutor o protutor debidamente autorizados por el Consejo de Familia (artículo 1.060 del Código Civil tras la reforma de 13 de mayo de 1981). En este orden, el artículo 271-4.º del Código Civil, introducido tras la reforma de 24 de octubre de 1983, al exigir nuevamente aprobación judicial para la partición hecha por el tutor (exigencia que parece obedecer a la necesidad de hallar una vía de control sustitutiva de la anterior autorización del Consejo de Familia), no puede reputarse sino como excepcional y, por tanto,

sujeta a interpretación estricta, no siendo aplicable a aquellas otras instituciones de protección y defensa de menores o incapacitados dotadas de entidad propia y con perfiles jurídicos diferenciados (*vid.* artículos 215, 216, 220, 301 y 302 del Código Civil, así como el tratamiento en capítulos independientes de la tutela, de la curatela y el defensor judicial) por el solo dato de que los mismos sean desempeñados por personas ajenas a la relación paterno filial, máxime cuando no se trata de defensor nombrado con carácter general, como el tutor, sino de un nombramiento específico para un acto concreto que el Juez ha de valorar al efectuarlo, al objeto de fijar las atribuciones del designado (artículo 302 CC). Ello es además coherente con la necesidad de agilizar y simplificar el tráfico jurídico reduciendo sus costes en la medida en que queden debidamente salvaguardados los intereses de menores e incapacitados.

Esta Dirección General ha acordado estimar el recurso interpuesto, revocando el auto apelado y la nota del Registrador.

### COMENTARIO

Para responder a la pregunta a que se refiere la resolución que estudiamos, es decir, de si requiere aprobación judicial la partición hereditaria en que interviene defensor judicial en lugar del tutor, es necesario partir de la determinación del contenido del cargo del defensor judicial, y de cuales son sus facultades y limitaciones.

Dicho contenido se determina a través de tres vías distintas: En primer lugar y genéricamente, el contenido es determinado *ex lege* por el art. 299 CC, al señalar que el defensor judicial será nombrado para que “represente y ampare” los intereses de quienes se hallan en alguno de los supuestos en aquel artículo relacionados. En segundo lugar, las atribuciones del defensor son concedidas por el Juez (art. 302 CC) y, en tercer lugar, existen unos límites institucionales que son precisamente los mismos a los que están sometidos los cargos principales sustituidos, si bien, como luego veremos existe la excepción del art. 1.060 CC, y sin que ello implique el asumir el mismo contenido que la ley otorga a los otros sistemas protectores.

La locución “represente y ampare” de que habla el art. 299 CC se refiere tanto a los intereses patrimoniales como a los personales, familiares o morales, y tanto a la esfera judicial como extrajudicial, y en cuanto a su significado existen tres posturas doctrinales principales: 1.ª, la que considera que la expresión legal debe entenderse en un sentido general y amplio y no técnico, es decir, que dicha expresión indica la legitimación legal para intervenir en la guarda y protección de la persona y bienes o sólo de la persona o de los bienes de los menores o incapacitados, según los casos (opinión de Lete del Río); 2.ª, la que considera que la locución “representación” indicará los supuestos en que el defensor judicial sustituye a los padres o al tutor, que son los únicos que ostentan la representación legal del menor o incapacitado, y la de “amparo” designará aquellos en que sustituya al curador a los padres del menor emancipado, es decir, cuando sólo es necesario una asistencia o complemento de la capacidad para obrar (opinión de Puig Ferriol); 3.ª, la que estima que “representación” indicará que la actuación del defensor versa sobre actos jurídicos, mientras que “amparo” designará esta actuación cuando verse sobre actos extrajurídicos o materiales, cualquiera que sea el cargo sustituido (opinión de Florensa Tomás).

El art. 302 CC establece: “El defensor judicial tendrá las atribuciones que le

haya concedido el Juez, al que deberá rendir cuentas de su gestión una vez concluida” y el art. 163 se expresa en los mismos términos. Estos artículos constituyen la norma —marco de la legitimación legal atribuible al defensor judicial, siendo el Juez quien deberá no sólo designar la persona del defensor, sino señalar también los límites y el contenido de su legitimación. Y ello se concreta en que la autoridad judicial fijará tanto su extensión, esto es, qué asuntos caerán en la órbita de aquella legitimación, como la intensidad de la misma, es decir, atribuyéndole funciones representativas, de asistencia o de pura gestión económica.

Pero se plantea el problema de si el Juez en esa designación de atribuciones tiene algún límite, y la respuesta es afirmativa, constituyendo dicho límite la propia naturaleza de la función principal suspendida, pues no parece admisible que se atribuya al defensor mayores atribuciones que las que tiene el cargo protector principal que suple temporalmente, debiendo estar, por consiguiente, sometido a las mismas limitaciones.

Lo expuesto hasta ahora es consecuencia de que si bien el defensor judicial es un cargo tutelar autónomo (así lo configura el art. 215 del CC) y unitario (la figura del art. 299 y del 163 CC es la misma), no tiene atribuido un contenido funcional propio, al contrario de lo que sucede con los demás órganos de protección.

Pues bien, dentro de este marco general, una de las cuestiones que más ha preocupado a la jurisprudencia y a la doctrina es la que se refiere a la necesidad o no de la intervención y aprobación judicial de la participación hereditaria cuando los menores o incapacitados han sido legalmente representados por el defensor judicial, en virtud de conflictos de intereses surgido con los padres o el tutor.

En un principio, en virtud de lo dispuesto por el art. 1.060 CC en su redacción anterior a la reforma de 13 de mayo de 1981, se estimaba que, salvo los casos en que los menores de edad estuvieran representados en la participación por el padre o madre a quien correspondiera la patria potestad, la participación hereditaria requería para su eficacia la ulterior aprobación judicial, requisito exigido en base a dicho artículo interpretado “a contrario sensu”, cuyo texto literal disponía: “Cuando los menores de edad están sometidos a la patria potestad y representados en la participación por el padre o, en su caso, por la madre, no será necesaria la intervención ni la aprobación judicial”, y al art. 1.049 de la LEC que dispone: “las liquidaciones y particiones de herencias hechas extrajudicialmente, aunque lo hayan sido por contadores nombrados por el testador, deberán presentarse a la aprobación judicial siempre que tenga interés en ellas como heredero o legatario de parte alicuota algún menor, incapacitado o ausente cuyo paradero se ignore”.

La reforma legal antes referida, modificó el texto expresado del art. 1.060 del CC cuya relación actual y vigente dice así: “Cuando los menores o incapacitados estén legalmente representados en la partición, no será necesaria la intervención ni la aprobación judicial”, lo que inclinó a la mayoría de los autores a pensar que tanto si intervenían en la partición los padres, el tutor o el defensor judicial, no era nunca necesaria la aprobación judicial, y que al ser este artículo preferente al art. 1.049 de la LEC éste quedaba sin aplicación.

No obstante, Rey Portolés sin pronunciarse decididamente en contra, planteó en principio algunas reservas a la anterior afirmación destacando que en el Proyecto del Gobierno el art. 1.060 del CC decía: “Cuando los menores estén representados en la partición por los padres no será necesaria la intervención ni la aprobación judicial”, es decir, venía a mantenerse la regla de la redacción

anterior, y que fue la Ponencia del Congreso quien dio la redacción que se convirtió en ley, entendiendo Rey Portolés que con esta redacción se intentaba incluir los casos de representación por padres, tutor con autorización del Consejo de familia y los casos de representación por patria potestad prorrogada o rehabilitada, y que para evitar la enumeración casuística se optó por una fórmula más general.

Por otra parte, Rey Portolés indicaba una serie de dudas que plantea la solución general y que son las siguientes: la de si el cargo de defensor judicial es una genuina representación legal, la de si debe equipararse a los poderes una persona que si normalmente será aquella a la que corresponda la tutela letigima, también puede ser otro pariente más lejano o un extraño, la de si debe ser de mejor condición un defensor judicial que un tutor que necesitaba autorización del Consejo de familia, hay autorización judicial previa y ulterior, y la de si realmente puede decirse que no es necesaria la intervención judicial, en una partición donde para designar al defensor ya ha debido producirse necesariamente esa intervención. De su estudio nos ocuparemos al justiciar nuestra posición a la situación actual.

En cuanto al argumento de la "voluntas legislatoris", no es cierta la opinión de Rey Portolés, pues la nueva redacción del art. 1.060 de la Ponencia del Congreso fue motivada por la enmienda del "grupo socialista de Cataluña" que propuso la siguiente redacción: "No será necesaria la intervención ni la aprobación judicial cuando los menores estén representados por los padres en la partición o hubiere intervenido en ella defensor judicialmente nombrado". La motivación de la enmienda era evitar el absurdo sistema de duplicidad de nombramiento de defensor y aprobación judicial de la partición: o el Juez nombra a persona de su confianza, y en tal caso sobra la aprobación posterior, o si no lo es, es preferible que no lo nombre y que pase directamente a la aprobación de la partición.

Pero la cuestión se complicó con la Ley de Modificación de la Tutela de 24 de octubre de 1983, tras la cual el art. 271-4 del CC, establece que: "El tutor necesitará autorización judicial: para realizar la partición de la herencia o la división de una cosa común, las cuales, una vez practicadas, requerirán además la aprobación judicial", ya que se ha planteado la duda de dar al cargo de defensor judicial un tratamiento homogéneo tanto si sustituye a los padres o al tutor y no exigir la aprobación judicial de la partición por aplicación del art. 1.060 del CC, o atenerse al contenido del cargo protector sustituido, no exigiendo la aprobación si el defensor sustituye a los padres, y exigiéndola si sustituye al tutor.

La segunda postura fue la seguida por la Circular de la Fiscalía General del Estado de 25 de abril de 1985 la cual, siguiendo la teoría general del contenido y limitaciones del cargo de defensor judicial antes expuesta, dispuso: "El ámbito de la representación del defensor judicial no puede separarse del contenido y límites de la representación legal del tutor, de una parte, porque aún cuando el art. 302 establece que el defensor judicial tendrá las atribuciones que le haya concedido el Juez, estas no podrán exceder de las que la ley confiere al tutor..., y de otra, porque en razón a su naturaleza, el defensor se configura como sustituto provisional del tutor en la representación para actos determinados (arts. 221-2, 299-1.<sup>a</sup> y 2.<sup>a</sup>) o en general (arts. 249 y 256) y lógicamente sus facultades no pueden exceder de las del transitoriamente sustituido".

También pareció seguir esta postura la DGRN en Resolución de 4 de abril de 1986, la cual, tras reconocer que cuando en la partición los menores sujetos a la patria potestad han estado representados por un defensor judicial no es necesaria

la aprobación judicial, añade: "... la indudable antinomia que ahora se produce entre el art. 271-4 y 1.060 hay que referirla exclusivamente al caso en que en la herencia se encuentre interesado un tutelado, pero no afecta al ámbito de representación del defensor judicial que actúa en nombre del menor sometido a la patria potestad".

La Resolución que comentamos de 23 de julio de 1990 se inclina, sin embargo, por la postura del tratamiento homogéneo, fundándose en que: "... el art. 271-4 del CC, al exigir nuevamente aprobación judicial para la partición hecha por el tutor, no puede reputarse sino como excepcional y, por tanto, sujeta a interpretación estricta, no siendo aplicable a aquellas otras instituciones de protección y defensa de menores o incapacitados dotados de entidad propia y con perfiles jurídicos diferenciados como el defensor judicial..., máxime cuando éste no es nombrado con carácter general, como el tutor, sino que se trate de un nombramiento específico para un acto concreto que el Juez ha de valorar al efectuarlo, al objeto de fijar las atribuciones del designado..."

Nosotros entendemos también que no es necesaria en el caso que tratamos la aprobación judicial por las siguientes razones, que constituyen una excepción a la regla general del contenido del cargo del defensor judicial:

1.<sup>a</sup> La propia dicción del art. 1.060 del CC que habla de "menores e incapaces legalmente representados", y el defensor judicial es un representante legal, pues el art. 163 del CC está contenido dentro del cap. II del libro I del Código Civil que tiene la rúbrica "la representación legal de los hijos" y también será representante legal de los pupilos dada la naturaleza unitaria del cargo de defensor judicial y la dicción del art. 299 del CC que habla de nombramiento de un defensor judicial que "*represente y ampara*".

No es admisible negar al defensor judicial el carácter de representante legal, como alguien ha dicho, porque la investidura del cargo sea judicial. El Juez, dentro de las exigencias legales, pero con amplio arbitrio, confiere el cargo a la persona propuesta, pero es la ley la que, como dice Casasús Homet, establece la institución del defensor como representante, de modo análogo al que los herederos abintestato son "legales" llamados por la ley, aunque sea el Juez quien declare quiénes ostentan tal carácter.

2.<sup>a</sup> La *ratio legis* del art. 271 del CC, pues si la ley en principio, como dice Florensa Tomás, atribuye al tutor unas facultades amplísimas, análogas a las otorgadas a los padres, resulta lógico que algunas, cuando deban ser ejercidas y por su transcendencia, estén sometidas a la intervención y aprobación del Juez, y a esto responde la norma del art. 271-4 del CC.

Por el contrario, la competencia del defensor judicial está limitada, en origen, y en virtud de su nombramiento a un asunto determinado (la partición), recibiendo de la autoridad judicial un poder concreto relativo a una acto asimismo concreto, por lo que no será necesaria aquella autorización requerida al tutor, pues el Juez al conferir el cargo debe haber sopesado las circunstancias concretas de la actuación que va a realizar el designado y ello podría equipararse a una aprobación judicial previa de lo actuado e implica, desde luego, la autorización.

3.<sup>a</sup> La antinomia entre el art. 271-4.<sup>a</sup> del CC y el art. 1.060 del mismo cuerpo legal, que debe resolverse en el sentido, no de que la norma posterior (art. 271-4.<sup>a</sup>) deroga a la anterior, sino en el sentido que el art. 271-4 es una norma específica aplicable únicamente al tutor y debe interpretarse restrictivamente, y el art. 1.060 es la norma general aplicable a los demás cargos protectores que conlleven representación legal y, concretamente, al defensor judicial.

Si el legislador hubiera querido extender al defensor judicial las limitaciones establecidas para los tutores, hubiera, en la reforma de 24 de octubre de 1983, modificado el art. 1.060 del CC, o introducido una norma expresa para el defensor igual a la del art. 271-4 del tutor, o establecido una remisión como respecto a las causas de inhabilidad, excusa o remoción hace el art. 301; pero no hace nada de eso y se limita a exigir al defensor la rendición de cuentas de su gestión una vez concluida (art. 302) y, en ningún momento puede asimilarse esta rendición de cuentas a la exigencia de una posterior aprobación judicial, porque no afecta a la eficacia de los actos concluidos por el defensor judicial, sino únicamente a la posible responsabilidad de éste.

4.<sup>a</sup> La necesidad de agilizar y simplificar el tráfico jurídico, pues como hemos dicho más arriba, al hablar de la enmienda del grupo "Socialistas de Cataluña", o el Juez nombra defensor a una persona de su confianza sin necesidad de aprobación ulterior, o si no es mejor que no la nombre y se proceda a una partición judicial, habiéndose inclinado el legislador por la primera al no modificar el art. 1.060 en la última reforma.

De todo lo expuesto podemos sacar las siguientes conclusiones:

1.<sup>a</sup> En las particiones hereditarias en que los menores o incapacitados estén representados por sus padres o por uno de ellos, si la contraposición de intereses afecta sólo al otro, no es necesaria la aprobación judicial por aplicación del art. 1.060 del CC.

2.<sup>a</sup> En las particiones hereditarias en que los menores o incapacitados estén sujetos a tutela, y representados por el tutor, si es necesaria la aprobación judicial por aplicación del art. 271-4 del CC.

3.<sup>a</sup> En las particiones hereditarias en que los menores o incapacitados estén representados por defensor judicial, tanto si es por contraposición de intereses con los padres o lo es con el tutor, no es necesaria la aprobación judicial, en el primer caso por aplicación del art. 1.060 del CC y en el segundo por aplicación de dicho artículo y de los argumentos ya expuestos.

Por último, conviene indicar, como hacen Lacruz Berdejo y Díez Picazo, que la no necesidad de aprobación judicial se refiere solamente a la "partición", entendiendo por tal aquellas operaciones que la constituyen (inventario, avalúo, colación, fijación de haberes y adjudicaciones propiamente dichas), ya que lo que excediere del concepto pura y estrictamente particional (ej. adjudicaciones para pago de deudas, excesos de adjudicación abonados en dinero, etc.) estarían sujetos al requisito de la autorización judicial que el art. 166 del CC *in fine* exige a los padres y el art. 271 a los tutores, y que lógicamente debe exigirse también al defensor judicial, salvo que el Juez en uso de las atribuciones que le confiere el art. 302 del CC, al conferir el cargo de defensor le facultara expresamente para tales actos.

**EFFECTOS DE LA RETROACCION DE LA DECLARACION DE QUIEBRA DEL HIPOTECANTE. NO ES OBSTACULO PARA INSCRIBIR LA ADJUDICACION DE LA FINCA EN EL PROCEDIMIENTO EJECUTIVO DEL ART. 131 DE LA LEY HIPOTECARIA, SIN PERJUICIO DE LOS EVENTUALES DERECHOS DE LA MASA DE LA QUIEBRA (RESOLUCIONES DE 7, 8 Y 14 DE NOVIEMBRE DE 1990).**

A) *Resolución de 7 de noviembre de 1990*

## HECHOS

### I

El Juzgado de Primera Instancia número 2 de los de Valencia, pronunció auto, con fecha 18 de julio de 1986, en cuya virtud se declaró en estado de quiebra necesaria a la Entidad "La Papelera del Pilar y Levantina, Sociedad Anónima", con domicilio social en Valencia, camino de las Moreras, número 13, retrotrayéndose los efectos de la quiebra al día 19 de febrero de 1985, fecha en que se aprobó el Convenio de la Suspensión de Pagos de dicha Sociedad. El Magistrado-Juez del citado Juzgado de Primera Instancia libró mandamiento al señor Registrador número 4 de Valencia a fin de que procediera a la cancelación de cuantos asientos e inscripciones se hubieran practicado sobre la finca registral número 17.722 (hoy 44.450/N) de dicho Registro, con posterioridad a la fecha de declaración de retroacción de la quiebra de "La Papelera del Pilar y Levantina, Sociedad Anónima".

### II

Presentado dicho mandamiento judicial en el Registro de la Propiedad número 4 de Valencia, fue calificado con la siguiente nota: "Examinado el precedente mandamiento presentado el día 8 del corriente mes, se deniega la práctica de las cancelaciones que en él se decretan porque, presentando la finca registral 17.722 (luego 44.450/N) a que afecta la siguiente situación tabular: Una anotación preventiva de embargo sobre toda ella a favor del 'Banco de Financiación Industrial, Sociedad Anónima', dos segregaciones de 555 y 3.779 metros cuadrados, respectivamente, que han dado lugar al nacimiento de las fincas registrales 48.575 y 48.577, ambas transmitidas acto seguido por venta a 'Inmobiliaria Industrial de Navarra, Sociedad Anónima', de la segunda de las cuales su titular aún ha segregado 1.112 metros cuadrados originando la fincas 50.167; una anotación preventiva de embargo a favor del Estado sobre el resto de 9.206,23 metros cuadrados de cabida inscrita; una hipoteca sobre dicho resto a favor de la 'Compañía Internacional de Plantas Papeleras' (COINPASA), y dos anotaciones preventivas de embargo más sobre el mismo resto a favor de una larga lista de personas por reclamaciones salariales e indemnización, respectivamente, a) respecto de las dos fincas segregadas y transmitidas no consta que su titular haya sido demandada dentro del procedimiento oportuno a fin de que la inexactitud registral derivada de la pretendida ineficacia de su título adquisitivo pueda ser rectificada registralmente (arts. 40, d) y 82.1 de la Ley Hipotecaria); b) respecto de la hipoteca afectante al resto de la finca en cuestión, tampoco consta que su titular haya consentido la cancelación o haya sido parte en el proceso oportuno dirigido a



declarar la pretendida inexactitud registral *ex título* de su asiento o al menos lo haya sido o debido ser en el proceso universal del que dimana la orden cancelatoria (arts. 40 *d*) y 82.1 de la Ley Hipotecaria); *c*) respecto a la anotación afectante a toda la finca y de las recayentes sobre su resto, no consta la resolución ejecutoria que fundamente la extinción —fuera de la fase de ejecución patrimonial de la masa— de aquellas medidas cautelares, pues en el auto de declaración de la quiebra contenido en el mandamiento al que se remite el ahora calificado no se ordena en ningún momento, ni tendría sentido que se ordenara, la cancelación de las anotaciones obtenidas en los procesos o expedientes hasta entonces en curso (arts. 83.1 de la Ley Hipotecaria y 174.3 de su Reglamento), y *d*) respecto de todos los asientos relacionados en los apartados *a*), *b*) y *c*) anteriores, no expresarse con precisión absoluta los datos registrales identificativos de los que ahora se ordena cancelar, como declaró la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 28 de febrero de 1977 (*Boletín Oficial del Estado*, de 26 de marzo) y se deduce también, analógicamente, de los artículos 175.2.ª, 3 y 233 del Reglamento Hipotecario. Mientras que este último defecto se califica de subsanable, los señalados en los apartados *a*), *b*) y *c*) se consideran insubsanables e impeditivos de que se pudiera tomar anotación preventiva conforme al artículo 42.9.ª de la Ley Hipotecaria.

Valencia, 22 de abril de 1987.—El Registrador.—Juan Manuel Rey Portolés”.

### III

El Procurador de los Tribunales don Francisco Roca Ayora, en representación de la Sindicatura de Quiebra de “La Papelera del Pilar y Levantina, Sociedad Anónima”, interpuso recurso gubernativo contra la anterior calificación y alegó: Que anteriormente se había presentado ante el mismo Registro mandamiento de 18 de julio de 1986 por el que se practicó la anotación de quiebra que se ordenaba, pero se había realizado únicamente en cuanto al resto de la finca número 44.450, sin tener en cuenta que la misma había sido objeto de posteriores segregaciones y, sin que, por tanto, tal anotación hubiese surtido efecto frente a las que de aquellas nacieron por causa de cada segregación (fincas registrales números 48.577 y 48.575). Como consecuencia de lo expuesto, se solicitó al Juzgado la expedición del oportuno mandamiento, sobre el que se emite la calificación que se recurre, donde se hace referencia a dichas segregaciones y a otras inscripciones o anotaciones que se contemplan en aquella. Que según resulta de dicho mandamiento, se trataba de hacer valer la retroacción de la quiebra en dicho Registro y en relación con la finca 44.450, propiedad en su día de la sociedad quebrada y que, según certifica dicho Registrador, aparece inscrita a favor de terceras personas, planteándose, pues, el conflicto de intereses existentes entre la actuación de los representantes de la Entidad quebrada y el de sus propios acreedores, todo ello en relación con los efectos judiciales que produce la retroacción de la quiebra de la referida Entidad, cuyo período afecta a actos de sus representantes con terceras personas, cuyos derechos aparecen inscritos en el Registro. Hay, pues, dos diferentes problemas, aunque con muy parecido planteamiento jurídico: Uno de ellos se refiere a la transmisión, previa segregación, efectuada por la antigua propietaria en favor de “Inmobiliaria Industrial Navarra, Sociedad Anónima”, en segundo lugar, la hipoteca constituida sobre el resto de la finca matriz a favor de la Compañía Internacional de Plantas Papeleas. Además, existen sendas anotaciones de embargo de terceros sobre la finca

matriz, que plantean problemas de diferente entidad. El problema se dará, pues, frente a dos transmisiones y una hipoteca efectuadas a favor de quienes puedan considerarse terceros de buena fe, frente a los acreedores de la Entidad quebrada y en cuanto a la fecha de retroacción fijada por el Juzgado en el juicio universal de quiebra, que nos ocupa. Que, sin perjuicio de lo anterior, el señor Registrador no tiene en cuenta en su calificación, pese a que resulta del Registro, que, primeiramente se tomó anotación preventiva de la declaración de suspensión de pagos número 1.705/1984, del Juzgado de Primera Instancia número 2 de los de Valencia, y que después se aprobó el correspondiente Convenio, en virtud del cual se establecían unos periodos de pago que en caso de incumplimiento daría lugar a la liquidación del patrimonio de la Sociedad quebrada, para lo que incluso se designaba una Comisión Liquidadora en relación con el total patrimonio de dicha Sociedad, razón por la que no puede pensarse que hayan sido llamados a engaño por la publicidad registral de titularidad los presuntos o pretendidos terceros adquirentes del inmueble, y los bienes se adquieren o hipotecan sin que conste el cumplimiento del Convenio, sino que, por el contrario, la Sociedad quebrada se encontraba en el periodo intermedio de carencia fijado al respecto, si la publicidad que el Registro otorga es variable, lo que se está haciendo es tergiversar uno de los principales fundamentos de los Registros de la Propiedad, cual es el de publicidad en sí misma atentándose, además, el principio general de seguridad jurídica; así pues, se entiende que dicha publicidad afecta a terceros adquirentes y, por tanto, no les afecta la protección que la ley concede al tercero de buena fe, en virtud del artículo 20 de la Ley Hipotecaria. Cuando antecede resulta del testimonio del mandamiento dirigido por el Juzgado de Primera Instancia número 2 de Valencia, al Registro de la Propiedad número 4 de los de Valencia, sin perjuicio de lo cual y junto con su informe, deberá aportar el Registrador encargado del mismo, testimonio de los asientos practicados en aquél, respecto de la finca mencionada, en cuanto se refiere a la solicitud de declaración de suspensión de pagos de la Entidad hoy quebrada, del Convenio aprobado en dicho expediente judicial y de la totalidad de los asientos practicados con posterioridad, hasta el momento presente, todos ellos literales del contenido del Registro, a los propios fines de poder comprobar con exactitud cuanto se refiere en los hechos que preceden, inclusive en relación con aquellas fincas que se segregaron de la finca matriz 44.450 (antes 17.722), a que se refiere la calificación recurrida. Que, como consencuencia de cuanto antecede, dos son los defectos que esta parte considera imputables a la calificación del señor Registrador: 1.º, la omisión que se ha indicado, que afecta al contenido de su calificación en cuanto a la publicidad dada por el propio Registro de la declaración y al Convenio de suspensión de pagos de la Entidad "La Papelera del Pilar y Levantina, Sociedad Anónima"; 2.º, se conculca gravemente el principio de retroacción de las quiebras legalmente establecido, sin paliativo de ninguna índole, salvo en los actos habituales de comercio. Por otro lado, debe ponerse de manifiesto que el mandamiento calificado cumple con todos los requisitos establecidos tanto en la legislación vigente, como en las resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado, para su validez y eficacia en cuanto a su inscripción o anotación pertinente. El problema estriba en que se ha actuado incorrectamente en contra de la normativa legal y de las resoluciones que la interpretan, produciendo unos perjuicios que incluso podrían llegar a ser irreparables, creándose unas expectativas de propiedad o derechos, peligrosos para todos, que más vale deshacer para evitar nuevos posibles perjuicios a otros más, que nunca podrían ser terceros de buena fe. Que el problema surge de la aparen-

te contradicción existente entre el resultado de la aplicación de la norma del Código de Comercio, en cuanto a la retroacción de las quiebras se refiere, y la de los artículos 20 y 34 de Ley Hipotecaria; y se opina que no existe tal contradicción, dado que, por el contrario, se produce una clara relación de subordinación entre una norma y otra y se considera que se produce una interferencia entre órganos puramente administrativos frente a los judiciales, como si entre ambos hubiese una relación de igualdad, cuando, por el contrario, dicha relación es de subordinación de los primeros a los segundos, no sólo por aplicación del artículo 1 de la Ley Hipotecaria, sino también a tenor de lo dispuesto sobre la tutela judicial efectiva del artículo 24 de la Constitución Española. Que únicamente cabría admitir, con carácter subsidiario, el defecto que se apunta en el apartado d) de la calificación recurrida, considerándose ineficaces, por contrarios a derechos, los apartados a), b) y c) de dicha calificación. Sin perjuicio de lo anterior, se debe destacar que aún cuando pueda pretenderse el carácter de simple anotación que se da al asiento que se practica en cuanto al Auto de Declaración de Quiebra, se entiende que este asiento, sin perjuicio de su carácter, habría de producir la anulación o cancelación de los asientos en contradicción con él, por lo que, en definitiva, no se trata de una simple anotación preventiva de las previstas en el artículo 42 de la Ley Hipotecaria, en relación con el artículo 142 de su Reglamento, sino que, sin perjuicio de ello, el efecto que se produciría sería mucho más amplio por lo dispuesto en el artículo 82 de la propia ley y en virtud de la declaración judicial que se contiene en el mandamiento objeto de la calificación que ahora se recurre y por lo dispuesto en el último punto del artículo 1.º de la ley. Nos encontramos quizá ante una interpretación excesivamente formalista de unas disposiciones de carácter procesal-registral, que carecen de sentido y que no pueden ser defendidas frente a normas sustantivas y de rango superior, por razón del propio procedimiento judicial para el que nacieron pues en caso contrario, parecería como si las normas sustantivas reguladas en los diferentes cuerpos legales, fuesen de diferente condición para los títulos inscritos, salvo en aquella y especiales circunstancias en que la Ley Hipotecaria previene lo contrario, excepcionalmente, y con la salvedad también de que la propia norma principal prevea otra cosa. Que como fundamentos de derecho, hay que señalar: 1.º, los artículos 142 y 166.4.º del Reglamento Hipotecario, en relación con los artículos 2, número 4, y por analogía también con el artículo 45 de Ley Hipotecaria, en cuanto establece los efectos de la anotación preventiva como forma de inscripción de las suspensiones de pagos y, en su caso, de las declaraciones de quiebra frente a terceros, por efecto de lo establecido en los artículos 42 y siguientes de la repetida ley. En definitiva, practicada la anotación preventiva de suspensión de pagos, así como la de su Convenio aprobado en ella, surtirá plenos efectos frente a terceros, que nunca podrán alegar los derechos que les otorga el artículo 34 de la Ley Hipotecaria, como terceros de buena fe. En este sentido hay que citar las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 11 de noviembre de 1975 y 6 de abril de 1987; 2.º, el artículo 878, párrafo segundo, del Código de Comercio vigente. Cuando la ley ha querido anular los efectos de la citada disposición, lo ha hecho de forma clara, como sucede en la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario, en su artículo 10. Así que, la norma general aplicable al caso, es la de nulidad radical de todo lo actuado, sin excepción, salvo que se trate de actos propios del comercio del quebrado y esto por interpretación del Tribunal Supremo, produciendo efectos *erga omnes*, y sin que frente al mandato legal se pueda nunca oponer el carácter de tercero de buena fe. Es reiteradísima la jurisprudencia

aplicable al caso y hay que destacar: las Sentencias del Tribunal Supremo de 12 de julio de 1984, 9 de diciembre de 1981 y 7 de marzo de 1931; el Auto de la Audiencia Territorial de Valencia, Sala Segunda, de 6 de junio de 1974; el Auto de 11 de diciembre de 1986; el propio Juez ordenante del mandamiento cuya anotación se ha denegado en la Quiebra número 131/1986; y, por último, la doctrina se manifiesta de igual manera. Todo cuando antecede se ratifica por la Resolución de 28 de febrero de 1977, que admite la eficacia de la retroacción, siempre y cuando en el mandamiento correspondiente se contengan los requisitos que en ella se establecen; 3.º, los artículos 33 y 37 de la Ley Hipotecaria, en relación con lo dispuesto en los artículos 1.293 y 1.297 y siguientes del Código Civil. La calificación registral olvida el carácter de juicio universal que la quiebra tiene; 4.º, los artículos 20 y 34 de la Ley Hipotecaria y la Resolución de 20 de enero de 1986, no son debida y correctamente aplicados por calificación objeto del presente recurso; 5.º, el artículo 18 de la Ley Hipotecaria, pues se considera que el Registrador se ha extralimitado en sus facultades de calificación, al no tener autoridad para calificar los documentos judiciales. En este sentido cabe citar la Resolución de 25 de mayo de 1948.

#### IV

El Registrador de la Propiedad, en defensa de su nota, informó: Que el título objeto de calificación fue un mandamiento judicial, por el que no se pretendía la anotación de declaración de quiebra alguna, sino la práctica de la cancelación de cuantos asientos e inscripciones se hubieran practicado con posterioridad a la fecha de declaración de retroacción de la quiebra de referencia, en relación, había que suponer, con la finca total número 17.722 y sus derivadas. Que dicha inexactitud no es la única que se padece en la exposición de hechos del recurrente, por tanto, se procede a fijar los hechos realmente ocurridos lo que al mismo tiempo servirá de resumen del historial jurídico de la finca matriz y filiales afectadas por el presente recurso: 1.º, la finca registral número 17.722 del Registro número 4 de Valencia, se convirtió en la finca 44.450 de dicho Registro al inscribirse la aportación que de ella y favor de "La Papelera del Pilar y Levantina, Sociedad Anónima", hizo la Entidad mercantil "La Papelera Levantina, Sociedad Anónima", como pago de suscripción de nuevas acciones en el aumento de capital efectuado por la primera Sociedad citada; 2.º, por anotación letra C, de dicha finca 44.450, se hizo constar la providencia por la que se tuvo por solicitada la situación de suspensión de pagos de "La Papelera del Pilar y Levantina, Sociedad Anónima", con indicación de los interventores nombrados y de las demás menciones propias de este tipo de asientos; 3.º, posteriormente, a través de la anotación de la letra D, se reflejó el hecho de que dentro del expediente de suspensión de pagos que había llegado a la aprobación de un convenio que le ponía fin y al que, una vez homologado judicialmente, se daba la debida publicidad de que hablan los artículos 17 y 19 de la Ley de Suspensión de Pagos; 4.º, el contenido del referido convenio se estructuraba en diez apartados o artículos de los que ahora sólo interesa subrayar que, amén de conceder una espera general y una quita eventual en los créditos de los acreedores, proveían: Artículo 6.º Que "durante la vigencia del convenio 'La Papelera del Pilar y Levantina, Sociedad Anónima', seguirá ostentando la Administración y Dirección de sus negocios a través de sus propios órganos de gestión, sin perjuicio de la Comisión de Seguimiento" que a continuación se estructuraba y a la que se encomendaba funda-

mentalmente "la supervisión del cumplimiento del Convenio y, en su caso, la liquidación de la Sociedad suspensa". Artículo 7.º Que en el caso de que la Entidad suspensa no cumpliera los nuevos plazos de pago convenidos con la Comisión de Seguimiento quedaría automáticamente constituida en Comisión Liquidadora y procedería a la venta de todos los elementos del activo de "La Papelera del Pilar y Levantina, Sociedad Anónima", quedado ésta obligada para ello a otorgar los más amplios poderes de Administración y disposición en favor de aquella Comisión reconvertida en Liquidadora. Artículo 10. Que aprobado y firme el Convenio quedaba "ultimado" el expediente de suspensión de pagos y que ni el mismo podría rescindir ni podía declararse la quiebra de la Sociedad al tenerse acordada para, en su caso y momento, la fórmula liquidadora del patrimonio social a través de la eventual Comisión Liquidadora dicha. 5.º Bajo la vigencia de dicho contenido registral en la citada finca 44.450 y en el Libro de Incapacitados, "La Papelera del Pilar y Levantina, Sociedad Anónima", procedió a la segregación y venta de las nuevas fincas Registrales, surgidas de aquellas, números 48.575 y 48.577. La Entidad mercantil "Inmobiliaria Industrial de Navarra, Sociedad Anónima", adquirió las dos fincas mediante escritura otorgada ante el Notario de Valencia don Carlos Salto Dolla, el día 25 de julio de 1985 y el Registrador que firmó las inscripciones de segregación y transferencias, a través de un juicio ponderado de asiento del Convenio, consideró, que al igual que se declaró en la Resolución de 20 de septiembre de 1983, no había obstáculo para practicar las inscripciones porque la Sociedad vendedora no presentaba entonces ninguna restricción en su capacidad dispositiva, no ocurriendo como en el caso de la Resolución de 11 de noviembre de 1975. El Registrador antecesor al suscribir la inscripción citada ni siquiera consideró que la anotación del convenio constituyese una carga que debía arrastrarse al historial de las nuevas fincas, pues consideró que el convenio letra D sería sólo, en este caso, para extinguir la previa situación inhabilitadora de suspensión de pagos anunciada por la anotación letra C, sin sustituirla por ninguna otra que supusiese restricción coetánea de los plenos y libérrimos poderes dispositivos de la hasta entonces suspensa. 6.º En cualquier caso, nos encontramos ante dos inscripciones, las primeras de las fincas 48.575 y 48.577, que se hallan bajo la salvaguardia de los Tribunales (art. 1.º, párrafo 3, de la Ley Hipotecaria), y cuyos apartados de cargas, expresados en cumplimiento de la regla 7.ª del artículo 51 del Reglamento Hipotecario, no son ni mucho menos decisivas a efectos de establecer las que realmente afectan a las fincas en cuestión, según su historial, de acuerdo con la constante jurisprudencia de la Dirección General de los Registros y del Notariado. 7.º De la registral 48.577 su titular ha efectuado una nueva segregación de una parcela de terreno que como registral 50.167 siendo la única porción de la gran finca originaria que ha sido voluntariamente liberada de un embargo a favor del "Banco de Financiación Industrial, Sociedad Anónima". 8.º Volviendo al historial de la finca 44.450, que sigue perteneciendo a "La Papelera del Pilar y Levantina, Sociedad Anónima", que como se ha dicho estaba gravada con el embargo antes citado, anotación letra A, por un lado, se vio afectada por un nuevo embargo anotación letra F, a favor del Estado y por otro, fue objeto de determinación de resto y simultánea hipoteca a favor de la "Compañía Internacional de Plantas Papeleras, Sociedad Anónima" (COINPASA), mediante escritura otorgada el día 17 de julio de 1985, ante el Notario de Valencia señor Salto Dolla que provocó la inscripción 2.ª de la finca en cuestión. 9.º Siguiendo con la cronología del susodicho resto de la registral 44.450, todavía fue objeto de dos anotaciones preventivas de embargo, letra G y H, a favor ambas de una larga lista de personas

físicas no absolutamente idénticas en una y otra, decretadas por las Magistraturas de Trabajo número 8 y 9 de Valencia, respectivamente, en actuaciones seguidas en un caso para reclamación de salarios y en otro para reclamación de indemnización por despido, antes de que se presentase el 18 de julio de 1986 el primer mandamiento derivado de los autos 749/1986 del Juzgado de Primera Instancia número 2 de los de Valencia por el que se ordenaba anotar el Auto no firme de declaración en estado de quiebra necesaria de la mercantil "La Papelera del Pilar y Levantina, Sociedad Anónima", el cual retrotraía los efectos de la quiebra "al día 19 de febrero de 1985, fecha en que se aprobó el Convenio de Suspensión de Pagos y con la calidad de por ahora y sin perjuicio de tercero". Dicha situación de inhabilidad o incapacidad recibió la correspondiente publicidad registral, en cuanto al resto de referencia, a través de la anotación preventiva de quiebra letra I. 10. Por último, el día 8 de abril de 1987 se presenta un nuevo mandamiento del Juzgado que está entendiendo la quiebra de "La Papelera del Pilar y Levantina, Sociedad Anónima", al que se acompaña por inserción testimoniada el que provocó la anotación de la quiebra sobre la finca resto y que ordena no la misma anotación de quiebra sobre todas las fincas segregadas inmediata o mediatamente de la 44.450, sino una imprecisa cancelación, como se ha dicho anteriormente. Este segundo mandamiento es el que merece la nota denegatoria, impugnada a través del presente recurso. Que son dos las cuestiones básicas que es inevitable elucidar en el recurso contemplado: a) Por un lado, debe despejarse el modo de efectuación, especialmente en el ámbito registral, de la ineficacia decretada por el párrafo segundo del artículo 878 del Código de Comercio para determinados actos del quebrado; debiéndose tener en cuenta en esta cuestión la Resolución de 28 de febrero de 1977; b) Por otro, debe profundizarse en el sentido y alcance de los asientos publicadores de convenios acordados en expedientes de suspensiones de pagos, cuando no contienen restricciones, por lo menos actuales, en la capacidad de obrar del hasta entonces suspenso. En este tema sirven de orientación las Resoluciones de 11 de noviembre de 1975 a contrario sensu y 20 de septiembre de 1983. Que en la primera cuestión toman partido sustantivo los defectos a), b) y c) de la nota de calificación. Pero antes hay que destacar que si constituye un defecto suspensivo de la múltiple cancelación pretendida el defecto d), fundado en la Resolución de 28 de febrero de 1977 y en la *analogía legis* deducida del artículo 233 del Reglamento Hipotecario, al que remite la regla 2.ª del artículo 175 del mismo, y el anterior precepto exige la referencia expresa al número, letra, folio y tomo donde consten los asientos a cancelar y en el caso aquí controvertido habrá de concretarse la reseña registral de los asientos, tomándola de cualquier certificación aportada a autos por el instante de la cancelación (la Sindicatura normalmente). También se pueden citar otros muchos preceptos en que se adivina implícita la exigencia de precisión en las cancelaciones (arts. 210.9.ª de la Ley Hipotecaria y 286 de su Reglamento, etc.). Que en ningún momento la calificación ha cuestionado que los actos de la Entidad quebrada posteriores a la fecha de retroacción adolecen de ineficacia, sino que lo único que se ha objetado es el modo expeditivo y sin garantías mediante el que se ha intentado hacer valer esa ineficacia frente a titulares registrales indefensos. Pero hay que señalar: 1. Que en Derecho no hay nada inconcuso y que son varias las teorías doctrinales sobre el alcance del artículo 878 del Código de Comercio, y cabe señalar: la teoría de la nulidad absoluta, pero convalidable o subsanable y con restitución íntegra y simultánea de la contraprestación a los contratantes afectados (*ex* artículo 1.303 del Código Civil), la teoría de la anulabilidad de los actos del quebrado posteriores a la declaración

de quiebra (art. 878.1.º del Código de Comercio), y de la rescisión de los realizados antes de la declaración de quiebra, pero dentro del período de retroacción (art. 878.2.º del Código de Comercio), y la teoría de la inanidad del artículo 878 del Código de Comercio, según la cual éste no contendría más que una declaración de principio sin otra trascendencia y alcance que el desarrollo dado al mismo en los artículos 879 y 882 y siguientes. 2. La doctrina también se divide en cuanto al mecanismo de efectucción de la ineficacia decretada por el artículo 878 del Código de Comercio. 3. El Derecho comparado y el constituyente interno se orienta en la línea de salvaguardia del derecho de defensa de los que contrataron con el quebrado y nuestro legislador de futuro no innovando, sino cristalizando lo que hoy se desprende del espíritu y aún de la letra bien entendida de nuestras leyes, no autorizada a decretar una nulidad o anulabilidad de ninguna relación jurídica en que hubiera intervenido el quebrado, sin que haya tenido oportunidad de defenderse frente a ella la contraparte afectada por el pronunciamiento de ineficacia (confróntese el anteproyecto de la Ley Concursal de 1983). Lo contrario habría sido incidir en vicio de inconstitucionalidad en virtud de lo establecido en el artículo 24 de la Constitución Española. 4. La jurisprudencia registral respalda la nota de calificación, siendo la Resolución de 28 de febrero de 1977 el único pronunciamiento directo sobre un supuesto prácticamente idéntico al aquí suscitado. Así también dicha Resolución evidencia cuan infundado es el reproche de extralimitación en la calificación registral que se contiene en el escrito de interposición de este recurso en el fundamento de derecho quinto y en el mismo sentido caben citar las Resoluciones más recientes de 23 de agosto de 1983, 26 de junio de 1986 y 28 de enero de 1987, entre otras. 5. Una de las consecuencias sustantivo-procesales que despliega el llamado principio de legitimación registral, es que las titularidades inscritas en el Registro de la Propiedad gozan de un singular privilegio: el de no poder ser rectificadas en caso de inexactitud sin la observancia de unos rigurosos requisitos. La reforma hipotecaria de 1944-1946 introdujo la noción de inexactitud registral, definiéndose en el artículo 39 de la Ley Hipotecaria, luego al desarrollar las múltiples causas provocadoras de aquella, estableció la letra *d*) del artículo 40 de dicha ley (en nuestro caso, por hipótesis de la nulidad inapelablemente decretada por el artículo 878.2 del Código de Comercio), y concluye dicho apartado estableciendo los requisitos para recificar esa inexactitud. Y por último, dicho artículo, en su párrafo sexto, establece los trámites para el caso en que haya de solicitarse judicialmente la rectificación. Así, desde el 1 de enero de 1945, en que entró en vigor la Ley de Reforma Hipotecaria de 30 de diciembre de 1944, cualquier ineficacia que afecta a un título inscrito y ya sea impuesta por la Ley Civil o Mercantil, no podrá conllevar la rectificación de su reflejo registral, sin que la misma sea impuesta a través de un proceso declarativo en el que se haya dirigido la demanda contra el titular registral. En nuestro caso, el juicio de quiebra se resiste a la catalogación de declarativo por su índole universal y regulación *sui generis*, pero no ofrece ninguna duda que dentro del mismo no se ha dirigido ninguna demanda contra los titulares de los asientos a cancelar. En vano, el recurrente intenta invocar el carácter universal del juicio de quiebra y la potencial vocación a cuantos pudieran verse involucrados en él. Lo que el artículo 40 de la Ley Hipotecaria exige es que el titular registral haya sido demandado realmente y que lo haya sido de modo específico en cada caso por el órgano legitimado para ello, conforme al artículo 1.366 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, a saber, los Síndicos de la Quiebra. 6. Adquieren así máximo sentido los términos de la nota de calificación en sus partados *a*), *b*) y *c*). La nota reprocha

el que no conste la resolución ejecutoria que fundamente la extinción de las medidas cautelares en que todas las anotaciones preventivas relacionadas consisten. El párrafo primero del artículo 85 de la Ley Hipotecaria prevé lo expresado anteriormente. La resolución ejecutoria que se echa en falta y que, si se considera aplicable el artículo 165 del Reglamento Hipotecario, debiera haberse reproducido literalmente en el mandamiento calificado, no puede normalmente ser el auto de declaración de quiebra, pues en el mismo no se ordena ninguna cancelación en el artículo 1.049 del Código de Comercio de 1829, al que se remite el artículo 1.333 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, prevé lógicamente que se ordene cualquiera que sea la resolución fundamentadora del mandamiento cancelatorio, difícilmente podría atreverse a ordenar, con respaldo legal, la cancelación de anotaciones obtenidas en procedimiento o procesos que gozan del privilegio de ejecución separada; citándose al respecto los artículos 136 de la Ley General Tributaria, 34 de la Ley General Presupuestaria, 93.2 del Reglamento General de Recaudación y el apartado 5 del artículo 32 del Estatuto de los Trabajadores. Es conocida la doctrina sentada por numerosos decretos resolutorios de conflictos de jurisdicciones, a partir de 21 de mayo de 1970, que en la colisión Juez-civil-órgano administrativo apremiante, atribuye la facultad para seguir adelante con la ejecución a la autoridad que primero embargó el bien cuestionado. En el caso de este recurso, las anotaciones F, G y H de la finca 44.450, son cronológicamente anteriores a la anotación letra I de declaración de quiebra y se considera atrevido ordenar ciegamente la cancelación de unas trabas que la más alta Magistratura de la Nación (hoy también Sala Especial de conflictos jurisdiccionales), está cansada de repetir que tienen derecho a seguir como tales en tanto no se haga valer preferencia sustantiva sobre ellas por el procedimiento oportuno. En resumen, sólo si por ultimación de la quiebra los sindicatos procedieran a la enajenación de los bienes de la masa, tendría sentido que, acompañándose la oportuna resolución que lo fundamente, se ordenase la cancelación de las anotaciones preventivas de embargo ordinarias que incidan sobre los bienes, en cambio, sería muy problemático y la resolución que se echa en falta habría de justificar muy claramente su prioridad cronológica en la traba o sujeción de la finca, que se pudieran cancelar las anotaciones anteriores por débitos dotados del privilegio de ejecución separada. Que entrando a estudiar la segunda cuestión expuesta, la del sentido y alcance de los asientos publicitarios de convenios acordados en expedientes de suspensión de pagos, hay que reconocer que la misma le presta al supuesto de hecho aquí controvertido una singular complejidad y especificidad y que el problema está bastante huérfano de regulación positiva y es más difícil encontrarle una solución segura. Lo único claro es que el expediente de suspensión de pagos está todo él dirigido a la obtención de un Convenio, artículos 14 a 19 de la Ley de 26 de julio de 1922. A la vista de la inseguridad normativa, según la doctrina, el recurrente ha debido creer que cualquier solución es defendible y que por haber logrado la anotación de un convenio, todos los asientos registrales practicados a continuación se encuentran a merced de la Sindicatura de la Quiebra subsiguiente a la suspensión, cree que su papel es similar al de una anotación preventiva de demanda con pretensión real que va a hacer tabla rasa del ulterior historial registral de la finca en que se publicó el Convenio (art. 198.2 del Reglamento Hipotecario). En este punto, se considera que la concepción del recurrente no es la que mejor armoniza los intereses en juego ni la que prevalece en la escasa jurisprudencia que se ha vertido sobre el tema. Hay que partir de dos bases: 1.ª, que la naturaleza jurídica del convenio no pasa de ser la de un contrato siquiera sea *sui generis* por



su obtención procesal y por deber ser homologado judicialmente y 2.<sup>a</sup>, que el contenido del convenio puede ser muy vario y en función de él hay que analizar su eficacia ulterior. Lo primero es admitido por la doctrina, la jurisprudencia del Tribunal Supremo, Sentencias de 30 de mayo de 1959 y 4 de julio de 1966 y la Resolución de 27 de noviembre de 1974, y aproxima sobremanera el convenio de la suspensión de pagos al convenio regulador de las separaciones conyugales (art. 90 del Código Civil), más que a la transacción y más que a lo convenido en acto de conciliación. Lo cierto es que la eficacia u obligatoriedad del convenio conclusivo de una suspensión parece que le proviene del artículo 1.091 del Código Civil, del que no es sino un remache del artículo 17.1 de la Ley de Suspensión de Pagos, a fin de superar el inconveniente de que no lo hubiese consentido la totalidad de los acreedores. Lo segundo obliga a catalogar los más usuales convenios que ofrece la práctica en cuatro categorías: *a)* Con levantamiento de la inhabilitación de incapacidad de obrar que sufrió el suspenso (Sentencia de 11 de octubre de 1985), y *b)* Con prolongación o perpetuación idéntica (art. 15.1 de la Ley de Suspensión de Pagos), o modifica, de tales restricciones de su capacidad: *a')* Con alcance puramente obligacional, suelen ser los más frecuentes y a esta categoría pertenecen, sin duda, los que acuerdan: Una espera, una quita, el mantenimiento o continuación de la empresa, el propósito de su liquidación mediante simples poderes "a otorgar" o meras prohibiciones de disponer que deben someterse en el Registro al imperativo rechazo del artículo 27 de la Ley Hipotecaria, etc., y *b')* Con implicaciones jurídico-reales inmediatas (daciones en pago o para pago, constituciones de hipotecas del tráfico o de seguridad, etc.). En estos casos para que aquellas mutaciones puedan reflejarse en el Registro, incluso por vía del artículo 2.3.º de la Ley Hipotecaria, se opine que es preciso guardar la forma pública prescrita por las leyes. Así se considera que los convenios encajables en *a)* y *a')* acceden al Registro tan sólo para anunciar que el expediente de suspensión de pagos ha llegado a su fin. En estos casos la anotación (o inscripción) de Convenio es un asiento fundamentalmente extintivo o cancelatorio. En cambio, cuando el convenio es incardinable en *b')*, además de su contenido extintivo, sirve para provocar en el Registro, las mutaciones jurídicas reales pactadas que surtirán sus efectos de acuerdo con las reglas generales, y cuando lo es en *b)* implica, además de la consabida cancelación del expediente de suspensión, un asiento, sea anotación o inscripción, de los contemplados en los artículos 2.4 de la Ley Hipotecaria y 10 de su Reglamento. Pues bien, según lo anterior, es evidente que sólo si el convenio concertado por "La Papelera del Pilar y Levantina, Sociedad Anónima", con sus acreedores hubiera podido encajarse en la categoría *b')* o en la categoría *b)*, habría podido, en el primer caso, gozar de la prioridad sustantiva que le atribuyese el correspondiente asiento y, en el segundo, haber mantenido cerrados los folios registrales a negocios ulteriores con la ayuda del concerbero-registrador, pero no se hizo así, y las consecuencias son únicamente imputables a los redactores de convenio que cándidamente restituye a la Entidad suspensa la Administración y Dirección de sus negocios, sin cortapisa ninguna actual, y contemplando tan sólo una comisión de seguimiento puramente interna y tornable en liquidadora, pero mediante poderes dispositivos "a conferir". Como las limitaciones a la capacidad de obrar son siempre de interpretación restrictiva (Resolución de 6 de abril de 1987), cuando llegaron los actos dispositivos el Registrador de turno no tuvo otra alternativa que franquearles la entrada. En este punto hay que citar la Resolución de 20 de septiembre de 1983. Así, pues, querer que la reintegración de la masa, en vez de mediante acciones de restitución debidamente entabladas, se produzca confi-

riendo efectos taumatúrgicos a una anotación de convenio puramente obligacional supondría un desbordamiento inadmisible del sentido propio de los asientos y la creación de una nueva causa de resolución automática de las inscripciones sin sustento alguno. La anotación de convenio no puede nunca equipararse a una anotación de demanda real.

## V

El ilustrísimo Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia número 2 de los de Valencia informó: Que es indudable que el asiento por el que se publica la existencia y extensión del Convenio recaído en la suspensión de pagos de "La Papelera del Pilar y Levantina, Sociedad Anónima", ante la ausencia de cualquier previsión en la normativa legal sobre su eficacia, constituye una advertencia que destruye no sólo la presunción de buena fe del ulterior adquirente del derecho suscrito a favor del supuesto, sino que además es suficiente para sustentar la presunción contraria, es decir, que tal requirente no lo es de buena fe, y ello incluso en el caso que se restituyera a la Entidad suspensa en las facultades de administrar y dirigir el negocio, siempre que, como en este caso, constara lo establecido en el artículo 6 del Convenio, que se resume en el informe del señor Registrador, siendo accesorio que para ello hubieran de otorgarse los más amplios poderes a favor de la comisión por parte de la supuesta, pues con esta disposición se le estaba imponiendo una obligación a "La Papelera del Pilar y Levantina, Sociedad Anónima", toda vez que el Convenio constituye un contrato con las consecuencias para las partes que le confiere el artículo 1.258 del Código Civil y sin que esto sea motivo para privar a su constancia registral del efecto de publicidad que comporta en el sentido antes aludido. Que no cabe sustraer a la nulidad proclamada en el artículo 878, párrafo segundo, del Código de Comercio, los efectos que han de asociárseles según el artículo 603 del Código Civil dado el carácter imperativo de aquél, dando por reproducida la argumentación contenida en el Auto de 11 de diciembre de 1986, dictado en el procedimiento de quiebra número 131/1986 del Juzgado e Primera Instancia número 2 de los de Valencia, con independencia de que el artículo 33 de la Ley Hipotecaria sienta el principio de que las inscripciones registrales no convalidan los actos o contratos legalmente nulos, sin que quepa entender que la necesidad de la oportuna resolución judicial que fundamente la procedencia de la cancelación de las inscripciones o anotaciones registrales no la cumple aquella resolución que, señalando una fecha de retroacción de la quiebra, está revelando la nulidad *ope legis* de los actos y contratos celebrados por el quebrado después de la fecha dicha. Que se considera procedente el recurso interpuesto por la Sindicatura de la Quiebra de "La Papelera del Pilar y Levantina, Sociedad Anónima", contra la calificación del Registrador de la Propiedad número 4 de los de Valencia.

## VI

El Presidente de la Audiencia Teritorial de Valencia confirmó la nota del Registrador, fundándose en las alegaciones contenidas en el informe de dicho funcionario.

## VII

El Procurador recurrente apeló el auto presidencial, manteniéndose en sus alegaciones y añadió: Que de la simple lectura de las cláusulas del Convenio inscrito se observa que en él se establece un plazo para el pago, con un previo período de carencia, determinándose que en caso de incumplimiento se pasa a una situación de liquidación de los bienes de la Sociedad, para repartir el producto de aquellos entre los acreedores de la entonces Entidad suspensa. Así se puede declarar que, con arreglo a la doctrina reiteradamente sentada por el Tribunal Supremo y por la Dirección General de los Registros y del Notariado, los administradores de la Entidad a que se refiere el Convenio carecen de facultades para otorgar cualesquiera acto de dominio, sin haber acreditado previamente el cumplimiento del Convenio. Lo contrario sería respaldar un acto fraudulento contrario a lo que resulta de los asientos de inscripción practicados en cuanto a cada una de las fincas a que se refiere el recurso, e infringir en su totalidad las normas que para la interpretación de los contratos establece el Código Civil y, en concreto, sus artículos 1.281 y siguientes de dicho Cuerpo legal. Establecía el Convenio inscrito que la Comisión de Seguimiento de su cumplimiento se convertía en liquidadora en el caso de que dicho cumplimiento no se produjese, y fue por eso por lo que los Administradores de la Entidad entonces suspensa, cuando conocieron que aquella no iba a cumplir, que procedieron a liquidar incorrectamente y sin facultades para ello el patrimonio de dicha Entidad.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 24 de la Constitución Española; 1, 20, 34, 38, 40, 66 y 82 de la Ley Hipotecaria; 142, 166.4 y 174 del Reglamento Hipotecario; 878.2.º del Código de Comercio; 1.173, 1.186 y 1.319 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y las Resoluciones de 11 de marzo de 1975, 28 de febrero de 1977, 24 de enero de 1979 y 20 de enero de 1986:

1. En el presente recurso se pretende el despacho de un mandamiento judicial por el que, en virtud del auto declarativo del estado de quiebra necesaria de determinada Entidad, se ordena la cancelación de cuantos asientos registrales se hayan practicado con posterioridad a la fecha de retroacción de los efectos de aquélla, sobre cierta finca que se relaciona.

2. Examinado el historial registral de la finca en cuestión, habrían de quedar afectados por el mandamiento calificado los asientos relativos a dos segregaciones seguidas de enajenación en favor de terceros de las nuevas fincas resultantes, varias anotaciones de embargo por razón de distintas ejecuciones y apremios y una inscripción de hipoteca.

3. La pretensión del recurrente se apoya en la alegación del carácter radical y absoluto de la nulidad derivada del artículo 878.2 del Código de Comercio y consiguiente subordinación a dicho precepto de los artículos 20 y 34 de la Ley Hipotecaria, así como en la consideración de que, con anterioridad a la declaración de la quiebra, el deudor había sido declarado en suspensión de pagos y como el Convenio alcanzado en dicho expediente, en el que se fijaron determinados periodos para el pago voluntario y se previó que su incumplimiento daría lugar a la liquidación del patrimonio del deudor, a cuyo fin se designaba una

Comisión liquidadora pertinente fue debidamente inscrito, debió haberse cerrado el Registro a toda enajenación o gravamen posterior verificada por el suspenso sin acreditar el cumplimiento del Convenio y, en todo caso, excluirá el que dichos adquirentes posteriores puedan quedar protegidos por la fe pública registral al no contar en el folio pertinente el cumplimiento del Convenio. Es importante advertir que en el asiento registral relativo al Convenio aparece entre sus cláusulas que con la aprobación y firmeza del Convenio queda ultimado el expediente de suspensión de pagos y que la Entidad, hasta entonces sujeta a este expediente, "seguiá ostentando la Administración de sus negocios a través de sus propios órganos de gestión, sin perjuicio de la Comisión de Seguimiento".

4. Dado el principio de salvaguardia jurisdiccional de los asientos registrales, los ahora cuestionados, que aparecen practicados sin sujeción alguna a las resultas del posible incumplimiento del Convenio, producirán todos sus efectos mientras no se declare su inexactitud o no sean cancelados o modificados en los términos establecidos en la Ley Hipotecaria (arts. 1 y 38).

5. La cancelación o modificación de los asientos practicados en favor de los adquirentes posteriores del quebrado, incluidos en el periodo de retroacción, cuando no concurre su consentimiento voluntariamente prestado, no podrá decretarse sino por resolución judicial firme, dictada en el procedimiento oportuno en el que hayan sido parte los titulares afectados (cfr. arts. 20, 40, 82 y 83 de la Ley Hipotecaria y 174 del Reglamento Hipotecario y 1.186 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), dándose así satisfacción tanto al principio registral de salvaguardia judicial de los asientos como el principio constitucional de protección jurisdiccional de los propios derechos (art. 24 de la Constitución Española). Estos requisitos no concurren en la resolución aportada, debiéndose tener presente que, pese a la invocación del recurrente, la calificación registral de los documentos judiciales no se concreta únicamente a la legalidad de las formas extrínsecas, sino que incluye también la congruencia del mandato con el procedimiento en que se ha dictado y si en él ha sido parte el titular registral (art. 100 del Reglamento Hipotecario en relación con el 18 de la Ley Hipotecaria).

6. Respecto al defecto último recogido en la nota recurrida —falta de especificación de cada uno de los asientos que hayan de cancelarse—, debe confirmarse conforme a doctrina reiterada de este Centro (cfr. Resolución de 28 de febrero de 1977).

Esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso interpuesto con firmado el auto apelado y la nota del Registrador.

## B) Resolución de 8 de noviembre de 1990

### HECHOS

#### I

El día 1 de junio de 1984, ante el Notario don Roberto Follía Camps, la Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Barcelona y doña Berta Ayneto Maga-Rolas y don José Inglés Asens suscriben un contrato de garantía hipotecaria sobre el departamento número 9 del piso primero, puerta tercera, destinado a local comercial, del inmueble sito en Barcelona, Travesera de Dalt, números 54-58, escalera A. Al amparo del artículo 131 de la Ley Hipotecaria, la citada Caja de Ahorros

formula demanda de ejecución de la hipoteca constituida, alegando el incumplimiento de lo pactado por el deudor, y en el procedimiento judicial sumario de ejecución de hipoteca número 492/1986 del Juzgado de Primera Instancia número 3 de los de Barcelona, "Oms Ibérica, Sociedad Anónima", se adjudica la referida finca, debidamente subastada; en consecuencia, el Juzgado citado aprobó el remate de la finca hipotecada a favor de dicha Sociedad por el precio de 6.564.000 pesetas, decretándose la cancelación de la inscripción de hipoteca y de todas aquellas inscripciones o anotaciones posteriores en el tiempo. En la medida en que el precio obtenido en la subasta fue superior al crédito de la parte actora, el sobrante se consignó en establecimiento designado al efecto, librándose el correspondiente mandamiento judicial y sirviendo el auto dictado como título bastante a favor de "Oms Ibérica, Sociedad Anónima".

## II

Presentado el testimonio del auto de adjudicación en el Registro de la Propiedad número 4 de los de Barcelona, fue calificado con la siguiente nota: "Denegada la inscripción del precedente documento (testimonio del auto de adjudicación en procedimiento judicial sumario de ejecución de hipoteca número 429/1986 del Juzgado de Primera Instancia número 3 de Barcelona, asiento de presentación 3.140 del 'Diario' 46), por observarse los siguientes defectos: 1. Con posterioridad a la hipoteca se halla inscrita la declaración de quiebra del hipotecante, con retroacción hasta fecha anterior a la constitución de la hipoteca, que debe considerarse nula de acuerdo con el artículo 878.2 del Código de Comercio. Insubsanable. 2. No consta si la finca está o no arrendada y, de estarlo, no se acreditan las notificaciones al arrendatario previstas en los artículos 47 a 55 de la Ley de Arrendamientos Urbanos. Subsanable. No procede tomar anotación preventiva, que tampoco se ha solicitado. Barcelona, 8 de marzo de 1988. El Registrador. Firmado: Pedro Avila Navarro".

## III

Don Francisco Javier Manjarín Albert, en representación de "Oms Ibérica, Sociedad Anónima", interpuso recurso gubernativo contra la anterior calificación, y alegó: Que el 1 de junio de 1984 se formalizó el contrato de garantía hipotecaria, y ejecutada la hipoteca por la vía del artículo 131 de la Ley Hipotecaria, de 15 de mayo de 1987, "Oms Ibérica, Sociedad Anónima", se adjudicó el bien hipotecado. La quiebra del hipotecante se declaró mediante auto de 5 de junio de 1987, en el que se acordaba un período de retroacción de la quiebra de cuatro años, que afectaba de nulidad la hipoteca constituida en 1984, pero esta afirmación no tuvo en principio de prioridad registral contemplado en el artículo 17 en relación con el 24 de la Ley Hipotecaria. Que el auto que declara la quiebra de don José Inglés ha sido impugnada por escrito presentado ante el Juzgado de Primera Instancia número 1 de los de Vic. Que en cuanto al segundo defecto de la nota de calificación, en el auto de aprobación del remate no existe obligación para el Juez de manifestar la existencia o no de arrendatarios en el bien inmueble en cuestión, ya que se trata de un acto que no tiene acceso al Registro, y tampoco corresponde tal manifestación al comprador, ya que se halla representado en el juicio sumario hipotecario por el Juez. No obstante, se

puntualiza que la finca en cuestión se encuentra libre de arrendatarios. Que en cuanto a los fundamentos de derecho hay que señalar: 1.º, en lo referente al principio de prioridad regulado en los artículos 17 y 24 de la Ley Hipotecaria, hay que citar lo que respecto al mismo establece la Dirección General de los Registros y del Notariado en la Resolución de fecha 2 de octubre de 1981; 2.º, el primer párrafo del artículo 34 de la Ley Hipotecaria establece el principio de defensa del tercero de buena fe. Hay una prevalencia del articulado hipotecario frente a la fijación del período de retroacción de la quiebra que precisamente actúa en contraposición total con este principio. En este sentido se manifiesta la Resolución de 20 de enero de 1986 y el Tribunal Supremo en Sentencia de 1 de febrero de 1974. El procedimiento regulado en el artículo 131 de la Ley Hipotecaria no fue impugnado en tiempo y forma y, por tanto, no se cumple la primera de las premisas exigidas por el Tribunal Supremo en estos casos, y dicho Tribunal sólo remarca la prioridad de los principios hipotecarios con base a la publicidad registral, sino también con base en el principio general de que la ley especial prima sobre la ley general; 3.º, prioridad de los principios registrales. Aún afirmando que el artículo 878.2 del Código de Comercio está redactado en términos absolutos, existen otros principios fundamentales en Derecho que chocan con tal precepto y que tienen prioridad sobre él, evitando situaciones de inseguridad jurídica y falta de tutela judicial efectiva, tal como indica la Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de marzo de 1985; 4.º, fijación de la retroacción de la quiebra. El artículo 1.024 del Código de Comercio de 1829, declarado aplicable por el Tribunal Supremo en Sentencia de 13 de febrero de 1960 especifica en concreto que toda fijación del período de retroacción de la quiebra se verifica "en calidad de por ahora y sin perjuicio de terceros". En este sentido, la Sentencia de la Audiencia de Barcelona de 10 de junio de 1986 dice: "El auto retrotrajo los efectos con carácter provisional y sin perjuicio de tercero"; 5.º, arrendatario. En este punto cabe citar la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 19 de noviembre de 1987.

#### IV

El Registrador de la Propiedad, en defensa de su nota, informó: A. En cuanto a la nulidad de la hipoteca: *a)* Carácter de la nulidad. La nulidad proclamada por el artículo 878.2 del Código de Comercio es absoluta y no necesita ser declarada judicialmente. No obsta a tal nulidad el que la hipoteca se mantenga formalmente vigente por no haber llegado al Registro el mandamiento o ejecutoria a que se refiere el artículo 179 del Reglamento Hipotecario; pero esa vigencia formal o aparente no es bastante para apoyar en ella todo un posible tracto de sucesivas inscripciones, cuando en el Registro consta explícitamente la nulidad; *b)* La seguridad jurídica. La Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de marzo de 1985, citada por el recurrente, afirma que la nulidad del artículo 878.2 del Código de Comercio no produce una inseguridad jurídica contraria a los principios constitucionales, sino reconducente a la armonización de los intereses en juego en procedimiento concursal, que será donde tenga que acudir el adjudicatario como acreedor del dominio; *c)* Principio de prioridad. Dicho principio no puede actuar en este caso porque, frente a la normal eficacia del mismo, debe considerarse la norma del artículo 33 de la Ley Hipotecaria; *d)* Principio de fe pública. Este principio y la protección del tercero del artículo 34 de la Ley Hipotecaria tampoco son invocables: Si se intenta aplicarlos al acreedor hipotecario, falta el presu-

puesto de hecho a que se refiere el citado artículo, porque el título que se anula es el suyo propio (contrato de hipoteca) y no el de su otorgante; si se trata de predicar aquellos efectos para el adjudicatario adquirente de la finca, porque falta alguno de los cuatro requisitos del referido artículo 34. Su derecho deriva de la hipoteca (es decir, del derecho del acreedor hipotecario), y ésta es nula en virtud de causas que constan explícitamente en el Registro, y que, además, en este caso concreto, pudieron ser conocidas al tiempo de la adquisición. La Resolución de 20 de enero de 1986 señala cómo los principios de los artículos 878 del Código de Comercio y 34 de la Ley Hipotecaria no son, por principio, incompatibles, dada la afirmación del artículo 33 de dicha ley y la posible publicidad de la demanda de declaración de quiebra a través de la anotación preventiva. Al margen de lo anterior, tampoco parece que la protección del artículo 34 de la Ley Hipotecaria pueda ser alegada en un recurso que se interpone precisamente porque la inscripción del tercer adquirente ha sido denegada, y e) La Resolución de 2 de octubre de 1981. En dicha Resolución existe una importante diferencia con el supuesto de hecho contemplado en este caso: El asiento que impide la inscripción solicitada no es la anotación de solicitud de declaración de quiebra conforme al artículo 42.5 de la Ley Hipotecaria, sino la inscripción de la declaración de quiebra del artículo 24 de la misma ley, y tal inscripción se ha practicado con anterioridad a la adjudicación y, por supuesto, a la presentación de ésta en el Registro. B. El retracto arrendaticio urbano. Que la necesidad de hacer la pertinente declaración se dirige legalmente al vendedor, y que tal precepto es de imposible cumplimiento en una enajenación judicial que se realiza en ausencia del dueño de la finca y que ningún precepto obliga al Juez ni al adjudicatario a hacer declaraciones sobre la situación arrendaticia de la finca. Sin embargo, la necesidad de que funcione formalmente el mecanismo legal previsto para hacer efectivo el derecho de retracto del eventual arrendatario obliga a exigir alguna declaración sobre la situación arrendaticia de la finca, y esa exigencia no puede dirigirse prácticamente más que al adquirente en los términos de las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 19 y 20 de noviembre de 1987. Que lo que no puede tenerse en cuenta es la declaración de que la finca está libre de arrendamientos hecha en el propio escrito del recurso, pues ese documento no ha podido ser examinado por el Registrador para hacer valer su calificación.

## V

El ilustrísimo Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia número 3 de los de Barcelona informó: Que respecto de la declaración cabe citar que es doctrina jurisprudencial constante en la que la declaración de retroacción de quiebra no tiene carácter absoluto de forma que determina siempre la nulidad de los actos dispositivos realizados por el quebrado durante la fecha de retroacción. Pero, además, también la jurisprudencia señala la preferencia y validez de las hipotecas constituidas durante dicho período y la ejecución instada de la misma. Que la denegación de inscripción en base a la nulidad de la hipoteca y su ejecución constituye una actuación administrativa que va más allá del alcance que le otorga el artículo 100 de la Ley Hipotecaria al Registrador para calificar. Que respecto a no acreditarse la existencia de arrendatarios, hay que señalar que no es función del Juzgado en el procedimiento de ejecución de hipoteca, ni tampoco de la parte el acreditar la existencia o inexistencia de arrendatarios en la finca

ejecutada. Que se estima que el Registrador se ha excedido en sus funciones calificadoras, invadiendo prácticamente las funciones judiciales, al estimar nulas la constitución y ejecución de la hipoteca cuyo título pretendía inscribirse, y que el segundo punto de la nota de calificación es un defecto meramente subsanable por parte del recurrente.

## VI

El Presidente de la Audiencia Territorial de Barcelona confirmó la nota del Registrador, fundándose en las razones alegadas por éste en su informe sosteniendo que la prevalencia del artículo 878.2 del Código de Comercio y la aplicación del artículo 33 de la Ley Hipotecaria justifican sobradamente la negativa de inscripción expresada en la nota de calificación.

## VII

El Procurador recurrente apeló el auto presidencial, manteniéndose en sus alegaciones, y añadió: Que se entiende que el título que se anula por el auto de la quiebra es el del otorgante, ya que la propia Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Barcelona es la constituyente de la hipoteca como la ejecutante. Que hay que hacer mención que las posibles causas de nulidad de la hipoteca no pudieron ser conocidas por el recurrente en el momento de adquisición, puesto que la subasta de la finca se celebró con anterioridad a la declaración de la quiebra y el auto de adjudicación se demoró por lo menos durante siete meses, de tal forma que, durante los mismos, aquella parte quedó amparada no sólo por la fe pública registral, reuniendo los requisitos del tercero hipotecario, sino incluso judicialmente, como consecuencia de que el propio Juez ejecutante reclamó, según el procedimiento seguido al efecto, certificación de cargas emitidas por el Registrador, que quedó incorporada a los autos de la ejecución. Que se especifican los fundamentos de Derecho que justifican la solicitud de inscripción del título de propiedad, según lo dispuesto en el artículo 1.170 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que debe interpretarse, tal como hace la doctrina en general, a *sensu contrario*, en función de lo dispuesto por el artículo 1.319 del mismo Cuerpo legal, citándose en este sentido la Resolución de 2 de octubre de 1981 y la Sentencia de 13 de febrero de 1960.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 34, 37, 38, 40, 76, 79.3, 82, 83, 97, 131 y 132 de la Ley Hipotecaria; 878 del Código de Comercio y la Resolución de 11 de julio de 1988:

1. La Entidad mercantil recurrente limita la impugnación de la calificación registral al primer defecto porque el Registrador motiva la denegación de la inscripción por el auto de adjudicación de una finca, recaído en procedimiento judicial sumario de ejecución hipotecaria: Que "con posterioridad a la hipoteca, se halla inscrita la declaración de quiebra del hipotecante, con retroacción hasta fecha anterior a la constitución de la hipoteca, que debe considerarse nula de acuerdo con el artículo 878 del Código de Comercio". Interesa destacar: a), que



en la correspondiente inscripción de hipoteca consta que ésta se constituyó por escritura de 1 de junio de 1984; *b*), que la inscripción del auto de la declaración de quiebra se practicó con posterioridad a la nota de expedición de la certificación de cargas prevenida en el artículo 131.4 de la Ley Hipotecaria; *c*), que la declaración de quiebra accede al folio registral de la finca mediante inscripción (asiento de presentación de 10 de junio de 1987), y en ella se hace constar que uno de los titulares del dominio, don José, que es “dueño de la mitad indivisa de esta finca” ha sido declarado “en estado de quiebra voluntaria”, “quedando inhabilitado para administrar y disponer de sus bienes”, “retrotrayéndose los efectos de la quiebra a la fecha de 22 de mayo de 1983” y *d*), que el auto de adjudicación de la finca en el procedimiento judicial sumario es de 17 de diciembre de 1987.

2. En el Registro sigue vigente el asiento de hipoteca, puesto que no está cancelado. Sigue, pues, la presunción, a todos los efectos legales, de que la hipoteca existe y pertenece a su titular en la forma determinada por el asiento respectivo. Pero, a la vez, y dados los términos del asiento relativo a la declaración de quiebra, es evidente que el Registro resulta que la validez o eficacia de la hipoteca está cuestionada en el procedimiento de quiebra. Del conjunto de los asientos resulta que la inscripción de la adjudicación en cuanto último acto de desenvolvimiento de un derecho, el de hipoteca que, aunque esté cuestionado, se presume todavía vivo. Pero la inscripción de la adjudicación debe hacerse sin perjuicio de los eventuales derechos de la masa de la quiebra anunciados en la inscripción de la declaración.

3. Al cumplimentar el auto en cuanto ordena la cancelación de todas las inscripciones y anotaciones que graven la finca, posteriores a la expedición de la certificación que determina la regla cuarta del artículo 131 de la Ley Hipotecaria no cabe comprender, entre los asientos cancelables, el relativo a la declaración de la quiebra a pesar de que tal cancelación podría parecer que viene impuesta por la regla 17 del mismo artículo. Para conocer el alcance cancelatorio que ha de tener el auto debe tenerse presente la naturaleza de la enajenación forzosa que la hipoteca provoca. Esta enajenación constituye un mero desenvolvimiento de la eficacia de la hipoteca y, por tanto, *in nuce*, la enajenación está en el mismo acto de constitución de la hipoteca. El principio de prioridad y los principios que rigen las adquisiciones derivadas exigen que la ejecución hipotecaria comporte, sí, la resolución y cancelación de todas las inscripciones y anotaciones que reflejen actos dispositivos del titular registral posteriores a la constitución de hipoteca y sean anteriores o posteriores a la nota de expedición de la certificación de cargas (*resoluto jure dantis, resolvitur jus concessum*). Pero, en cambio, ni pueden quedar afectadas las cargas o gravámenes anteriores, ni la adquisición por el remate o adjudicación puede tener por sí —y a salvo, en su caso, lo dispuesto por el artículo 34 de la Ley Hipotecaria cuando se cumplan sus requisitos— más fuerza que la que, *in nuce*, correspondía al derecho de hipoteca mismo, de modo que si la constitución del derecho de hipoteca es nula, nula será también la enajenación de la hipoteca provoca, y si lo que procede en la rescisión de la hipoteca, el tercero que adquiera después de que la causa de rescisión conste en el Registro sufrirá las consecuencias de la rescisión.

Un asiento registral, como el de inscripción de la declaración de quiebra, practicado en virtud de un mandamiento de la autoridad judicial, y que pone en cuestión la validez o eficacia de la misma hipoteca no es de los que pueden cancelarse en virtud sólo del auto que aprueba el remate o adjudicación en el procedimiento judicial sumario de ejecución de la hipoteca. Respecto de tal

asiento, como practicado en virtud de mandamiento judicial, regirán las demás reglas y, por tanto, no se cancelará sino en virtud de resolución judicial.

Esta Dirección General ha acordado revocar el auto apelado y la nota de calificación, en cuanto al primer defecto que éste señala.

C) *Resolución de 14 de noviembre de 1990*

HECHOS

I

Mediante escritura pública otorgada el día 9 de noviembre de 1983, ante don Fausto Romero Miura, Notario de Almería, los esposos, don Francisco Lucas Martínez y doña María del Carmen Marín Aráez constituyeron hipoteca especial y voluntaria a favor del Banco Hispano Americano sobre una finca urbana y dos rústicas, todas de su propiedad y sitas en la citada ciudad, en garantía de deudas reconocidas por importe de 6.200.000 pesetas, dada por vencida la hipoteca, por incumplimiento de las condiciones de pago estipuladas, la citada entidad bancaria promovió procedimiento al amparo de lo prevenido en los artículos 129 y 131 de la Ley Hipotecaria, contra las fincas hipotecadas, siendo presentada la demanda el día 17 de julio de 1984, ante el Juzgado de Primera Instancia número 2, de los de Córdoba.

Con fecha 24 de mayo de 1985, el Juzgado de Primera Instancia número 2 de los de Almería, dictó auto por el que se declaró en estado de quiebra voluntaria a don Francisco Lucas Martínez, retrotrayéndose los efectos de la quiebra, con la calidad de por ahora y sin perjuicio de tercero, a partir del 1 de enero de 1983. Dicho auto fue inscrito en el Registro el 28 de diciembre de 1985.

El día 29 de agosto de 1986, se expidió certificación de cargas de dichas fincas a los efectos prevenidos en la regla 4.ª del artículo 131 de la Ley Hipotecaria en la que se hace constar la existencia de dicha quiebra, extendiéndose las preceptivas notas marginales que acreditan dicha circunstancia.

Continuando el procedimiento sumario del artículo 131 de la Ley Hipotecaria, el Banco acreedor, al no existir postores, se adjudica dos fincas en segunda subasta, celebrada el día 8 de julio de 1988, tras los trámites oportunos por el Juez correspondiente se dictó auto de adjudicación.

II

Presentado testimonio del citado auto de adjudicación en el Registro de la Propiedad número 2 de los de Almería, fue calificado con la siguiente nota: "Registro de la Propiedad número 2 de Almería. Denegada la inscripción del precedente documento por figurar inscrita la quiebra del comerciante titular registral don Francisco Lucas Martínez, decretada por auto de 24 de mayo de 1985, del Juzgado de Primera Instancia número 3 de Almería, cuyos efectos se retrotraen al 1 de enero de 1983, fecha anterior a la de constitución de hipoteca, que es la de 9 de noviembre de 1983, por lo que ésta se encuentra afectada a la causa legal de nulidad prevista en el párrafo 2.º del artículo 878 Código de Comercio. Defecto insubsanable. En cuanto a la finca urbana falta hacer constar la situación arrendaticia, lo que constituye defecto subsanable conforme al artícu-

lo 55.1 de la Ley de Arrendamientos Urbanos. Respecto a la rústica, falta el cumplimiento de igual requisito conforme el artículo 91.3 de su texto regulador.

Almería, 2 de enero de 1988.—El Registrador, Miguel González Laguna.

### III

El Procurador de los Tribunales don Francisco Taboada Camacho, en representación del “Banco Hispano Americano, Sociedad Anónima”, interpuso recurso gubernativo contra el extremo manifestado en el párrafo primero de la anterior calificación, y alegó: Que a la vista de la certificación de cargas expedida por el Registrador, en los autos del procedimiento sumario hipotecario, se exhortó al Juzgado de Primera Instancia número 3 de los de Almería, para comunicar el procedimiento al comisario de la quiebra, y fue cumplido el 17 de enero de 1987, sin que dicho comisario interviniera en el procedimiento sumario, ni hiciera manifestación alguna. Que cuando el procedimiento sumario se encuentra en curso una vez presentada la quiebra no se suspenderá por la declaración de ésta y terminará con la subasta de bienes; todo ello conforme a lo establecido en los artículos 166 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y en el párrafo 6.º del artículo 127 de la Ley Hipotecaria. Que según lo dispuesto en los artículos 1.366 y 1.377 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, la declaración de la nulidad de los actos afectados por la retroacción no es automática, sino que se precisa una previa declaración judicial que, en el caso que se contempla no se ha producido. Así lo declaran las Sentencias del Tribunal Supremo de 17 de febrero de 1909, 19 de abril de 1919 y 7 de marzo de 1931. Que en el caso que se estudia, la declaración de quiebra no ha adquirido firmeza al encontrarse impugnada y pendiente de resolución el correspondiente recurso. Su anotación registral tiene la consideración de anotación preventiva (artículos 166.4 y 142 del Reglamento Hipotecario) y no podrá afectar a la existencia de la hipoteca legalmente constituida e inscrita en el Registro de la Propiedad, mientras dicho auto de declaración de quiebra no sea firme. La nulidad de la hipoteca tendría que producirse a través de la cancelación registral de la misma, lo que no ha tenido lugar, ya que para ellos también hubiera hecho falta el correspondiente procedimiento declarativo. Que conforme a lo establecido en el artículo 1.024 del Código de Comercio, se proclama el carácter interino o provisional de la fecha de retroacción consignada en el auto declarativo de la quiebra (Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de junio de 1897, 15 de noviembre de 1928 y 5 de abril de 1933).

### IV

El Registrador de la Propiedad, en defensa de su nota, informó: Que en el auto de fecha 24 de mayo de 1985, dictado por el Juzgado de Primera Instancia número 3 de Almería por el que se declaraba la quiebra necesaria de don Francisco Lucas Martínez, se dispone como consta en el asiento de inscripción, que se retrotraen sus efectos a partir de 1 de enero de 1983, fecha no sólo anterior a la de la constitución de la hipoteca, sino incluso a la de la póliza de crédito que pretendía amparar, cuyo vencimiento era el 1 de junio de 1983, que la interpretación más común del artículo 878, párrafo 2.º del vigente Código de Comercio, tanto doctrinal como jurisprudencialmente, es que se trata de una nulidad absoluta, que produce sus efectos frente a todos con independencia de su situación

de buena fe y que no necesita ser pedida ni declarada judicialmente (Sentencia de 10 de noviembre de 1983, 13 de julio de 1984, 28 de enero y 22 de marzo de 1985; entre otras). Que la anterior interpretación viene avalada, a *sensu contrario*, por el artículo 10 de la Ley 2/1981, de 25 de marzo, sobre Mercado Hipotecario, desarrollado en el artículo 25.5 de su Reglamento de 17 de marzo de 1982, ya que al no ser una hipoteca de las reguladas por dicha Ley (por garantizar un reconocimiento abstracto de deuda, no haberse realizado la tasación a que se refiere el artículo 7.1 de la Ley, etc.) es claro que su régimen es el general del artículo 878, párrafo 2.º del Código de Comercio y no el excepcional que establece dicha ley. Que el recurrente argumenta con los artículos 1.366 y 1.377 de la Ley de Enjuiciamiento Civil que claramente se refiere a los actos anuales del quebrado, pero no a los actos radicalmente nulos para los que, según el Tribunal Supremo en las Sentencias antes citadas, no existe ni está previsto procedimiento de impugnación por innecesario. Que respecto a la argumentación basada en el párrafo 1.º del artículo 132 de la Ley Hipotecaria, se entiende que la interpretación correcta es la de que dicho artículo se está refiriendo a los actos, en este caso hipotecas, no incluidos dentro del período de retroacción de la quiebra. Que en relación con la falta de firmeza del auto de quiebra y, por tanto, de la fecha de retroacción de la misma, por haber sido apelada, hay que hacer constar que tal apelación no ha sido alegada ni aportada para la calificación del documento y consiguiente redacción de la nota, por lo que no debe ser tomada en consideración, según reiteradamente establece la Dirección General de los Registros y del Notariado, en Resoluciones de 14 y 22 de julio de 1965; 17 de abril de 1970, y 16 de diciembre de 1985, entre otras.

## V

El ilustrísimo Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia número 2 de los de Córdoba informó: Que la reiterada doctrina jurisprudencial interpretando el artículo 878 del Código de Comercio es compatible con lo que se dispone en el artículo 132 de la Ley Hipotecaria, que se refiere a las hipotecas, no incluidas dentro del período de retroacción de la quiebra.

## VI

El Presidente de la Audiencia Territorial de Granada confirmó el extremo del párrafo primero de la nota del Registrador fundándose en la misma interpretación que los artículos 878, párrafo 2.º y 132, párrafo 1.º de la Ley Hipotecaria hace el Magistrado-Juez de Primera Instancia número 2 de Córdoba y en la Sentencia del Tribunal Supremo que cita el señor Registrador en su informe y, en consideración, de que la hipoteca que sirvió de título al procedimiento sumario de ejecución hipotecaria es de fecha posterior a la de retroacción de la declaración de la quiebra.

## VII

El Procurador recurrente apeló el auto presidencial, manteniéndose en sus alegaciones, y añadió: 1.º, que partiendo de la base de la no firmeza de la quiebra,

la anotación derivada tiene el carácter de preventiva (artículos 142 y 166 del Reglamento Hipotecario) y, en absoluto puede afectar la existencia de la hipoteca mientras dicho auto no sea firme; 2.º, que dicha anotación preventiva "provisional" no prejuzga el derecho del acreedor hipotecario ni tiene carácter de asiento definitivo, y en cambio, su denegación lesiona gravemente al acreedor y, para mayor abundamiento, la declaración judicial previa, conforme a lo dispuesto en el artículo 1.366 y siguiente de la Ley de Enjuiciamiento Civil. En consecuencia, no sería justo sacrificar el legítimo derecho del acreedor por formalistas interpretaciones legales. Todos los argumentos esgrimidos sobre la improcedencia de la denegación han quedado incolumnes, ya que no han sido refutados por el registrador en su informe; y 3.º que, por último, en el mismo auto se admite a *contrario sensu* que si se admite la existencia de recurso pendiente no procede la denegación.

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 24 de la Constitución; 1, 38, 40, 82, 131 y 132 de la Ley Hipotecaria; 878 del Código de Comercio; las Sentencias de 1 de febrero de 1974; 28 de enero y 22 de marzo de 1985 y 24 de noviembre de 1989 y las Resoluciones de 2 de octubre de 1981 y 22 de noviembre de 1988.

1. En el presente recurso se debate en torno a la inscribibilidad de la adjudicación en favor del acreedor hipotecario mismo alcanzada en un procedimiento judicial sumario incoado para la ejecución de la hipoteca, habida cuenta de que, con posterioridad a la inscripción de ésta y antes de la nota de expedición de la certificación a que se refiere la regla 4.ª del artículo 131 de la Ley Hipotecaria, se inscribió el auto por el que se declaró la quiebra del hipotecante y en el que se establece, con efectos a una fecha anterior a la de constitución del gravamen ejecutado.

2. Ha de tenerse en cuenta lo que sobre nulidad del título dispone el artículo 132 de la Ley Hipotecaria, más también que es doctrina del Tribunal Supremo (cfr. Sentencia del 1 de febrero de 1974 y 24 de noviembre de 1989) que la nulidad de la hipoteca comporta la de las actuaciones y procesos basados en esa hipoteca, a salvo de los derechos de los terceros adquirentes protegidos por el artículo 34 de la Ley Hipotecaria.

3. Ahora bien, en el presente supuesto no consta registralmente la nulidad de la hipoteca sino sólo que el hipotecante fue declarado en quiebra, retrotrayéndose sus efectos, si, a una fecha anterior a la constitución de la hipoteca, pero con la calidad de por ahora y sin perjuicio de tercero, por lo que ni aparece la cancelación de la hipoteca ni consta en ningún asiento que haya habido pronunciamiento definitivo contra el titular de la hipoteca.

En consecuencia, de haberse cumplido las garantías que resultan de la regla 17 del artículo 131 de la Ley Hipotecaria es procedente la inscripción del auto en cuanto atribuye el dominio de la finca al adjudicatario. Advirtiendo, sin embargo, que en cuanto decreta la cancelación de las inscripciones relativas a la declaración de quiebra no podría ser suficiente, pues estas inscripciones, al poner en cuestión el derecho de hipoteca del que es titular la misma Entidad que, después resulta adjudicataria, no son de aquellas cuya cancelación pueda proceder como si de gravámenes no preferentes se tratara, sino que respecto de ellas se exige

providencia ejecutoria dictada por el Juez que la mandó hacer (cfr. artículos 83 y 84 de la Ley Hipotecaria).

Esta Dirección General ha acordado revocar el auto apelado y la nota en el extremo recurrido.

### COMENTARIO

El artículo 878 del Código de Comercio establece:

“Declarada la quiebra, el quebrado quedará inhabilitado para la administración de sus bienes.

Todos sus actos de dominio y administración posteriores a la época a que se retrotraigan los efectos de la quiebra serán nulos”.

Por su parte la Ley Hipotecaria, aunque partiendo en su artículo 33 de que la inscripción no convalida los actos o contratos que sean nulos con arreglo a las leyes, establece en su artículo 34 una excepción a dicha regla general:

“El tercero que de buena fe adquiriera a título oneroso algún derecho de persona que en el Registro aparezca con facultades para transmitirlo, será mantenido en su adquisición, una vez que haya inscrito su derecho, aunque después se anule o resuelva el del otorgante por virtud de causas que no consten en el mismo Registro. La buena fe del tercero se presume siempre, mientras no se pruebe que conocía la inexactitud del Registro (...)”.

¿Cuál de los dos artículos debe prevalecer en caso de declaración de quiebra y retroacción de su fecha, respecto de adquirentes de derechos reales del quebrado que quedan dentro del período de retroacción?, ¿qué tipo de ineficacia es la contemplada en el artículo 878 del CCo, una nulidad absoluta o una nulidad relativa? ¿Es aplicable su doctrina a los adquirentes del quebrado o también se extiende a los subadquirentes? Estas cuestiones se plantean en las resoluciones que estudiamos, que deben analizarse también a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

#### 1. *Posible inconstitucionalidad del artículo 878 CCo*

La posible inconstitucionalidad del artículo 878 del CCo ya fue planteada en la Sentencia del TS de 22 de marzo de 1985 que, sin embargo, no se atrevió a apreciarla en último término, al señalar que “tal normativa no puede entenderse derogada por la Constitución, pues corresponde al legislador ordinario optar, entre los varios sistemas de reintegración de la masa de la quiebra, por aquél que estime más idóneo en el momento histórico determinado para la armonización de los intereses en juego en un procedimiento concursal, sin que la inseguridad jurídica que indudablemente produce la nulidad *ipso iure* de los actos afectados por la retroacción pueda elevarse al rango de inconstitucional por atentatoria al derecho fundamental de tutela efectiva a que tiene derecho toda persona en el ejercicio de sus derechos, en cuanto que, aunque próxima a tal inconstitucionalidad no desconoce el derecho a impugnar la fecha de tal retroacción al objeto de excluirla total o parcialmente, ni supone la pérdida de los derechos económi-

cos derivados de tal nulidad” —en referencia, en este último supuesto a la necesidad de restitución de presetaciones, con devolución de lo aportado por ambas partes, como efecto normal de toda declaración de nulidad (artículo 1.307 CC).

No se considera, por tanto, infringido el derecho constitucional a la tutela efectiva.

El derecho fundamental a la tutela judicial efectiva proclamado en el artículo 24 de la Constitución, “sin que en ningún caso pueda producirse indefensión” —como expresamente señala el primer párrafo del citado artículo— también es argumentado por el Registrador en defensa de su nota de calificación, en la RDGRN de 7/11/1990.

Y efectivamente, tal artículo pecaría de inconstitucional —como ya hemos visto vislumbra la jurisprudencia ordinaria— si no fuera que su desenvolvimiento ha sido suavizado, como más adelante desarrollaremos, por la propia jurisprudencia ordinaria y registral, al exigir siempre un cauce jurisdiccional adecuado con demanda al titular registral afectado. En efecto, la nulidad radical que parece imponer dicho artículo no excluye la necesidad de demanda al adquirente durante el período de retroacción, pues de lo contrario no cabría ejercitar el recurso contra la fecha de la retroacción a que se refiere la citada STS de 22/3/1985, produciéndose indefensión.

## 2. *Grado de ineficacia de los actos del quebrado posteriores a la fecha de retroacción*

Varias son las acciones que corresponden a la Sindicatura de la Quiebra, única legitimada para ello (artículo 1.366 LEC), para conseguir la retroacción de los actos del quebrado que por su carácter fraudulento puedan anularse, a saber:

a) Acción de revocación de donaciones celebradas durante los dos años anteriores a la quiebra (artículo 882 CCo).

b) Acción de rescisión de actos fraudulentos, como las enajenaciones de inmuebles a título oneroso durante el mes precedente a la declaración de quiebra (artículo 881 CCo) mediante la prueba de que son fraudulentos, así como los celebrados a título gratuito durante el citado mes y las hipotecas convencionales sobre obligaciones de fecha anterior o adjudicaciones en pago de deudas no vencidas, que se presumen fraudulentos (artículo 880 CCo) —supuesto excepcional en el que no se presume el fraude, sino que los síndicos lo tienen que probar es el de las hipotecas constituidas al amparo de la Ley de Mercado Hipotecario de 25/3/1981 y su Reglamento del 17/3/1982.

Esta nulidad absoluta, que según el artículo 878 CCo afecta a los actos del quebrado posteriores a la fecha a que se retrotraiga la declaración de quiebra, es interpretada por la Sentencia del TS de 1 de febrero de 1974 en el sentido de que tal nulidad afecta a los actos no posteriores, sino comprendidos en el período de retroacción, esto es, a los que se hubieran realizado durante tal período.

En todo caso, aunque la nulidad a que se refiere el artículo 878 del CCo deba calificarse de absoluta, la interpretación de dicho artículo a la luz de los preceptos constitucionales de tutela efectiva (necesidad de demanda a los titulares registrales afectados, devolución de contraprestaciones), la protección a subadquirentes de buena fe y la imposibilidad consiguiente de cancelar asientos registrales anteriores comprendidos en el período de retroacción, sino es a través de Sen-

tencia firme en juicio declarativo correspondiente, ha llevado a la jurisprudencia registral —como veremos— a afirmar que tal artículo determina la ineficacia de los actos del quebrado “con la cualidad de por ahora y sin perjuicio de tercero” (RDGRN de 14/11/1990).

### 3. *Preferencia del artículo 34 de la Ley Hipotecaria*

En efecto, pese a la nulidad radical proclamada por el artículo 878 del CC, existe un supuesto excepcional en que los actos del quebrado son eficaces pese a estar comprendidos en el período de retroacción: cuando existe un tercero hipotecario, esto es, protegido por la fe pública registral, pues en tal caso, el principio general del artículo 33 de la LH —la inscripción no convalida los actos nulos— cede frente al superior principio de protección del adquirente que confía en los pronunciamientos registrales.

La preferencia del artículo 34 LH sobre el 878 del CCo no siempre ha sido afirmada con rotundidad por la jurisprudencia del TS, aunque sí existen precedentes jurisprudenciales suficientes como para considerar que así es admitido por el TS (pues mientras que la STS de 17/3/58 entendió que la declaración de quiebra afectaba incluso al tercero hipotecario que traiga causa del quebrado, otras como la de 9/6/32, 31/5/60 y 1/2/74 declaran por el contrario la inmunidad del tercer adquirente que reúna los requisitos del artículo 34 LH).

En efecto, la doctrina de la STS de 17 de marzo de 1958, para la cual el artículo 878 del CCo determina la nulidad radical *ipse legis potestate et auctoritate* de los actos del quebrado comprendidos dentro del período de retroacción “a pesar de lo dispuesto en la Ley Hipotecaria y de la buena o mala fe en la adquisición —inoperante en los casos a que se refiere el artículo 878 CCo—” fue superada posteriormente por las STS de 31 de mayo de 1960 —que negó la cualidad de tercero hipotecario al cesionario de un crédito hipotecario inscrito durante el período de retroacción, por carecer de buena fe— y, sobre todo, por la STS de 1 de febrero de 1974.

Así en la STS de 1 de febrero de 1974 se afirmó —para un supuesto de hipoteca afectada por la retroacción de la quiebra— que “si el acto de constitución de la hipoteca tuvo lugar en fecha comprendida en el período de retroacción es evidente que resulta afectado de nulidad, y consiguientemente de igual defecto adolecerán cuantas actuaciones o procesos incluso judiciales hayan tomado como base la hipoteca, siempre que hayan sido impugnados en tiempo y forma y los bienes no hayan pasado a poder de terceros adquirentes que queden amparados por la protección registral que le dispensa la ley especial”.

Es, sin embargo, la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado la que ha proclamado con rotundidad tal protección del tercero hipotecario y, por tanto, de la preferencia del artículo 34 LH.

Así la RDGRN de 20 de enero de 1986 considera que una de las cuestiones más debatidas dentro del campo jurídico ha sido motivada por la aparente discordia entre el artículo 878 CCo que declara la nulidad de los actos otorgados dentro del período a que se retrotren los efectos de la quiebra y de otra parte, la protección de la Ley Hipotecaria concede al tercero de buena fe que reúne las condiciones que señala el artículo 34 LH y considera que aunque la jurisprudencia del TS no ha sido uniforme “en el presente caso, al aparecer toda una serie de inscripciones practicadas a favor no sólo del primer adquirente, sino de terceros y segundos subadquirentes sin que exista en los asientos ninguna causa de



resolución, y como además los titulares actuales al no haber sido citados ni oídos en juicio estarían en situación de indefensión, no cabe en virtud de lo establecido en el artículo 82 párrafo 1.º de la LH practicar la cancelación interesada sin que hayan prestado voluntariamente su consentimiento dichos titulares o en su defecto que en el procedimiento adecuado se haya ordenado la cancelación mediante resolución judicial firme”.

4. *Protección sólo del subadquirente y no del adquirente aún de buena fe del posteriormente declarado quebrado*

Ahora bien, la citada protección al tercero hipotecario, excluye a quien no reúne la condición de tercero, esto es, al que contrató con el quebrado, aún de buena fe, pues le afectan las vicisitudes del negocio jurídico en el que intervino, de manera que no puede alegar que sea ajeno a la nulidad de su contrato de adquisición o constitución de derechos reales limitados sobre los inmuebles del quebrado.

En efecto, para que el principio excepcional del artículo 34 LH opere es preciso que existan dos transmisiones, de manera que sólo el subadquirente que no ha sido parte en el contrato con el quebrado, quedará protegido, aunque su adquisición se haya verificado durante el período de retroacción.

Así lo señala expresamente la citada Sentencia del TS de 1 de febrero de 1974, que declaró nula una hipoteca constituida por el quebrado durante el período de retroacción de la quiebra —así como el procedimiento judicial sumario de ella derivado— por entender que el adquirente en la subasta, a pesar de haber adquirido de titular registral con facultades para transmitir y haber inscrito su derecho “no goza de cualidad de tercero hipotecario protegido por el artículo 34 de la LH respecto de la adquisición de las fincas hipotecadas, porque siendo a la vez acreedor hipotecario y adjudicatario de dichas fincas en el procedimiento sumario que a su instancia se promovió tenía conocimiento de la causas de nulidad que afectaban a la hipoteca y al procedimiento a que ésta dio origen”.

Y en su Considerando 12 interpreta correctamente esta Sentencia el citado artículo 34 LH y su eficacia frente al artículo 878 del CCo al establecer que “para que pueda hablarse de tercero hipotecario tienen que existir dos actos adquisitivos inscritos, uno primero en el cual se apoya el segundo, en el sentido de que el sujeto adquirente en aquél sea el sujeto transferente en éste, pues solamente bajo esta idea de subadquirente puede entenderse el juego íntimo del artículo 34, así como el verdadero concepto de tercero, el cual como declaró la STS de 26/6/1901 presupone siempre una segunda enajenación”.

5. *La anotación de suspensión de pagos no enerva en principio la fe pública registral*

Una de las cuestiones más interesantes que se plantea la RDGRN de 7 de noviembre de 1990 es la de si puede o no ser considerado como tercero hipotecario el subadquirente del posteriormente declarado en quiebra, cuando en el momento de su adquisición consta anotada la suspensión de pagos del mismo.

No cabe duda que sí afectaría al subadquirente, destruyendo su cualidad de tercero hipotecario (pues la causa de resolución de su derecho constaría en el

Registro) la anotación preventiva de solicitud de declaración de quiebra, y mucho más la inscripción de la quiebra.

Sin embargo, la anotación de la suspensión de pagos, no es suficiente por sí sola para afectar al adquirente que consulta el Registro, de manera que no perdería su cualidad de tercero hipotecario por el hecho de que luego se declarara la insolvencia definitiva del suspenso, siempre —claro está— que en la transmisión se cumplan los requisitos de intervención judicial o de la comisión de acreedores si está aprobado el convenio.

Esta es la conclusión a que se llega analizando el supuesto de hecho de la citada RDGRN de 7/11/1990, en la que existía un convenio inscrito.

El Procurador que interpuso el recurso alegó precisamente que “se había aprobado un convenio, en virtud del cual se establecían unos periodos de pago que en caso de incumplimiento darían lugar a la liquidación del patrimonio de la sociedad quebrada, para lo que incluso se designaba una comisión liquidadora, razón por la cual no puede pensarse que se han llamado a engaño por la publicidad registral los pretendidos adquirentes del inmueble”.

Por el contrario el Registrador en defensa de su nota alegó que el convenio no perpetuaba la restricción de la capacidad del suspenso ni tenía implicaciones jurídico-reales inmediatas (daciones en pago o para pago, constitución de hipoteca de seguridad, etc.) que sería los casos en que los acreedores hubieran podido gozar de la prioridad sustantiva derivada del asiento. Por el contrario, el convenio de suspensión de pagos, en el caso debatido, era encuadrable entre los de levantamiento de la incapacidad del suspenso o de alcance puramente obligacional —como son los que acuerdan una quita o espera de las deudas.

La DGRN da la razón al Registrador, dado que en el convenio de suspensión de pagos se pactó que el suspenso “seguirá ostentando la administración de sus negocios a través de sus propios órganos de gestión, sin perjuicio de la comisión de seguimiento”, por lo que “los asientos registrales aparecen practicados sin sujeción alguna al posible incumplimiento del convenio y en consecuencia, dado el principio de salvaguardia jurisdiccional de los asientos registrales, estos producirán sus efectos mientras no se declare su inexactitud o sean cancelados en los términos previstos en la Ley Hipotecaria (artículos 1 y 38)”.

Por tanto, y en conclusión, la anotación de la iniciación del expediente de suspensión de pagos ni siquiera la inscripción del convenio —salvo que expresamente se sujeten los actos de disposición del suspenso a la posible insolvencia definitiva del mismo— pueden enervar la fe pública registral. El subadquirente del suspenso durante el periodo de retroacción de la quiebra —posteriormente declarada— será mantenido en su adquisición, a pesar de la anotación de suspensión de pagos o de la inscripción del convenio, salvo que el convenio no sea de mera quita, espera o supervisión de la actividad del suspenso sino de alcance real (limitación de las facultades del suspenso y sujeción de posteriores adquirentes a las consecuencias del posible incumplimiento del convenio).

En definitiva, la anotación del convenio o de la iniciación del expediente de suspensión, no pueden equipararse —como dijo el Registrador en su informe— a una anotación de demanda real (en efecto, sí que produciría tal eficacia frente a subadquirentes la anotación de la demanda en juicio declarativo sobre nulidad de inscripción por retroacción de la declaración de quiebra).

6. *Efectos de la retroacción de la quiebra respecto de hipoteca inscrita con anterioridad:*

A) *Posibilidad de ejecución de la hipoteca por no ser causa de suspensión (artículo 132 LH)*

Aunque —como se ha visto— la nulidad del artículo 878 del CCo es absoluta y radical, exige para que los asientos registrales anteriores a la declaración de quiebra —pero comprendidos en el periodo de retroacción— puedan ser cancelados, que se entable el correspondiente juicio declarativo con demanda a los titulares afectados —como luego veremos con más extensión.

Ello supone que, estando inscrita una hipoteca, aunque luego se inscriba la declaración de quiebra del deudor hipotecante con señalamiento de la fecha de retroacción de la quiebra:

a) No podrá cancelarse la hipoteca mientras no se ordenen así expresamente en sentencia firme dictada en juicio declarativo correspondiente.

b) Mientras tanto, la constancia registral de la quiebra y de la fecha de la retroacción no será obstáculo para la ejecución de la hipoteca.

En efecto, el artículo 132 LH expresamente establece que el procedimiento sumario del artículo 131 LH no se suspenderá por muerte del deudor o del tercer poseedor ni por la declaración de quiebra o concurso de cualquiera de ellos. E igualmente la LEC (arts. 166 y 1.173) establece la acumulación en juicio universal de las ejecuciones en curso, en caso de quiebra, salvo que se trate de hipotecas.

Así la RDGRN de 8 de noviembre de 1990, arriba transcrita, expresamente señala como “en el Registro sigue vigente el asiento de hipoteca —pese a la inscripción de la declaración de quiebra con retroacción a fecha anterior a la constitución de la hipoteca—, puesto que no está cancelado. Sigue, pues, la presunción, a todos los efectos legales, de que la hipoteca existe y pertenece a su titular en la forma determinada por el asiento respectivo”.

B) *Arrastre de la carga de declaración de quiebra*

Ahora bien, sigue diciendo la RDGRN de 8 de noviembre de 1990, “a la vez y dados los términos del asiento relativo a la declaración de quiebra, es evidente que del Registro resulta que la validez o eficacia de la hipoteca está cuestionada en el procedimiento de quiebra”.

Y llega a la conclusión de aunque el procedimiento de ejecución hipotecaria puede seguir adelante, debe hacerse con el arrastre de la carga, esto es, “la inscripción de la adjudicación debe hacerse sin perjuicio de los eventuales derechos de la masa de la quiebra anunciados en la inscripción de la declaración”.

Del estudio sistemático de las RDGRN de 8 y 14 de noviembre de 1990, se deduce además, que es indiferente que la declaración de quiebra se haya inscrito antes o después de la nota marginal de expedición de certificación de cargas, pues mientras en el primer caso la inscripción del auto de declaración de quiebra se practicó con posterioridad a dicha nota, en la segunda resolución cuando se expidió certificación de cargas en el procedimiento de ejecución del 131 LH se

hizo constar la existencia de dicha quiebra. En ambos supuestos la DGRN llega a la misma conclusión en cuanto a la posibilidad de seguir adelante en la ejecución de la hipoteca, pero dejando a salvo la declaración de quiebra como carga posterior, pero preferente.

En todo caso, la posición de la jurisprudencia registral, aunque prudente —en cuanto defiende la subsistencia de los asientos registrales mientras no exista una sentencia firme de cancelación dictada en el juicio declarativo correspondiente con demanda del titular— supone por otra parte un reforzamiento de la calificación registral en cuanto permite la calificación de preferencias, excluyendo que el Registrador se guíe por un criterio puramente de prioridad: aunque la hipoteca que se ejecute se inscribiera con anterioridad a la declaración de hipoteca —incluso aunque la nota marginal de expedición de cargas tenga una fecha anterior a la inscripción del auto de declaración de quiebra— el Registrador debe denegar la cancelación de este auto posterior en la ejecución de la hipoteca, precisamente por ser preferente al fijarse una fecha de retroacción de la quiebra anterior a la hipoteca que se ejecuta.

Todo ello confirma el criterio que yo había seguido al estudiar el principio de prioridad registral (*Boletín del Colegio de Registradores* de julio-agosto de 1989 número 258) en el sentido de que el Registrador debe calificar preferencias, absteniéndose de practicar cancelaciones de asientos posteriores a la hipoteca anterior que se ejecuta, cuando tales asientos posteriores sean preferentes (anotaciones de embargo por créditos preferentes como son los gastos de comunidad o por créditos salariales, etc.). Y en tal concepto debe tenerse el auto de declaración de quiebra con retroacción de sus efectos.

C) *Si luego se declara expresamente la nulidad de la quiebra también conllevará la de la ejecución*

En efecto, si en el juicio declarativo correspondiente se llegase a declarar nula la hipoteca por estar afectada por el periodo de retroacción de la quiebra, en tal caso también quedaría afectada de nulidad la ejecución derivada de la hipoteca, como expresamente señaló la STS de 1 de febrero de 1974 antes citada, pues “el procedimiento para el ejercicio de la acción hipotecaria de los artículos 131 y 132 LH es precisamente sumario y ejecutivo especial, y la resolución definitiva que en él recaiga no puede invocarse como constitutiva de cosa juzgada en los juicios declarativos que después se susciten”.

Igualmente la RDGRN de 8 de noviembre de 1990 considera que “la enajenación es un mero acto de desenvolvimiento de la hipoteca... de manera que si la constitución de la hipoteca es nula, nula será también la enajenación que la misma provoca”.

D) *Imposibilidad de cancelar la declaración de la quiebra en el juicio ejecutivo sumario del 131 LH como carga posterior no preferente*

Ahora bien, la cancelación de las cargas posteriores a la hipoteca inscrita, exigida por el artículo 131 LH no podrá afectar a la declaración de quiebra, pues al establecerse un periodo de retroacción que afecta a la propia hipoteca, demuestra que no se trata de un gravamen posterior no preferente, sino más bien

de un gravamen posterior preferente de los que deben subsistir a pesar de la enajenación judicial de la finca, a tenor de lo dispuesto en el artículo 175 RH.

Así las comentadas RDGRN de 8 y 14 de noviembre de 1990 consideran en estos casos procedente la inscripción del auto de adjudicación “advirtiendo, sin embargo, que en cuanto decreta la cancelación de las inscripciones relativas a la declaración de quiebra, no podría ser suficiente, pues estas inscripciones, al poner en cuestión el derecho de hipoteca, no son de aquellas cuya cancelación pueda proceder como si de gravámenes no preferentes se tratara, sino que respecto de ellas se exige providencia ejecutoria dictada por el Juez que las mandó hacer (artículos 82 y 83 LH).

7. *Necesidad de juicio declarativo correspondiente con demanda a los titulares registrales para la efectividad de la nulidad del 878 CCo*

Otra de las conclusiones importantes a que se llega a través del estudio de la RDGRN de 7 de noviembre de 1990 y que ya se planteó en la RDGRN de 24 de enero de 1979 —al exigir para que pudiera anotarse la declaración judicial de quiebra, que las fincas estén inscritas a favor de la persona directamente afectada por la anotación que deberá haber sido citado en el procedimiento— es la necesidad de demanda al titular registral cuyo asiento se pretende declarar nulo como consecuencia de la declaración de quiebra.

En efecto, establece la RDGRN de 7/11/1990 que “la cancelación o modificación de los asientos practicados en favor de los adquirentes posteriores del quebrado, incluidos en el periodo de retroacción, cuando no concurre el consentimiento voluntariamente prestado, no podrá decretarse sino por resolución judicial firme dictada en procedimiento oportuno en el que hayan sido parte los titulares afectados (artículos 20, 40, 82 y 83 de la LH y 174 RH y 1.186 LEC) dándose así satisfacción tanto al principio registral de salvaguardia de los asientos como al principio constitucional de protección jurisdiccional de los propios asientos (artículo 24 de la Constitución)” (RDGRN de 7/11/1990).

Este procedimiento no es el concursal derivado de la quiebra, sino el declarativo ordinario con demanda al titular registral expresamente entablado, para que se declare la nulidad de la inscripción.

Así ocurrió en la STS de 24 de octubre de 1989 en la que por demanda de la sindicatura de la quiebra se interpuso acción tramitada en juicio declarativo de mayor cuantía en la que se solicitó y obtuvo sentencia de nulidad de la escritura de hipoteca suscrita por la entidad quebrada y la codemandada.

8. *Conclusiones*

En resumen deben señalarse como requisitos para que proceda la cancelación de los asientos registrales como consecuencia de la declaración de quiebra, los siguientes:

- a) Acción de nulidad en juicio declarativo con demanda al titular registral —en los términos arriba expresados— (RDGRN de 7/11/1990).
- b) Que el titular registral no sea subadquirente protegido por la fe pública registral (RDGRN de 26/1/1986).
- c) Que la sentencia sea firme (RDGRN de 24/1/1979).

d) Que el asiento solicitado sea de cancelación, no siendo viable la anotación preventiva de la fecha de retroacción de modo autónomo, dado el criterio de *numerus clausus* en materia de anotaciones preventivas (RDGRN de 24/1/1979).

e) Que se aporte como documento complementario al mandamiento ordenando la cancelación, un testimonio de la sentencia de declaración de quiebra, sin que sea suficiente la referencia a la misma en el mandamiento de cancelación (RDGRN de 28/2/1977).

f) Que se ordene expresamente la cancelación de los asientos registrales afectados por la retroacción por referencia al número de finca, tomo y libro del Registro (RDGRN de 28/2/1977 y 7/11/1990).

Entre tanto la inscripción del auto de declaración de quiebra con fijación del período de retroacción no tiene otro alcance que hacer constar registralmente tal declaración de quiebra “pero con la cualidad de por ahora y sin perjuicio de tercero” (RDGRN de 14/11/1990) ya que:

a) No impedirá la ejecución de hipotecas anteriores —aunque comprendidas en el período de retroacción— (RDGRN 8 y 14/11/1990).

b) Tal ejecución quedará afectada en su caso si se declara la nulidad de la hipoteca (STS 1/2/1974).

c) Mientras tanto la adjudicación derivada de la ejecución hipotecaria se inscribirá con arrastre de la carga de la declaración de quiebra por ser carga posterior preferente (RDGRN 14/11/1990).

FRANCISCO JAVIER GÓMEZ GÁLLIGO  
Registrador de la Propiedad

### III. Sentencias del Tribunal Supremo

#### 1. DERECHO CIVIL

##### B) OBLIGACIONES Y CONTRATOS

POR JOSÉ QUESADA SEGURA

*EL PAGO DE PARTE DEL PRECIO NO CONSTITUYE "ARRAS", SINO VERDADERA COMPRAVENTA* (SENTENCIA DE 9 DE MAYO DE 1990).

*Doctrina de la Sentencia.*—La percepción como señal o parte del pago del precio convenido por un piso en determinada fecha no es un pacto de arras, ni un compromiso de venta, sino un auténtico contrato de compraventa con fuerza obligatoria plena entre las partes que suscriben el convenio. Por consiguiente, no se ha infringido el artículo 1.454, ya que es evidente que según los hechos probados no medió en el contrato pacto alguno ni expreso ni tácito acerca de arras penitenciales, que son a las que se refiere dicha norma, sino que la suma entregada como "paga y señal" lo fue en concepto de arras confirmatorias y como parte del precio; cuestión que por otra parte, según ha declarado esta Sala, en Sentencia de 24 de noviembre de 1926, corresponde apreciar al Tribunal de instancia.

*VENTA DE BIENES MUEBLES A PLAZOS: NECESIDAD DE QUE SE EXPRESE LA CESION DE LA RESERVA DE DOMINIO* (SENTENCIA DE 10 DE MAYO DE 1990).

*Doctrina de la Sentencia.*—Conforme se deduce del contenido del párrafo primero del artículo 3 de la Ley sobre venta de bienes muebles a plazos de 17 de julio de 1965, cuando el vendedor ceda o subrogue al financiador en su crédito frente al comprador, con o sin reserva de dominio, o cuando vendedor y financiador se concierten de cualquier modo para proporcionar la adquisición de la cosa al comprador contra el pago ulterior del precio a plazos, es significativo de convenio a tal fin que tiene la consideración simplemente de préstamo de financiación a vendedor, sin determinar por sí solo el desplazamiento de los efectos del dominio de los bienes vendidos al cesionario o subrogado; para que la cesión

alcance a la cláusula de reserva de dominio se habría precisado que expresamente se hubiese convenido, cual se deduce del concepto de la circunstancia 12 del artículo 6 de la invocada Ley sobre venta a plazos de 17 de julio de 1965, en cuanto expresamente previene la precisión de consignar en el correspondiente contrato que se ha producido la cesión de la cláusula de reserva de dominio.

**DIFERENCIA ENTRE LA FIANZA Y CONTRATO DE SEGURO DE CAUCION**  
(SENTENCIA DE 19 DE MAYO DE 1990).

*Doctrina de la Sentencia.*—La diferenciación entre el contrato de fianza y el contrato de seguro de caución, ya se considere éste como una figura de seguro autónoma al modo que lo hace el artículo 68 de la Ley de Contrato de Seguro de 8 de octubre de 1980, ya se considere como una modalidad del seguro de crédito, presenta ciertas dificultades nacidas de la idéntica función de garantía que cumplen ambos contratos, no obstante lo cual la mayoría de la doctrina, tanto civilista como mercantilista, se pronuncian por su neta separación; así mientras la fianza es un contrato por el cual el fiador se obliga a cumplir por el deudor principal en el caso de incumplimiento de éste, en el seguro de caución el asegurador se obliga, no a cumplir por el deudor principal, sino a resarcir al acreedor de los daños y perjuicios que aquel incumplimiento le hubiera producido, de donde se desprende que para que el fiador resulte obligado a satisfacer la obligación por él contraída es bastante el incumplimiento del afianzado, cuya posición asume, mientras que la obligación de resarcimiento asumida por el asegurador requiere, además de ese incumplimiento, que como consecuencia del mismo se hayan causado daños y perjuicios al asegurado, y estas notas características de ambos contratos, aparte de otras, como el carácter accesorio de la fianza frente al de principal de la obligación del asegurador, se pone de manifiesto en las definiciones que de uno y otro contrato se dan en nuestros textos legales, artículo 1.822, párrafo 1.º del Código Civil, artículo 68 de la Ley de Contrato de Seguro.

**RECURSO DE REVISION: REQUISITOS** (SENTENCIA DE 20 DE MAYO DE 1990).

*Doctrina de la Sentencia.*—Siendo la revisión un remedio procesal encaminado a atacar el principio de la cosa juzgada, a la vez que controlar en beneficio de la justicia si la resolución cuya rescisión se pretende fue dictada como consecuencia de defectos o vicios que de haberse conocido hubieren provocado una resolución distinta, no ya sólo en la interpretación de los presupuestos en que la misma se apoya han de ser contemplados con criterio a la vez que estricto, restrictivo, sino que además los mismos han de haberse producido fuera del proceso en que se hubiere dictado la sentencia que se trata de impugnar quedando por tanto fuera los alegados o producidos en el mismo; la reciente sentencia del Tribunal Supremo de 16 de marzo de 1989 sintetiza la doctrina general sobre recurso de revisión que ha sido recogida en multitud de sentencias, así en la de 3-10-87 y 4-5-88, se establece: a) que el recurso de revisión, dado su carácter extraordinario y excepcional, aparece limitado en su alcance, condiciones precisas, y plazo para su ejercicio por la normativa la inexcusable observancia, contenida en los artículos 1.796 al 1.800 de la L.E.C.; b) la interpretación de dichos supuestos ha de realizarse con absoluta rigidez y criterio restrictivo, sin extenderlos a casos no especificados en el texto legal, para evitar la inseguridad de



situaciones reconocidas, quebrantando el principio de autoridad de la cosa juzgada; c) el plazo para interponerlo es de tres meses contados desde el día en que se descubrieron los documentos nuevos o el fraude, o desde el día de reconocimiento de la declaración de la falsedad (art. 1.798) y ello requiere de manera inexcusable la fijación por el recurrente del elemento temporal *dies a quo*, que debe probarse con precisión; d) la maquinación fraudulenta exige una irrefutable demostración de que se ha llegado al fallo por medio de ardides, argucias o artificios encaminados a impedir la defensa del adversario; el plazo de tres meses es de caducidad.

**EXCEPCIONALMENTE PUEDE PROCEDER EL RECURSO DE CASACION CONTRA LOS CONSIDERANDOS (SENTENCIA DE 25 DE MAYO DE 1990).**

*Doctrina de la Sentencia.*—Como norma general y conforme a la doctrina de esta Sala, por sentencia a los efectos de casación debe entenderse únicamente el fallo o parte dispositiva de la misma, sin que ello quiera decir que los considerandos estén desprovistos de valor y relevancia, cuando en verdad forman un todo con dicha parte dispositiva, incluso justificando jurídicamente los pronunciamientos del mismo, en cuyo aspecto cuando esa justificación se contradice en el sentido del pronunciamiento o cuando éstos infringen alguna ley citada en el considerando, es evidente que contra los mismos procederá el recurso de casación por incongruencia, como excepción a dicha norma general.

**LA IMPOSICION "A PLAZO" ES UN CONTRATO MERCANTIL "SUI GENERIS" (SENTENCIA DE 28 DE MAYO DE 1990).**

*Doctrina de la Sentencia.*—Si ciertamente en el contrato de cuenta a plazo parece que los rasgos típicos del contrato de depósito inherentes a aquél se atenúan de tal modo que hace pensar en su transformación en un préstamo, contrato en el cual es esencial que el prestatario tenga a su favor un plazo de disfrute del capital prestado, en tal supuesto la doble disponibilidad que caracteriza al depósito se reduce a una disponibilidad unilateral a favor del banco, dando origen, en consecuencia a un contrato mercantil "sui generis", que no es puramente préstamo ni depósito, aunque contenga aspectos característicos de uno y otro, pues que la intención de la parte no es la de conceder y recibir un préstamo, sino simplemente el convenir la finalidad perseguida por el cliente del Banco de mantener una determinada cantidad de dinero, en las cajas de la correspondiente entidad bancaria, como verdadera colocación de capital, documentada en lo que se designa "imposición a plazo", con el alcance de que aunque se le califique de contrato de préstamo subsiste el carácter real y unilateral propio del depósito, en el que las obligaciones fundamentales a cargo del Banco (restitución y abono de intereses) son las mismas que en el depósito a la vista, con la diferencia de que en el depósito a plazo estriba en que la restitución no se hace a requerimiento simplemente del depositante, sino que ha de hacerse precisamente al término del vencimiento fijado en el contrato, que viene establecido exclusivamente en favor del Banco y que por tanto puede renunciar a él en cualquier momento, si el correspondiente solicitante indistinto, con efecto de solidaridad, se lo solicitare.

**HAY VENTA A PLAZO Y NO ARRENDAMIENTO FINANCIERO CUANDO EL VALOR RESIDUAL, PARA EL CASO DE EJERCITARSE LA OPCION, SEA INSIGNIFICANTE** (SENTENCIA DE 28 DE MAYO DE 1990).

*Doctrina de la Sentencia.*—Siendo distinta la finalidad económica perseguida con el arrendamiento financiero y la venta a plazo, su indudable semejanza facilita la utilización de la primera de esas formas negociales para ocultar una verdadera venta, a fin de obtener las ventajas financieras y fiscales de aquella, pues como tiene declarado con reiteración esta Sala, la calificación de los contratos ha de descansar en el contenido obligacional convenido, abstracción hecha de la denominación que las partes asignen a aquellos. Calificado por la Sala *a quo* como de arrendamiento financiero el contrato, tal calificación contractual ha de estimarse errónea habida cuenta de la existencia de actos de las partes coetáneos y posteriores a la celebración del contrato, de los que surge de forma patente la verdadera e inicial voluntad o intención de los contratantes de celebrar una compraventa de bienes muebles a plazo; así, fijado el plazo de duración del contrato en cinco años, se pactó una renta mensual de 219.886 pesetas y como valor residual de toda la maquinaria objeto de aquél, el de 214.965 pesetas, inferior por tanto al de una mensualidad, y que representa un porcentaje del 1,62 por 100 respecto del precio total fijado en el contrato que ascendía a 13.193.160 pesetas, valor residual que ha de conceptuarse de insignificante o simbólico, circunstancia esta que de acuerdo con la doctrina mayoritaria en nuestro país, así como de la francesa y alemana, permite afirmar que nos encontramos ante un contrato de compraventa, dado que un precio puramente nominal o simbólico de la opción de compra no cumple la función económica de un precio autónomo, doctrina ésta recogida en la Sentencia de 10 de abril de 1981.

*Comentario.*—Interesante doctrina y de importancia para nosotros los Registradores, inmersos como estamos en la vorágine de los "leasings" por mor de la mecanización e informatización. Resulta que tal como se pactan la generalidad de estos contratos, somos ya los dueños de la maquinaria, según la interpretación hecha por el Supremo, por lo que no nos afectarían los embargos que pudieran pasar sobre las entidades financieras, y a éstas, por el contrario, sí les afectarían los nuestros.

**SEGUROS: COMPETENCIA DE LOS TRIBUNALES CIVILES** (SENTENCIA DE 29 DE MAYO DE 1990).

*Doctrina de la Sentencia.*—El recurrente entiende que los Tribunales del orden Jurisdiccional Civil han debido de abstenerse de resolver sobre el presente caso, hasta tanto que el Consorcio demandado estime procedente elevar la propuesta a la Dirección General de Seguros, para que este Organismo determine si decide declarar o no como extraordinaria la tormenta de pedrisco que asoló parte de la provincia de Logroño. Al quedar suprimido el Tribunal Arbitral de Seguros, por aplicación de la Disposición Adicional décimotercera de la L.O.P.J., y atribuido el conocimiento de todos los asuntos litigiosos a él asignados a los Tribunales del orden civil, la plena competencia y jurisdicción de éstos no queda cercenada por limitación o prevención de clase alguna. Lo que la parte recurrente postula en el motivo que analizamos, no es otra cosa que dejar a la unilateral voluntad de la parte demandada la decisión de elevar la propuesta que indica el artículo 9 f) a la Dirección General de Seguros, y que este organismo resuelva

dejar vía libre para que pueda dictarse la resolución judicial. La tesis, manteniendo la literal y formal aplicación del citado precepto es anticonstitucional, ya que viola directamente el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva de un interés legítimo, proclamado en el artículo 24.1 de la Constitución, y autoriza a los Tribunales para declarar su inaplicabilidad.

**DERECHO A LA DEFENSA Y A LA BILATERALIDAD (SENTENCIA DE 5 DE JUNIO DE 1990).**

*Doctrina de la Sentencia.*—El Tribunal Constitucional tiene establecido que el derecho a la defensa y a la bilateralidad, que como fundamental consagra el artículo 24.1 de la Constitución, contiene un mandato dirigido al legislador y al intérprete, en el sentido de promover la contradicción, resultando conculcado cuando los titulares de derechos legítimos se ven imposibilitados de hacer uso de los medios legales necesarios para su defensa, correspondiendo en estos casos al Órgano judicial suplir, mediante una interpretación posible y favorable al ejercicio de la acción impugnativa el imperfecto y muchas veces erróneo cumplimiento de los requisitos formales impuestos por la L.E.C., asegurando así la primacía del mencionado derecho fundamental.

**NO ES INCONGRUENTE LA SENTENCIA QUE CONCEDE LA RESCISIÓN DE UN CONTRATO CUANDO SE HABÍA PEDIDO LA ANULACIÓN (SENTENCIA DE 7 DE JUNIO DE 1990).**

*Doctrina de la Sentencia.*—La incongruencia es el vicio que afecta a las sentencias que conceden algo distinto de lo pedido, dejan sin respuesta cuestiones planteadas con cumplimiento de todos los requisitos, o los resuelven con argumentos jurídicos que rebasan los límites del principio *iura novit curia*, de modo tal que provocan la indefensión. En todo caso la incongruencia se deduce de la comparación del suplico de la demanda con la parte dispositiva de las sentencias, y eventualmente de la comparación de la causa de pedir, esto es, del relato histórico en que se fundan las peticiones y los argumentos utilizados por la Sala para resolverlas. En el caso de autos la acción ejercitada es la rescisoria, aunque confundida en el suplico con la anulatoria; pero no se puede ignorar que ambas figuras son formas de ineficacia de los contratos, cuyos contornos son aún borrosos para algunos sectores doctrinales. El propio Código les da tratamiento análogo (arts. 1.295, 1.303) o idéntico, como cuando señala el plazo de duración de la acción (arts. 1.299 y 1.301). Incluso utiliza, en ocasiones sin rigor técnico, la palabra rescisión (arts. 1.469, 1.454, 1.819, etc.). Las partes no han pedido expresamente la declaración de efectos secundarios tales como la indemnización, que es una de las diferencias que el código señala entre rescisión y anulabilidad. De todo ello debe concluirse que la sentencia fue congruente.

**PRESUNCION POSESORIA DEL ARTICULO 449 DEL CODIGO CIVIL: LIMITES (SENTENCIA DE 8 DE JUNIO DE 1990).**

*Doctrina de la Sentencia.*—La presunción posesoria que de los muebles y objetos que se hallen dentro de una cosa inmueble o raiz, establece el artícu-

lo 449 del Código Civil en favor del poseedor de esta última, no puede en modo alguno considerarse establecida únicamente en función de la titularidad dominical de la cosa inmueble, pues ésta puede ser poseída con posesión inmediata por un tercero en concepto distinto del de dueño. Por tanto el artículo 449 es totalmente inidóneo por sí solo para poder considerar establecida, en favor del propietario de una cosa inmueble, una presunción de titularidad dominical de los bienes muebles existentes dentro de ella, cuando la misma se halla poseída, con posesión inmediata, por un tercero en concepto distinto del de dueño, pues como ya se ha dicho, el referido tercero puede ser, y normalmente lo es (piénsese en el arrendatario de la cosa inmueble), el propietario de dichos muebles.

**LOS BIENES GANANCIALES PERTENECEN A LA SOCIEDAD. LOS CONYUGES SOLO TIENEN UN DERECHO EXPECTANTE (SENTENCIA DE 12 DE JUNIO DE 1990).**

*Hechos.*—Doña M.C., casada en gananciales, formula demanda de tercería de dominio contra su esposo y la entidad embargante, alegando que ella es dueña de la mitad de los bienes embargados. No prosperó la demanda.

*Doctrina de la Sentencia.*—Señala pues el artículo 1.344 como momento de la división, determinación y atribución consiguiente de lo que a cada cónyuge corresponde en concepto de ganancial, el de la disolución de la sociedad; y es que en verdad, mientras dicha sociedad, constituida por marido y mujer, subsista, se mantiene una comunidad que responde a aquella denominada de mano en común o manos reunidas, de la técnica germana, sin atribución de cuotas, muy distinta de la comunidad romana, como indica la sentencia de primera instancia, regulada, en cuanto a la gestión y disposición de los bienes considerados o presumidos como gananciales, por el artículo 1.375 del Código Civil, conforme al cual corresponde juntamente a los cónyuges; por todo lo que al entender el juzgador de instancia, a los efectos de la tercería, que la actora no había acreditado su título dominical sobre los bienes gananciales, puesto que la sociedad de gananciales no había sido disuelta, obvio es, que no infringe el artículo 1.344.

Si los bienes se adquirieron para la sociedad conyugal de gananciales, es a la propia sociedad integrada por marido y mujer a la que pertenecen, no teniendo dichos componentes, en su individualidad, sino un derecho expectante, en la proporción que los mismos tienen en la sociedad, es decir, por mitad para el día en que se disuelva dicha sociedad, en el que, en primer lugar se determinarán los bienes que sean gananciales, para después ser adjudicados, en dicha proporción a marido y mujer.

**HAY SUMISION TACITA CUANDO LA PRIMERA ACTUACION NO ES LA PROPOSICION DE LA FALTA DE JURISDICCION (SENTENCIA DE 18 DE JUNIO DE 1990).**

*Doctrina de la Sentencia.*—La sumisión expresa, como hecha por los interesados renunciando clara y terminantemente a su fuero propio y designando con toda precisión el Juez a quien se sometieren (artículo 57 L.E.C.) ha de establecerse de manera clara, precisa, explícita y de modo bilateral, estando suscrita por quien renuncia a su fuero propio, y designando al juez a quien se sometieren. Existe sumisión tácita cuando no sea lo primero que se haga la

proposición en forma de la falta de jurisdicción o de competencia, y en el caso que nos ocupa se plantearon antes que la litispendencia la prescripción y la falta de legitimación.

**EL REGIMEN JURIDICO ESTABLECIDO PARA LOS BIENES DE LOS AYUNTAMIENTOS PREVALECE SOBRE LAS CIRCUNSTANCIAS DE ADQUISICION DE TALES BIENES (SENTENCIA DE 20 DE JUNIO DE 1990).**

*Doctrina de la Sentencia.*—El régimen jurídico establecido reglamentariamente para los bienes de los Ayuntamientos requería su inmediata aplicación para aquellos que se encontrasen adscritos al cumplimiento de sus fines específicos, y establecer lo contrario, por atender al origen y circunstancias de adquisición de tales bienes, supondría una inaceptable diferenciación en la posterior regulación jurídica de los mismos, especialmente cuando ha de concederse primacía a los intereses generales sobre los derechos puramente individuales.

**MAQUINACION FRAUDULENTA: LO ES EL ADUCIR DESCONOCIMIENTO DEL DOMICILIO DE LOS DEMANDADOS (SENTENCIA DE 25 DE JUNIO DE 1990).**

*Doctrina de la Sentencia.*—Según reiterada doctrina de esta Sala, una de las manifestaciones de la maquinación fraudulenta a que se refiere el número 4.º del artículo 1.796 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, es la que se deriva de la actividad de la parte actora, encaminada a ocultar al demandado el planteamiento del litigio, aduciendo desconocer su domicilio e interesando su emplazamiento por edictos, a los fines de que se sustancie el juicio en rebeldía, sin que el demandado comparezca a defender sus posibles derechos (SS. de 17-1-1983, 3-5-1984, 13-11-1985 y 30-6-1988, entre otras muchas).

**NO PUEDE ALEGARSE CASO FORTUITO CUANDO FALTA LA DEBIDA DILIGENCIA (SENTENCIA DE 26 DE JUNIO DE 1990).**

*Hechos.*—Se produjo un incendio en una discoteca. La madre de una joven fallecida demanda al titular del negocio, que es condenado.

*Doctrina de la Sentencia.*—Entendiéndose por caso fortuito todo suceso imposible de prever, o que previsto sea inevitable y por tanto realizado sin culpa alguna del agente, por lo que el vínculo de causalidad se produce entre el acontecimiento y el daño, sin que en él intervenga como factor apreciable la actividad dolosa o culposa del agente, por lo que para que tal suceso origine exención de responsabilidad es necesario que sea imprevisible o inevitable, y que cuando el acontecimiento dañoso fuese debido a incumplimiento del deber relevante de previsibilidad, no puede darse la situación de caso fortuito, debido a que falta la adecuada diligencia por omisión de la atención y cuidado requeridos con arreglo a las circunstancias del caso, lo que hace inaplicable la excepción que establece el artículo 1.105, al no darse la situación de imprevisibilidad e irresistibilidad requeridas por el precepto.

## C) ARRENDAMIENTOS

Por CATALINO RAMÍREZ RAMÍREZ

## ARRENDAMIENTOS RUSTICOS

**RETRACTO.—RIGIENDOSE EL ARRENDAMIENTO POR EL REGLAMENTO DE 1959, CADUCA LA ACCION A LOS TRES MESES DEL CONOCIMIENTO EFECTIVO DE LA TRANSMISION POR EL ARRENDATARIO** (SENTENCIA DE 6 DE MARZO DE 1989).

El Juzgado de Teruel desestimó la demanda, confirmando la sentencia la Audiencia de Zaragoza.

No triunfa la casación. Le es aplicable al arrendamiento el Reglamento de 1959, por haber sido efectuada la venta en 1976, por lo que el plazo para el ejercicio de retracto era de tres meses, por lo que la Audiencia entendió había caducado dicha acción. La convicción del Tribunal no se alcanzó por el juego de las presunciones sino por la apreciación conjunta de las pruebas practicadas. Si siempre se hubiera tenido que dar conocimiento al arrendatario de la transmisión —como prevé ahora la Ley— para que comenzara el plazo de tres meses no había sido necesario señalar en el texto la hipótesis de que el arrendatario conozca por cualquier medio la transmisión. Como la Sala fijó el hecho probado del transcurso del plazo y este hecho no había sido desvirtuado, tiene que decaer el recurso. Los razonamientos hechos sobre que los nuevos propietarios accedieran a la propiedad por herencia forzosa, además de entrañar una grave confusión entre herencia forzosa y herencia abintestato, no altera la cuestión, pues conocen los arrendatarios el cambio de propietario y por el Registro pudieron saber cuál era el título de adquisición.

**NULIDAD DE ARRENDAMIENTO.—SE DECLARA NULO EL ARRENDAMIENTO CONCERTADO POR EL MARIDO SIN CONOCIMIENTO DE LA ESPOSA A LA QUE SE LE ADJUDICA LA FINCA COMO LIBRE DE ARRENDATARIOS EN LA LIQUIDACION DE LA SOCIEDAD DE GANANCIALES, SIN QUE PUEDA ALEGARSE CONSENTIMIENTO TACITO DE LA MUJER** (SENTENCIA DE 14 DE MARZO DE 1989).

El Juzgado de Torrijos declaró nulo el contrato y la Audiencia revocó parcialmente, declarándolo anulable.

No prospera la casación. Se alega abuso de derecho por parte de la actora cuando pide la nulidad del arrendamiento, concertado por el esposo sin intervención ni consentimiento de la mujer, que no tuvo conocimiento del mismo hasta la disolución de la sociedad legal de gananciales pero, según la sentencia recurrida, la actora hace un ejercicio por mal de su derecho, conforme al artículo 12 L.A.R., cuya causa es el gravamen que puede significar un contrato de esta naturaleza sobre una finca que se adjudica a la actora en la escritura de transacción y liquidación de la sociedad conyugal. No existe un consentimiento tácito de

la demandante, ya que sería precisa la existencia de hechos que revelasen la intención de otorgarlo, no siendo suficiente para ello en el presente caso que la esposa conociera a través de los documentos expuestos la existencia de ocupantes de la finca, cuando más en la escritura de partición se manifiesta que la finca se halla libre de arrendatarios.

**RETRACTO.—LA MERA INFORMACION DEL PROPOSITO DE VENDER LA FINCA NO ES LA NOTIFICACION PRECISA PARA EL EJERCICIO DEL RETRACTO. AUNQUE LOS ARRENDATARIOS ESTAN JUBILADOS COMO TRABAJADORES DE LA INDUSTRIA, SE DEDICAN REAL Y EFECTIVAMENTE AL CULTIVO DE LAS FINCAS ARRENDADAS (SENTENCIA DE 17 DE MARZO DE 1989).**

El Juzgado número 2 de San Sebastián admitió el retracto, desestimando la apelación la Audiencia de Pamplona.

No triunfa la casación. La reunión de julio de 1985 entre el administrador de la sociedad propietaria y los arrendatarios tuvo por objeto la información sobre el propósito de vender la finca, pero no con los datos y circunstancias que se fijan en el artículo 87 de la Ley, por lo que no pudo entenderse como sustitutivo de la notificación y conocimiento, de que se habla en el artículo 88 de la misma Ley, y su fecha no puede servir de cómputo inicial del plazo para el ejercicio de la acción de retracto, y la valoración racional y crítica del resultado de las pruebas mencionadas no permite sostener que en la reunión se diera información total de los requisitos del artículo 87, con el detalle requerido. Los actores dependían del trabajo en la industria hasta su jubilación, pero las parcelas que ocupaban y disfrutaban eran cultivadas por ellos de forma personal y directa, sin que sea aplicable la doctrina sentada por la Sentencia de 19 de mayo de 1986, ya que éste se refiere a un pensionista del régimen agrario, que no se ocupaba directamente de la explotación de la finca y, en este caso, desde su jubilación no tiene otra dedicación que la explotación de las fincas de que se trata de forma efectiva, mejorando la estructura y cultivo del suelo de las parcelas, reconociéndoles la Sala la relación arrendaticia ya que, después de su jubilación en 1980, se celebró la reunión en 1985. Si el motivo que llevó a la empresa a la cesión de terrenos fue el decisivo de la relación contractual, recibiendo una renta baja, no se puede decir que la cesión fuera por pura liberalidad, ya que existe el hecho cierto del pago de un cantidad anual por el uso y disfrute de la tierra, como se hizo constar en los recibos girados, subsistiendo tal situación después de la jubilación de los usuarios de las parcelas.

**RESOLUCION DE CONTRATO.—NO SE HIZO CONSTAR EN EL REQUERIMIENTO PARA LA DENEGACION DE LA PRORROGA LA IDENTIDAD DEL DESCENDIENTE QUE CULTIVARIA DIRECTAMENTE LA FINCA, REQUISITO INDISPENSABLE SEGUN EL ARTICULO 26 L.A.R. (SENTENCIA DE 6 DE JULIO DE 1989).**

El Juzgado número 1 de Sevilla estimó la demanda, declarando resuelto el contrato por expiración de plazo y de sus prórrogas y haber recabado el cultivo directo, lo que confirma la Audiencia.

Es apreciado el recurso de casación. Alegan los recurrentes una incongruen-

cia de la sentencia al haber resuelto sobre la acción de denegación de prórroga, que no había sido ejercitada por la arrendadora, pero no es así ya que, un año antes de finalizar la prórroga, la arrendadora requirió a los demandados haciéndoles saber que, acabando el próximo año la prórroga del arrendamiento, dejen libre la finca, ya que piensa cultivarla directamente. Los demandados alegaron que el requerimiento se refería a una parcela, no haciendo referencia a las demás arrendadas, pero según se ve en la sentencia recurrida no era así. Según el artículo 26 L.A.R., se debía señalar en la notificación la identidad del descendiente, mayor de dieciséis años, al que se quiere atribuir el cultivo de la finca, ya que es la única forma de saber si el descendiente designado reúne o no el requisito legalmente exigido de ser un profesional de la agricultura, además de ser el único medio que posibilita el control del cumplimiento por el designado del compromiso contraído, ya que, en otro caso, el arrendatario podría ejercitar el derecho a la reanudación del arrendamiento que le concede el artículo 27 de la Ley. La arrendadora manifestó que se proponía cultivar, por sí o por medio de sus hijos o nietos, directamente, las tierras arrendadas y, habiendo fallecido durante la tramitación del proceso, la hija y heredera, al personarse en el procedimiento, en beneficio de la comunidad hereditaria no hizo manifestación o concreción alguna acerca de quien, de entre los legitimados para ello, se propone cultivar directamente las fincas, sino que ha continuado basándose exclusivamente en los requerimientos expresados, efectuados por su madre, no pudiendo entenderse cumplida la exigencia legal al no conocerse quien sea el descendiente o heredero de la arrendadora para quien se reclaman las fincas, para su cultivo durante seis años.

**RESOLUCION DE CONTRATO.—LA LEY 34/1984, DE 6 DE AGOSTO, REDACTA NUEVAMENTE EL ARTICULO 13 L.A.R., POR LO QUE EL RECURSO NO ESTA INTERPUESTO EN FORMA. POR OTRA PARTE SE TRATABA DE APARCERIA Y NO DE ARRENDAMIENTO POR LO QUE NO ES APLICABLE EL ARTICULO 101 DE LA LEY (SENTENCIA DE 30 DE SEPTIEMBRE DE 1989).**

El Juzgado de Medina de Rioseco y la Audiencia de Valladolid estimaron la demanda de resolución del arrendamiento.

No triunfa la casación. Interpuesto el recurso en marzo de 1989 se basa en una normativa derogada por la Ley 34/1984, de 6 de agosto, que redactó nuevamente el apartado 3.º del artículo 132 de la Ley de 1980, señalando que el recurso debe fundarse en alguno de los motivos expresados en el artículo 1.692 L.E.C. Quedaron suprimidos los motivos que dicho apartado contenía en su originaria redacción, que fue derogada expresamente por dicha disposición de 1984. Siendo así el recurso debió ser inadmitido en el trámite en que ello es posible (art. 132, 5 L.A.R.) pues el recurso no fue interpuesto en forma. Pero aun prescindiendo de ello, el recurso habría de ser igualmente desestimado. Se trata de un contrato de aparcería celebrado en documento privado en el que se fijó la duración del contrato y se pactó que el cedente ponía sus fincas y el cultivador su trabajo, siendo los abonos y simientes en proporción a los frutos que se repartían, esto es un 40 por 100 y un 60 por 100. No acreditada la existencia de arrendamiento, no hay infracción de los artículos 1 y 25 de la Ley y, tratándose de una aparcería no hay razón para aplicar el artículo 101 L.A.R.



## ARRENDAMIENTOS URBANOS

**RESOLUCION DE ARRENDAMIENTO.—LAS OBRAS REALIZADAS SON UNAS DE ADAPTACION DEL LOCAL PERMITIDAS EN EL CONTRATO Y OTRAS IMPUESTAS POR LA AUTORIDAD MUNICIPAL (SENTENCIA DE 14 DE FEBRERO DE 1989).**

El Juzgado número 1 de Ibiza desestimó la demanda y la Audiencia confirma la anterior.

No se admite la casación. En el contrato de 1972 se autorizó al arrendatario para realizar obras de adaptación y las necesarias para la instalación de su negocio o industria. Posteriormente, en 1974 se le autorizaron obras de reforma, reparación y mejora que estime convenientes para el buen funcionamiento y seguridad del restaurante allí instalado. En cuanto a la sustitución de una chimenea por un tubo de ventilación, se hizo por orden del Ayuntamiento de Ibiza para una correcta evacuación de humos y olores de la cocina del restaurante. Ante estos hechos no cabe estimar la acción de resolución del contrato por realización de obras in consentidas, por ser obras de adaptación realizadas en fechas próximas a la celebración del contrato, por lo que se entienden autorizadas en el mismo, o autorizadas expresamente después, o impuestas por la autoridad municipal.

**RESOLUCION DE ARRENDAMIENTO.—EXISTEN DOS PRESTACIONES: UNA REFERENTE AL ALQUILER Y OTRA COMO PAGO FRACCIONADO DEL DERECHO DE TRASPASO QUE ANTICIPADAMENTE SE CONCEDIA (SENTENCIA DE 7 DE MARZO DE 1989).**

No prospera la casación. El contrato se celebró en 1972, fijando una renta mensual y una cláusula de revisión cada cuatro años, en función del coste de la vida, siendo el destino del local la exposición y venta de muebles, no mediando la correspondiente autorización, y se concedía el derecho de traspaso mediante el pago de una merced complementaria. En 1976 se hizo otro documento, elevándose la renta del local por el concepto de traspaso y permaneciendo la renta inmodificada hasta 1980 en que entraba en vigor la cláusula de incremento del coste de la vida. Hasta 1985 se expedían recibos por separado, uno por el alquiler y otro por los derechos de traspaso. La verdadera intención era la de autorizar la cesión del local a un tercero. En cualquier caso, el consentimiento del arrendador elimina la exigencia de los demás requisitos. La alegada simulación del convenio complementario de 1972 no puede sostenerse ya que hay una abrumadora prueba documental, demostrativa de que se pactaron dos prestaciones: una referente al alquiler y otra como pago fraccionado del derecho de traspaso que anticipadamente se concedía. La facultad del arrendador de autorizar el traspaso mediante una sustanciosa compensación económica está comprendida en el artículo 6 L.A.U. y en el 1.255 C.C., y no es correcto hablar de pura renuncia de derechos cuando media contraprestación, pues aquella supone un acto unilateral llevado a cabo por el titular de un derecho de una forma clara, expresa y terminante y, en cuya virtud se hace dejación del mismo, sin transmitirlo a otra persona, distinta a un pacto bilateral.

**RECLAMACION DE RENTAS.—CONFORME A REITERADA JURISPRUDENCIA, NO ES EL PROCEDIMIENTO ARRENDATICIO EL ADECUADO PARA RECLAMAR EL PAGO DE LAS RENTAS DEBIDAS Y TIENE QUE SER SUSTANCIADO POR LAS NORMAS DE DERECHO COMUN** (SENTENCIA DE 22 DE MARZO DE 1989).

El Juzgado número 19 de Madrid estimó la demanda interpuesta contra el Estado, en reclamación de renta de local de negocio, lo que confirma la Audiencia.

No se admite el recurso de casación interpuesto por el Abogado del Estado. Conforme a reiterada jurisprudencia no es el procedimiento arrendaticio el adecuado para reclamar el pago de las rentas debidas y tiene que ser sustanciado por las normas de Derecho común, ya que no deriva del artículo 56 L.A.U. y sí del 1.555 C.C. (SS. de 19 de diciembre de 1963 y de 9 de junio de 1982, entre otras). La Sala sentenciadora sienta de modo terminante que la acción ejercitada se apoya en la efectividad del acuerdo a que llegaron los litigantes para fijar el importe de la deuda reclamada en la demanda, lo que hace que el derecho del arrendador a su percibo no pueda situarse dentro del ámbito de la legislación especial arrendaticia. El contrato de arrendamiento de pisos y locales para su uso por la Administración no cabe duda que, por su naturaleza, excluye la aplicación del ordenamiento jurídico-administrativo al quedar sometido a la L.A.U., normativa que permite se inserten en los contratos cláusulas de revisión o estabilizadoras de la renta, cuya aplicación en su caso no puede significar ni un pacto modificativo de un contrato anterior ni se le puede atribuir a la conformidad prestada a la forma de llevarse a efecto la revisión, el carácter de cláusula modificativa de lo inicialmente pactado y si la resolución de una incidencia que, en el devenir de la vida contractual había de plantearse cada vez que proceda aplicar la cláusula de revisión pactada. El exigir para llevar a cabo cada actualización de la renta los requisitos que el artículo 7 de la Ley de Contratos del Estado señala para otorgar en nombre de éste los que sean procedentes, significa dar a la norma citada una interpretación ilógica o desorbitada, que pugna con lo que establece el artículo 3 C.C. Al ser la aplicación de las cláusulas de revisión un efecto de lo convenido en el contrato y no aducirse por la recurrente que para su operancia le sean aplicables normas especiales, a las que regulan las relaciones de Derecho Privado habrá de estarse.

**RETRACTO.—CUANDO EL ARRENDADOR ENAJENA UNA PORCION DE FINCA MAYOR QUE LA QUE EL ARRENDATARIO TIENE ARRENDADA, NO RESULTA POSIBLE EL DERECHO DE RETRACTO** (SENTENCIA DE 27 DE MARZO DE 1989).

El Juzgado número 5 de Barcelona desestima la demanda, lo que confirma la Audiencia.

No procede la casación. La casa matriz del piso fue adquirida en 1952 y se arrendó al recurrente en 1953 y al ser reducido el capital social, con adjudicación a los accionistas de la finca, de cuotas *pro indiviso* en la misma proporción de las acciones de su respectiva titularidad, correspondiendo el 10 por 100 a la demandada, es evidente que no cabe el retracto en esa adjudicación que, referida a una finca completa, está fuera de las previsiones del artículo 47 L.A.U., conforme a la doctrina de esta Sala (SS. de 30 de junio de 1962 y 24 de mayo de 1982) que

mantiene el criterio de que, cuando el arrendador enajena una porción de finca mayor que la que el arrendatario tiene arrendada, no resulta posible el derecho de retracto. En 1983 se otorga escritura en la que se concretan las participaciones indivisas de los accionistas en todos y cada uno de los pisos que lo constituyen en propiedad horizontal, correspondiendo a la demandada un 16/150 del piso arrendado, transmisión que podría haber sido soporte del derecho de retracto; de haber dirigido la acción contra todos y cada uno de los copropietarios, no sólo contra la demandada, y dentro de los sesenta días naturales siguientes al de tener conocimiento de las circunstancias de esa adjudicación, es decir, desde la fecha del asiento de presentación en el Registro de la Propiedad, por lo que el ejercicio del retracto del piso completo es ahora inoperante. Y en lo que atañe a la adquisición de las 134/150 participaciones indivisas de los copropietarios restantes, efectuada en noviembre de ese mismo año, constituye una actuación jurídica privilegiada conforme al artículo 50 L.A.U. que señala la preferencia del derecho de adquisición del dueño de todas o parte de cada una de las demás participaciones ajenas al de retracto del inquilino, no siendo válida ninguna argumentación en contra de este precepto. Tampoco existe fraude de ley ya que, examinado todo el proceso transmisivo desde 1952 hasta hoy, y no habiéndose ejercitado, cuando se pudo, el derecho de retracto que ahora se quiere hacer prevalecer en tiempo y forma procesal no adecuados, no es lícito alegar ese fraude cuando la demandada hace uso de una titularidad conforme a derecho, lo que no es abusivo ni injusto, cuando la adquisición lo ha sido con base en preceptos legales concretos.

***RESOLUCION DE ARRENDAMIENTO DE LOCAL.—EXISTEN PRUEBAS DEL USO COMPARTIDO DEL LOCAL POR MARIDO Y MUJER, POR LO QUE, CONFORME A REITERADA JURISPRUDENCIA, NO EXISTE TRASPASO (SENTENCIA DE 5 DE ABRIL DE 1989).***

El Juzgado número 1 de Zaragoza estimó parcialmente la demanda, resolviendo el contrato de arrendamiento del local y la Audiencia declaró la resolución en cuanto a uno de los demandados y no respecto al otro.

Procede la casación. Realizado el contrato en 1975 entre el difunto marido de la demandante y el demandado, de arrendamiento de un local para la venta de muebles, en 1980, éste arrienda primero y adquiere después una oficina en el mismo inmueble, ubicando en ella una sociedad que acababa de constituir para dedicarla a la decoración. En 1981 causa baja en la licencia fiscal de venta de muebles, dándose el alta de la mujer. El Juzgado declaró la resolución del arrendamiento por cesión inconstituida. En la apelación se revoca la cesión o traspaso del local a la sociedad, dando lugar únicamente a la resolución por traspaso del marido a la mujer, siendo esto únicamente lo impugnado en el recurso de casación. Existen pruebas de que el cambio efectuado en la titularidad fiscal y laboral no supone un traspaso, ya que hay un uso compartido del local por ambos esposos y existe infracción de las normas legales y de la doctrina jurisprudencial, en orden a la naturaleza consorcial del contrato arrendaticio, según el Derecho Foral de Aragón. Existen titularidades indistintas de las cuentas bancarias del negocio; la titularidad de los contratos de los servicios de agua, basuras, teléfono, etcétera; la titularidad compartida en los contratos de suministro de muebles, etcétera, todo lo cual conduce a la conclusión de que, no obstante, el cambio de nombre en el comercio, el arrendatario continúa usando el local y ejerciendo el

comercio con la esposa de forma compartida, existiendo abundante jurisprudencia en este sentido a la que cabe añadir el criterio mantenido por esta Sala para el caso concreto que examinamos, que dice que, mientras la esposa, como supuesta tercera persona introducida en el local, no se halle separada legalmente, participa en el disfrute arrendaticio y goza de los derechos de la L.A.U., aun cuando el matrimonio esté sujeto a la separación de bienes o al régimen legal catalán, no estando tampoco privada de ejercer el comercio con independencia del marido, pues la interpretación contraria sería absurda, es decir, considerar al cónyuge como un extraño si interviene en el establecimiento de que fuere arrendatario su consorte. Con mayor razón, si el régimen matrimonial aplicable es el de Aragón, según el cual el negocio sería un bien común de los esposos.

**RESOLUCION DE CONTRATO.—AUNQUE SE HAYA LIMITADO EL USO DEL LOCAL PARA “DAR BANQUETES” NO SIGNIFICA QUE NO SE TRATE DE UN ESTABLECIMIENTO ABIERTO AL PUBLICO Y EL ARRENDAMIENTO, QUE NO TIENE EL CARACTER DE COMPLEJO, ESTA SOMETIDO A LA LEGISLACION ESPECIAL. SE PUEDE FIJAR LA RENTA SEGUN LA UTILIZACION DEL LOCAL, LO QUE PERMITE EL ARTICULO 97 L.A.U. (SENTENCIA DE 18 DE ABRIL DE 1989).**

El Juzgado de Cangas de Narcea desestimó la demanda y admitió la reconvencción del arrendatario, declarando la existencia de un arrendamiento de local, pero la Audiencia revocó la anterior.

Tiene éxito la casación. En 1980 se arrendaron ciertas dependencias de un convento para dar y celebrar banquetes de bodas, bautizos o de otra índole que no vayan contra los principios sociales y morales, que menoscaben la dignidad de la casa-convento. Se fijó una renta por cada acto que se celebrase y una duración de tres años, salvo si los arrendadores necesitasen las dependencias para uso y necesidades de la Orden. La sentencia de primera instancia estimó que el contrato era de arrendamiento de local sujeto a la legislación especial y con derecho de prórroga, pero la Audiencia dijo que era un arrendamiento complejo, regido por el Código Civil y las cláusulas contractuales. El contrato era de arrendamiento de unos locales que forman parte de un monasterio y destinados a ejercer una actividad lucrativa y, aunque se dude en la sentencia que los locales estén abiertos al público, no existe limitación en el contrato, ya que el hecho de haberse concretado el uso a la sola finalidad de “dar banquetes” no impide que puedan tener frecuencia diaria ni que puedan asistir cuantas personas deseen. La circunstancia de ser o no “establecimiento abierto al público” más que un dato fáctico, viene determinado por la voluntad de las partes con base en el destino del objeto contractual, que trasciende a su naturaleza, pues sería absurdo que un local arrendado para la celebración de actos de sociedad no fuese un “establecimiento abierto al público”. Se especifican las dependencias arrendadas, no entendiéndose desvirtuado el arrendamiento por la circunstancia de que se compartan con la comunidad religiosa, cuando no se usen para el destino arrendado. La renta se fija en función de la utilización de los locales, lo que permite el artículo 97 L.A.U. y la cláusula compensatoria es usual en estos contratos ya que, para amortizar gastos por las mejoras hechas por el arrendatario, se le conceden ciertas ventajas. No puede considerarse un arrendamiento complejo, ya que la simplicidad es manifiesta, dado que las diferentes condiciones añadidas son complementarias de la obligación principal contraída, careciendo

de la independencia y del carácter principal que el concepto de complejidad exige para desvirtuar el régimen propio del contrato arrendaticio. Siendo fundamental el arrendamiento de unos locales para ejercer una actividad industrial o comercial con fines lucrativos, es de aplicar la legislación especial, sin que la naturaleza del contrato pueda desvirtuarse por la índole accesorio de los pactos complementarios. En consecuencia le es de aplicación la prórroga obligatoria señalada por la legislación especial, conforme a la tesis del recurrente.

C. R. R.



# INFORMACION BIBLIOGRAFICA





DE LOS MOZOS DE LOS MOZOS, JOSÉ LUIS: *Estudios sobre Derecho de los bienes*, Editorial Montecorvo, Madrid, 1991. Un tomo de 703 págs.

Al profesor José Luis de los Mozos no es preciso “descubrirlo”, ya que su amplia obra es bien conocida y abarca gran parte de los ámbitos jurídicos en los que nos movemos. Es difícil dar paso sin encontrar trabajos con su nombre de la esfera del Derecho privado.

Desde siempre dedicado a su Cátedra y a la labor doctrinal, aquí hay una nueva muestra de su quehacer, en este libro en el que se recogen varios estudios que ya se habían publicado en diversas revistas y libros a lo largo de casi treinta años.

Lo curioso es que, aunque hace algún tiempo anda absorbido por las tareas políticas de su cargo de Senador y después de Magistrado del Tribunal Constitucional, eso no ha disminuido su capacidad de trabajo y sigue prodigándose en sus tareas doctrinales. Hizo un estudio previo a la edición de las discusiones parlamentarias del Código Civil hecha por el Senado, le he oído varias conferencias sobre temas de la formación del Código en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación y sobre Derecho civil europeo en el Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España y lo último que le conozco es un amplio y profundo prólogo a la vida y obra de Manuel Alonso Martínez. No sé de donde saca tiempo para todo.

A los dos tomos de “Estudios” sobre Derecho Agrario, tema en que también es especialista, añade ahora este libro que recoge, como dijimos, varios trabajos que tienen el denominador común de referirse al Derecho sobre los bienes, o a lo que tradicionalmente se calificaban de derechos reales.

El primer bloque de trabajos tiene un tinte densamente doctrinal. La formación jurídica romanista-germánica del autor se manifiesta claramente en estos estudios. En el primero encuadra este tratado específico dentro de la sistemática del Código Civil contemplando el papel de los bienes como elemento objetivo de los derechos de contenido patrimonial y la transición desde el concepto de Derecho de los bienes al de “Sistema de los derechos reales”, pero manteniendo la fidelidad a la teoría del título y del modo; deja a salvo esta última frente a los que creyeron que, en el nuevo sistema registral importado, la inscripción supliría a la tradición.

En el segundo estudio, publicado inicialmente en la *Revista General de Legislación y Jurisprudencia* en 1967, hace una profunda aportación para la mejor comprensión de la doctrina de Savigny en relación con la transmisión del dominio como punto de partida crítico para abordar el tema del principio del título y del modo, cuando, siguiendo a la mejor doctrina y de acuerdo con nuestro Ordenamiento positivo, nos dice, tiene uno sobrados motivos para hallarse decididamente en contra del llamado principio de abstracción, sin vacilaciones de ningún género.

Esta crítica al principio de abstracción, al que considera abiertamente en

crisis, se explaya y acentúa en otro trabajo que se publicó en el Anuario de Derecho Civil en 1972, en el cual se hace una completa reconstrucción histórica del concepto de la "causa traditionis" y defiende los presupuestos romanistas en que se apoya la adquisición del dominio en el Derecho español.

Otros dos importantes trabajos cierran este inicial bloque. Uno dedicado a estudiar la obligación real, con una acabada delimitación de sus perfiles y la correspondiente diferenciación de las figuras afines. El otro se refiere a la figura, tan mencionada como poco acabada, del patrimonio; repasa las teorías personalistas, finalistas y realistas que tratan de configurarlo y sigue la tesis del profesor De Castro, nuestro común maestro, acudiendo a los tres elementos que componen su noción y que son el valor económico, la denominación colectiva y la referencia al titular que lo regenta.

El segundo grupo de trabajos gira en torno a la posesión, esa institución que para algunos habrá de ser el eje futuro del Derecho de bienes, como consecuencia de una supuesta crisis del derecho de propiedad. En el primer estudio, que se publicó en 1965, José Luis de los Mozos, bajo el título "Notas para una reconstrucción del concepto de *animus posesorio* en el Derecho moderno", desenvuelve toda una completa teoría sobre la transformación histórica operada en este terreno desde el Derecho romano clásico ensanchándose el ámbito de la tutela posesoria hasta los supuestos de detentación, extendiendo por otra parte la posesión a los derechos y completando el fenómeno, a través de sucesivas mutaciones, mediante la espiritualización del corpus, el otro requisito clásico de la posesión, según las concepciones ideadas por el pandectismo.

En los "Estudios canónicos" en memoria del profesor Lamberto de Echevarría, en 1988, José Luis de los Mozos publicó un interesante trabajo sobre como se entiende en el ámbito canónico la *bona fides*; arrancando del aforismo "mala fides superveniens nocet", estudia la antonimia que en materia de buena fe posesoria se da entre las clásicas esferas romanas y canónicas. Señala el autor que el Código Civil español es el único entre los latinos modernos que se mantiene fiel a la *bona fides* canónica, como muestra con carácter general el artículo 435 y termina su exposición señalando la influencia de la doctrina canónica en la formación del concepto objetivo de la "bona fides" moderna.

El tercer trabajo sobre posesión que se recoge en este libro es el titulado "De nuevo sobre la acción Publiciana en el Derecho español" que se publicó originalmente en la *Revista de Derecho Privado* en 1989. En él estudia el origen y fundamento de esta acción, que el autor encuentra en la protección del derecho a poseer al que se superpone la función legitimadora de la buena fe subjetiva, para pasar después a ver como se insta tal acción en el sistema del Código Civil, mediante la continuidad de la tradición romanista, la cual, aún sufriendo alguna desviación, se reencuentra en el cauce de la codificación.

El tercer bloque de trabajos es llamado por el autor "Cuestiones fronterizas" porque, como nos dice, aquí se pueden captar algunas de las transformaciones que ha sufrido en esta época el Derecho de los bienes, mediante el Derecho agrario y el urbanístico.

Aquí sólo se refiere a éste último, pues del agrario ya publicó otros dos tomos de estudios.

La ordenación del territorio es uno de los problemas de nuestra época; si el suelo rústico precisa una distribución racional, el urbano es más escaso y valioso y hay que controlarlo por ser la base indispensable de la vivienda. Por ello son de gran interés los estudios que aquí se recogen: "Algunos supuestos de aplicación del concepto de solar", "Sistemas de actuación urbanística", "La tecnificación

del derecho de superficie y sus posibilidades urbanísticas", "Urbanismo y Derecho" y "Modificaciones del derecho de propiedad por razón de las actuaciones urbanísticas", son muestras de las inquietudes de José Luis de los Mozos manifestadas de 1964 a 1980 en diversas revistas, donde se recogen elucubraciones doctrinales con evidentes repercusiones prácticas.

"El retracto de comuneros" como figura importante de los derechos reales de adquisición, publicado en la *Revista de Derecho Privado* en 1962, se reproduce ahora, recordándonos la ya entonces madura doctrina del autor sobre este tema. Se trata del Derecho comparado, precedentes, doctrina e interpretación de las normas del Código referidas al retracto en sus distintos tipos y sus figuras afines.

Y ahora que estamos conmemorando el V Centenario del Descubrimiento de América parece de toda oportunidad traer a colación los dos trabajos finales del libro en comentario y que se refieren a la doctrina sobre el Derecho de bienes de dos autores iberoamericanos. El primero, dedicado al brasileño Augusto Teixeira de Freitas, se publicó en Padua en 1988, bajo el título "Aproximación metodológica al sistema de Teixeira de Freitas". El segundo, que vio la luz en 1986, *Revista de Derecho Privado*, titulado "Los derechos reales en la sistemática de Vélez Sarsfield", gira alrededor de la distinción entre derechos reales y personales, señalando como su obra ha trascendido hasta el Código argentino.

Este libro hay que leerlo despacio. Contiene una serie de trabajos densos, donde se recoge todo un abanico, amplio en el tiempo y en la materia, del pensamiento doctrinal de uno de los más prestigiosos civilistas españoles contemporáneos.

FRANCISCO CORRAL DUEÑAS

MONTOLÍO HERNÁNDEZ, JOSÉ MARÍA, y otros: *El nuevo régimen fiscal de las cooperativas*, editado por Fundescoop, con el patrocinio del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social. Madrid, 1991. Un tomo de 141 páginas.

La primera norma reguladora de un trato fiscal benigno para figuras asociativas de indole social fue la "Ley de exenciones", de 28 de enero de 1906. Se la conoció con este nombre porque concedía la exención de algunos impuestos para los actos de constitución, modificación, unión o disolución de *sindicatos agrícolas*, así como para los actos o contratos en que éstos intervinieran como parte, siempre que tuvieran por objeto cumplir determinados fines de acuerdo con sus Estatutos.

Esta exención, inicialmente ceñida a los sindicatos agrarios, se ha ido ampliando posteriormente en dos sentidos: beneficiando otras finalidades sociales aunque no fuesen agrícolas y haciéndose extensiva no sólo a la figura de los sindicatos, sino también a otras formas asociativas, y en especial las cooperativas.

La Ley de Cooperativas de 1942 sentó ya claramente un trato igualitario y paralelo, estableciendo en su artículo 31 que las cooperativas disfrutarían de los beneficios fiscales concedidos, "así como los determinados en la Ley de 28 de enero de 1906 para los sindicatos agrícolas".

Por Decreto de 9 de abril de 1954 se aprobó el primer Estatuto Fiscal de las cooperativas, que se declaró aplicable a los entonces llamados Grupos sindicales de Colonización por Decreto de 17 de diciembre de 1959. El Estatuto recibe

nueva redacción por Decreto de 9 de mayo de 1969 y también se declara aplicable, por otro Decreto de 21 de mayo de 1970 a los repetidos Grupos Sindicales de Colonización "constituidos para los mismos fines que caracterizan a las cooperativas del campo" y concediéndoles los mismos beneficios fiscales "en idénticos términos y límites".

Los pasos posteriores son una penosa sucesión de desaciertos. El Real Decreto-Ley 31/1977, de 2 de julio, concedió al Gobierno la facultad de regular, adaptar y sistematizar fiscalmente las normas aplicables a los antes llamados Grupos Sindicales de Colonización, que pasaban a llamarse Sociedades Agrarias de Transformación. Y aunque el Real Decreto 1776/1981, que se basaba en la anterior autorización de rango legal, estableció que estas SAT *continuarían* disfrutando los mismos beneficios fiscales, lo cierto es que en las nuevas leyes que han ido regulando los distintos impuestos, resultaban orilladas poco a poco estas agrupaciones de agricultores y, en consecuencia, les llovían por todas partes las liquidaciones, los expedientes y las sanciones. Sólo les cabía acudir a los tribunales para defenderse en enojosos, largos y costosos pleitos.

De poco valieron las quijotescas batallas libradas y las varias sentencias favorables del Tribunal Económico-Administrativo Central y del Tribunal Supremo. Los argumentos esgrimidos se pueden ver, por ejemplo, en nuestro trabajo en la *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* núm. 571, noviembre-diciembre, 1981, páginas 1.471 y siguientes. Pero todo esto ya sólo vale como inútil desahogo, pues aparecida la nueva Ley 20/1990, de 16 de diciembre, de Régimen Fiscal de las Cooperativas —"dura lex, sed lex"— todos a obedecer.

En ella se viene a sancionar un nuevo trato fiscal, aceptable para las cooperativas, pero lamentable para las SAT, a las cuales se ha dejado fuera de sus beneficios. Las sufridas agrupaciones de agricultores resultan "castigadas" sólo porque, no queriendo constituirse en cooperativas, antes fueron llamadas sindicatos y ahora sociedades, sin ser ni lo uno ni lo otro. La ley ha hecho bueno el dicho de mi tierra manchega: De fuera vendrán y a la calle nos echarán.

Pero centremos el tema. La exposición de la Ley del Régimen Fiscal de las Cooperativas constituye la finalidad de este libro que comentamos y que he recibido, con afectuosa dedicatoria que agradezco, de José María Montolío, uno de sus autores. Gran estudioso de cuestiones jurídicas-agrarias, es ya conocido de nuestros lectores; entre otras publicaciones suyas antes comentadas, recuerdo un magnífico trabajo sobre la Ley de Explotaciones Familiares Agrarias, en cuya redacción tuvo activa parte.

Este libro se integra en cuatro capítulos. El primero, titulado "Fiscalidad y cooperativas en el Derecho español", está escrito por el citado José María Montolío. Tiene un claro tinte doctrinal y jurídico y comienza estudiando el concepto de la persona jurídica o moral, para encuadrar su figura en nuestro ordenamiento; resume acertadamente la regulación de las asociaciones en el Código Civil, concluyendo que las sociedades, sean civiles o mercantiles, podrán variar por el objeto de sus operaciones, pero en realidad constituyen una categoría única; por ello, si las cooperativas han de tenerse por sociedades, pertenecen a esta categoría societaria amplia.

Con esta construcción trata de salvar la discusión inútil de si las cooperativas son asociaciones o verdaderas sociedades y, dentro de éstas, si deben considerarse civiles o mercantiles. Montolío recoge la opinión de Sanz Jarque, según el cual es vano el intento de buscar parecidos: las cooperativas tienen características, fundamento y fines propios, que se manifiestan en los llamados principios cooperativos.

El autor hace un extenso esbozo histórico-legislativo donde muestra la evolución de las ideas de los legisladores y doctrinarios. En principio se incluyó a las cooperativas en el amplio talego de las asociaciones; el Código de Comercio, resaltando sus finalidades filantrópicas, sólo las recibía como sociedades mercantiles "cuando se dedicasen a actos de comercio extraños a la mutualidad" (art. 124). De las leyes especiales, recoge Montolio la de 1906 que ha servido de cabecera a este comentario y la regulación de 1931 donde se habla de "sociedad cooperativa" y de "asociación de personas". La Ley de Cooperativas de 1942 contiene un inconcreto concepto de "reunión de personas", que se corrige en la Ley de 1974, donde ya se dice "es cooperativa aquella sociedad...", con lo que claramente se está acudiendo a un concepto societario, lo que se reafirma en la vigente Ley General de Cooperativas de 2 de abril de 1987. Igual hacen, aunque el autor no las cita, las varias leyes de cooperativas dictadas por algunas entidades autonómicas, en esa puja competencial, origen de repeticiones y confusiones y clara fuente de futuros pleitos; en lo único que están de acuerdo es en calificar a las cooperativas como sociedades; algo es algo.

Prevía una referencia histórica y una pincelada de legislación vigente sobre el tema específico del tratamiento fiscal de las cooperativas, que se expone después en el libro con mayor amplitud, termina Montolio su trabajo con unas acertadas consideraciones finales. En ellas resume su opinión de que la cooperativa es una persona jurídica y más concretamente una sociedad, que se rige por unos principios distintos de los de las sociedades civiles o mercantiles, constituyendo por tanto una figura sui géneris o especial.

El capítulo segundo, titulado "El nuevo marco fiscal de las cooperativas españolas", ha sido escrito por José Manuel de Luis Esteban, inspector de Finanzas, y tiene una orientación claramente divulgativa, exponiendo detallada y claramente el contenido de la Ley objeto principal de este libro.

Primero incluye una noticia de las razones que justifican la existencia de un especial régimen fiscal de estas figuras asociativas de índole social, que por ser conocidas y estar en el ánimo de todos no es preciso repetir. Después hace una referencia al antiguo y ya extinto Estatuto Fiscal, para pasar a continuación a exponer detalladamente la nueva ley, con su distinción entre cooperativas protegidas y especialmente protegidas. Esto se manifiesta de modo patente en la distinta lista de beneficios para unas y otras; señala el ámbito, requisitos personales y reales en las diversas clases: de trabajo asociado, agrarias, de explotación comunitaria de la tierra, del mar y de comunidades y usuarios. Hace un especial estudio de las cooperativas de crédito, las de segundo o ulterior grados y las uniones y federaciones, para concluir con el grupo pobrete de la familia, las vituperadas SAT, a las que se despoja prácticamente de todo.

Como final de su concienzudo trabajo, el autor dedica especiales referencias al Impuesto de Sociedades, que fue siempre el gran y oscuro desconocido del Estatuto Fiscal y lo sigue siendo de la nueva ley por sus complicadas disposiciones. Por ello dedica atención especial a los puntos de la determinación de la base imponible y de la deuda tributaria, así como a las retenciones, retornos cooperativos y aportaciones.

Los capítulos III y IV del libro, escritos por Juan José Barrera Cerezal y Juan Juliá Igual, economista e ingeniero agrónomo respectivamente, tiene carácter práctico, pues incluye y explican liquidaciones del Impuesto de Sociedades en una cooperativa de trabajo asociado y en otra agraria, con lo que se resalta aún más la complejidad de la nueva regulación, poco apta para grupos humanos no muy dotados para estas dificultades.

Pero nuestro propósito no es ahora criticar la ley, aunque ya hemos visto que no faltan razones. Sólo comentamos este libro diciendo que sus trabajos doctrinales son muy valiosos y su exposición ajustada.

Y como final, decir que el texto legal ocupa las postreras páginas de esta publicación que consideramos encomiable y oportuna, aplaudiendo su finalidad divulgativa. Los cooperativistas lo agradecerán en su bolsillo.

FRANCISCO CORRAL DUEÑAS

LÓPEZ-MEDEL y BASCONES, MANUEL: *Derechos y libertades en la Europa comunitaria*, editado por la Sociedad Española para los Derechos Humanos, Madrid, 1992. Un volumen de 158 páginas.

Quiere la casualidad que me disponga a comentar este libro después de ver "Esta tierra es mía", una gran película de Jean Renoir y todo un canto a la defensa de los derechos del hombre. En una Europa que actualmente vive una época de ideologías caducas que caen bajo el peso de su propio anacronismo, tienen un especial significado las palabras del Papa Juan Pablo II citadas en la introducción de la obra: "... Si Europa vuelve a pensar en la vida social con el vigor que tienen algunas afirmaciones de principio, como los contenidos en la Declaración Universal de los Derechos del Hombre, en la Convención Europea de los Derechos del Hombre, en el Acta Final de la Conferencia para la Seguridad y Cooperación en Europa... abriéndose a Dios..., su futuro no estará dominado por la incertidumbre y el temor; antes bien, se abrirá a un nuevo período de vida, tanto interior como exterior..."

Este es, precisamente, el propósito del tratado que nos presenta el señor LÓPEZ-MÉDEL, vicepresidente de la Sociedad Española para los Derechos Humanos: un amplio panorama de declaraciones, conferencias, tratados e instituciones internacionales, concebidos todos ellos como la estructura legitimadora de un sólido sistema de salvaguardia de derechos y libertades en un continente que emprende una nueva organización política y económica.

El ya mencionado concepto de salvaguardia de derechos fundamentales ha adquirido tal importancia que la jurisprudencia de la Corte de Justicia de las Comunidades Europeas ha evolucionado hasta el punto de llegar a considerarlo como principio general del Derecho comunitario, junto con otros cuya relevancia ha sido reconocida por la jurisprudencia comunitaria, entre los que cabe destacar el principio de proporcionalidad, el de "non bis in idem", el del derecho de defensa, el de no discriminación e igualdad, protección de la confianza legítima, respecto de los derechos adquiridos, seguridad jurídica, desviación de poder, fuerza mayor, extensión de la responsabilidad extracontractual de la Comunidad, y el principio de irretroactividad de las reglas comunitarias de derecho material. Cada uno de estos principios queda firmemente cimentado en numerosas sentencias de cuyo estudio se ocupa esta obra. Estas normas comunitarias tienen prevalencia sobre los ordenamientos internos de los países comunitarios, incluyendo las normas constitucionales, con lo que se consigue una estructura homogénea de defensa de los derechos humanos en todo el ámbito jurisdiccional de las Comunidades Europeas.

A continuación el autor nos expone una selección de las más relevantes declaraciones institucionales en materia de protección de derechos y libertades.

En conjunto vienen a significar el compromiso de los países comunitarios de evitar conflictos con sus respectivos ordenamientos constitucionales, así como amparar los principios de democracia representativa, justicia social y respeto a los derechos del hombre, y los medios para prevenir cualquier tipo de infracción de los derechos básicos, cuya protección judicial queda garantizada en un ámbito que debe ser lo más amplio posible. No obstante, en el Anexo del Informe de la Comisión de 4 de febrero de 1976, se señala que "a lo largo del proceso de formación de la Unión Europea, el acceso del individuo al Tribunal comunitario deberá mejorarse". El mismo anexo señala más adelante que resulta indispensable la inserción de los derechos fundamentales "en una futura Constitución Europea". En sucesivas Resoluciones del Parlamento Europeo sobre protección de estos derechos se hace hincapié en que esta actitud de los Estados miembros demostrará "la determinación de las instituciones de reforzar el papel de la Comunidad como el de una comunidad fundada en el gobierno de la ley".

En la Declaración Común sobre los Derechos Humanos de 4 de abril de 1977, el Parlamento, el Consejo y la Comisión, en su calidad de instituciones comunitarias representativas, se comprometen a respetar los derechos fundamentales.

Otras resoluciones parlamentarias dignas de destacar son las relativas a la abolición de la pena de muerte, prevención del terrorismo, enseñanza de los derechos humanos en las Comunidades, libertad de educación y enseñanza en la Comunidad, y la que aprueba la Declaración de los Derechos y Libertades Fundamentales, entre otras.

Especial importancia tiene para nosotros la consideración que se hizo en la Resolución sobre la ampliación de la Comunidad a España y Portugal, de 20 de diciembre de 1982, al reconocer "el deber de acoger a todos los Estados europeos que aplican los principios de la democracia pluralista, practican el respeto a los derechos del hombre y las libertades públicas, y suscriben el ideal de una Europa fuerte y unida".

Estas declaraciones no se circunscriben únicamente al ámbito de las Comunidades, sino que también reflejan su interés por la observancia de estas reglas en la, entonces, Unión Soviética y en el resto del mundo (Resolución de 17 de mayo de 1983).

En palabras de J. A. CARRILLO, citadas en la cuarta parte de este trabajo, nada tiene de extraño que "... las competencias que se reconocen a las Comunidades se vean equilibradas por su sumisión formal a derechos fundamentales claros y bien definidos, protegidos mediante instituciones de control". De ahí la importancia que la Convención Europea de Derechos Humanos tiene a la hora de unificar los criterios de los distintos Estados para elaborar un catálogo de derechos económicos y sociales, y también la opinión generalmente favorable a que las Comunidades Europeas efectúen su adhesión a dicha Convención, con lo que se logra un mayor acercamiento a los ciudadanos particulares de las señaladas medidas de protección de derechos y consiguientemente se refuerza el efecto de eficacia de las instituciones y cuerpos legales creados a tal efecto.

Termina este estudio con la reproducción del texto de la Declaración de los Derechos y Deberes Fundamentales, publicada en la Resolución del Parlamento Europeo de 16 de mayo de 1989, y que consagra la protección de la dignidad, al derecho a la vida, igualdad ante la ley, libertad de pensamiento, de opinión, información, movimiento, reunión, asociación, protección de la familia, derecho de propiedad, derechos sociales, derecho a la educación, democracia, derecho de acceso a la información y a la justicia, abolición de la pena de muerte, protec-

ción del medio ambiente y de los consumidores, y derecho de presentar solicitudes o quejas al Parlamento Europeo.

Los tres anexos que figuran al final del libro están dedicados, respectivamente, al análisis del artículo 25 de la Convención Europea de Derechos Humanos (que prevé la posibilidad de elevar reclamaciones ante el Secretario General del Consejo de Europa por las violaciones de los derechos recogidos en esta Convención), a los efectos en los países del Este de la Conferencia para la Seguridad y Cooperación en Europa, celebrada en Viena de 1986, y a la educación como objetivo de las instituciones políticas europeas.

En definitiva, este libro cumple claramente su objetivo de compendiar los más relevantes logros que las instituciones comunitarias representativas han alcanzado en materia de protección de derechos y libertades, con el mensaje de no considerar dichas normas como unas asépticas "reglas del juego", sino como el resultado del mismo espíritu que inspiró reflexiones como las del poeta John Donne: "Cada muerte me disminuye, porque soy parte de la Humanidad".

JOSÉ MARÍA CORRAL GUÓN

Licenciado en Derecho

VICENT CHULIÀ, F.: *Compendio crítico de Derecho Mercantil*, dos tomos, tres volúmenes. José María Bosch, editor, Barcelona, 1991.

Ha aparecido uno de los libros más esperados de los últimos meses. En las tertulias con los compañeros es frecuente oír la queja de la enorme cantidad de literatura jurídica que, necesariamente, hay que ingerir para conseguir hallar algún escrito verdaderamente importante.

Felizmente, a los casi dos años de haber aparecido los textos refundidos concernientes a la nueva normativa, el profesor VICENT CHULIÀ publica los dos tomos correspondientes al Derecho de Sociedades con lo cual queda completado su *Compendio*.

Antes que nada unas palabras correspondientes a la forma. Desaparecidos los considerados grandes maestros (LACRUZ, DE CASTRO, ROCA SASTRE), en silencio los sobrevivientes (SANCHO REBULLIDA, DÍEZ PICAZO, JORDANO), muertos sin descendencia intelectual los elegantes (GONZÁLEZ PALOMINO, NÚÑEZ LAGOS), ha irrumpido en el mundo del Derecho una nueva generación de publicistas, armados con una pluma ciertamente poco atractiva (inefasta esa costumbre de dictarle al magnetófono!) y propietarios de una prosa de pesadísima digestión. La razón de que sean tan pocos los lectores, en ese mundo nuestro del Derecho, se halla tanto en esa circunstancia como en la presión que irradia el mundo de la imagen.

Nada de ello ocurre en el libro del profesor VICENT CHULIÀ que sorprende agradablemente en este sentido. Sus frases cortas, concisas y sin perifollo recuerdan a su paisano AZORÍN y su brillantez, el modelo propuesto por HORACIO a los hijos de Lucio Pison, en cuatro hexámetros vibrantes como un toque de clarín:



SUMITE METARIAM VESTRIS, QUI SCRIBITIS, AEQUAM VIRIUS  
ET VERSATE DIU, QUID FERRE RECUSENT, QUID VALEANT HU-  
MERI. CUI LECTA POTENTER ERIT RES, NEC FACUNDIA DESERET  
HUNC NEC LUCIDUS ORDO.

(Ad. Pisones, versos 38-41)

Respecto al fondo, suscribo totalmente las afirmaciones de otro admirado profesor, I. QUINTANA CARLO, quien comentando el libro en la Revista "Tapia" (febrero 1992), escribe: "Estamos ante una obra de autor, con unidad de criterio y de método, que analiza todos los problemas con profundidad y reflexión, con apoyo en la jurisprudencia y doctrina española y extranjera recientes, rehuendo toda simplificación".

La obra se presenta estructurada en dos tomos, el primero de los cuales consta de dos volúmenes. Repasemos brevemente su contenido.

El volumen I contiene la exposición de la materia introductoria de esta rama del Derecho (concepto, contenido y fuentes del D.M.), con certeras pinceladas de carácter ideológico (el D.M. como factor de la cultura burquesa y el D.M. como Derecho privado del capitalismo) y el tratamiento de determinados materiales originales, por lo menos en relación con el D.M. que estudiamos en nuestras Facultades (Derecho Industrial, Derecho de Defensa de los Consumidores, Derechos de los Profesionales Titulados —abogados, economistas, auditores, etc.—).

El espacio destinado al estudio de las fuentes, aparte de los mejor o peor conocidos Código de Comercio, Leyes Mercantiles especiales, usos de comercio y Derecho Común como fuente integradora y supletoria del Mercantil, contiene tres estudios del máximo interés: La Constitución de 1978 y su incidencia en el Derecho Mercantil, el Derecho Mercantil Internacional y el de la Comunidad Económica Europea.

En sucesivos capítulos se describen el empresario individual (con un interesante apartado sobre inversiones extranjeras en España —grandes Instituciones del Derecho Mercantil (Derecho Registral Mercantil, el Derecho Contable de los Empresarios, con dedicación especial a la auditoria de cuentas). Sucesivamente se expone un estudio sobre la empresa mercantil, con mención de la figura de las Uniones de empresas y del establecimiento mercantil como objeto de tráfico. Y culmina esta parte introductoria con el análisis de la representación en Derecho Privado, análisis éste que arroja mucha luz en tantos puntos oscuros de la nueva legislación, con el de la fe pública mercantil y el arbitraje. Con ello entramos en la parte más estimulante de la obra: el Derecho de Sociedades.

El Derecho de Sociedades que en la obra del profesor VICENT CHULIÁ abarca 760 páginas de apretada e inspirada prosa, representa un esfuerzo de explicación que los profesionales nunca agradeceremos demasiado. Y cuando hablo de agradecimiento no me sirvo de metáfora alguna. Son muy pocos los sabios que, como el profesor VICENT, dedican con generosidad su tiempo a enseñar y muchos más los que se instalan cómodamente en la presidencia de bufetes de altos vuelos. Toda mi admiración y respeto para las personas de aquel talante.

La que pudiéramos llamar "Parte General del Derecho de Sociedades" afronta algunos aspectos de vital importancia por la constelación de problemas que permiten resolver. Con la finalidad de abrir el apetito al posible lector voy a mencionar: la tesis doctrinal de la "Sociedad Anónima no lucrativa", con amplia reseña de su tratamiento jurisprudencial; la inexistencia de contrato de sociedad en la constitución de una S.A. por ente público como fundador único, ni en la de

una SRL por una sola persona; la disección quasi-exhaustiva de los problemas que plantea el objeto social, considerado en sí mismo y en relación con el "fin" o actividad general a desarrollar y, sobre todo, con el elemento "causa"; el examen de la jurisprudencia relativa a la actitud de determinadas Juntas Generales de Bancos que autorizan la constitución de Fundaciones, con la consiguiente aportación de parte del patrimonio social a título gratuito, con merma de los derechos del socio y vulnerando la causa de la sociedad. Muy interesante, asimismo, el planteamiento de si es lícito el objeto social consistente en el ejercicio de profesiones o actividades profesionales tituladas; la exposición del significado de la atribución de personalidad jurídica (consult. pág. 317, con algún punto discutible como el redactado bajo el número 9 que considera la sociedad tercero respecto de cada socio y su difícil encaje con la tesis de la "comunicación"); el problema de la capacidad de la sociedad (¿capacidad ilimitada?, ¿doctrina "ultra vires"? y las respuestas del Derecho Comparado y del español. Finalmente resultan muy luminosas las páginas relativas a la crisis y revisión de las personas jurídicas, con explicitación de las principales vías de abuso de la personalidad jurídica, como la del llamado "efecto telescopio" y sus remedios (el "levantamiento del velo" de la personalidad) si bien el autor nos pone en guardia contra la aplicación abusiva de este remedio con el fin de salvaguardar la técnica de organización de patrimonios separados.

Al exponer el régimen jurídico de la sociedad en constitución, tras fijar los distintos supuestos de responsabilidad, precisa con criterio definitivo el discutido problema de la venta de acciones en este período, que solamente puede admitirse con efectos meramente obligacionales y bajo la consideración de "futuras" aplicaciones a las acciones (*ex art. 53-1-a*).

Las formas societarias en particular vienen expuestas a continuación, con pocas novedades las colectivas y comanditarias simples. Pasa inmediatamente a la descripción de la génesis y evolución de la S.A. que culmina con la legislación vigente, sin ahorrarse, en la narración de su elaboración, los epítetos más duros con que fue obsequiada por la doctrina. Siguen precisiones sobre concepto y caracteres de esta sociedad y referencias a su tipología, destacando los espacios destinados a la S.A. familiar y a la S.A. de socio único.

Llegados a este punto me veo en la necesidad de manifestar que la anterior relación de detalle debe considerarse a título ejemplificativo, porque resulta imposible atribuir la misma extensión respecto de la totalidad del Derecho de Sociedades. He querido llamar la atención sobre la Parte General del Derecho de Sociedades porque, al leer el libro, me he sentido cautivado por la misma. Ello no significa ningún tipo de minusvaloración del resto (sociedades en particular): sea suficiente enfatizar el extraordinario capítulo destinado a los administradores de las S.A., con especial mención de su régimen de responsabilidad, profundamente agravado en el sistema actual y que está provocando una sucesión de dimisiones y renunciaciones en cadena.

La exposición de la S.A. viene seguida por la de la Sociedad Limitada, con un estudio de sus diferencias con la Anónima y otro sobre sus ventajas y un clarificador análisis sobre las llamadas prestaciones accesorias. Es asimismo muy útil su punto de vista sobre la figura de los administradores de la S.L., en particular sus precisiones sobre la duración del cargo.

Se estudian, finalmente, los grupos de sociedades y las sociedades especiales y otras formas jurídicas de empresa (Instituciones Financieras, Agrupaciones de Interés Económico, S.A. Laboral, S.A. Deportiva, S. Agrarias de Transformación) y termina con el problema de la Fundación como forma posible de empresa.

No quiero acabar esta recensión del Derecho de Sociedades sin destacar, por lo menos, dos carencias que me parecen imponentes: una va referida a la inexistencia de un tratamiento unitario del Derecho Transitorio, cosa que hubiera sido muy de agradecer, máxime si se tiene presente la cantidad de problemas y de distintas interpretaciones que han propiciado las transitorias; la segunda —y ésta sí tiene remedio en sucesivas ediciones— es la ausencia de un buen sistema de índices. Y es que son tantos los puntos que estudia el profesor VICENT CHULIÀ que no siempre resulta fácil dar con ellos cuando surge la necesidad.

Una vez finalizado el estudio del Derecho de Sociedades, se dedican tres capítulos al Derecho Industrial, integrado por el Derecho de la competencia y de los bienes inmateriales, el cual nace —según nos puntualiza el autor— como consecuencia de la necesidad de proteger los intereses surgidos de la Revolución industrial y de la Revolución francesa. En cuanto al primer aspecto se contemplan la legislación sobre competencia desleal, el derecho de la publicidad y el de defensa de la competencia; en cuanto al segundo, el derecho a la defensa de las invenciones industriales (regulación de las patentes) y el derecho de los signos distintivos (en especial, las marcas) por una parte; y por otra, los derechos de carácter personal y patrimonial del autor sobre su obra no solamente la de carácter literario, sino también la protección de los programas de ordenador, la de los derechos de los artistas intérpretes y ejecutantes, productores de fonogramas y de grabaciones audiovisuales, etc.

El tomo II —que apareció un año antes que los dos volúmenes del primero— tiene como objeto de estudio los contratos, los títulos-valores y el derecho concursal.

Precedidos de un análisis relativo a la perfección, forma, prueba e interpretación de los contratos mercantiles en general, vienen desarrollados los contratos de compraventa mercantil con sus especialidades, los de transmisión de derechos sobre bienes inmateriales, los contratos de colaboración (unión de empresas, cuentas en participación), los de financiación (préstamo, cuenta corriente, "factoring", "leasing"), etc. Destacamos como dignos de mención especial: en el contrato de transporte los llamados "contratos turísticos"; en el derecho del Mercado de valores, su organización y régimen según sean primarios o secundarios; en los contratos bancarios, operaciones activas y positivas y un llamativo capítulo sobre contratos neutros (depósito administrado de títulos, valores, servicios de cajas de seguridad, mediación del banco en la emisión de valores mobiliarios, etc.), finalizando esta primera parte con un amplio estudio de los seguros privados.

El Derecho cambiario viene desenvuelto en cinco capítulos que contienen un examen prolijo de los problemas más frecuentes en la dinámica de los títulos valores, aportando los razonamientos de la jurisprudencia y de la doctrina más autorizada.

Termina la obra con la exposición de las instituciones de derecho concursal (quiebra y suspensión de pagos) atendiendo al Derecho Positivo actual y buscando el contraste con el posible derecho futuro, representado en este caso por el Anteproyecto de Ley Concursal de 1983.

Al terminar esta breve recensión acude a mi memoria una idea expuesta por IGOR STRAWINSKY en el último capítulo de su "Poétique musicales". Escribe el compositor ruso que hay dos clases de oyentes: el pasivo y el activo. Este último tiene una instrucción y una educación musicales tan desarrolladas que le permiten no sólo comprender los rasgos generales de la obra, sino también participar, en cierto modo, en las peripecias de su transcurso. Esta excepcional participación, ciertamente rara, proporciona al oyente un placer tan vivo que le une, en algún

sentido, al espíritu que ha concebido y realizado la obra que escucha, dándose la ilusión de que identifica con el creador. Este —y no otro— es el significado del críptico, pero genial adagio atribuido a LEONARDO:

“Comprender es igualar” y lo mismo cabe atribuir a la relación escritor-lector en la medida en que el segundo hace suyas las ideas del primero.

JUAN VIDAL PERELLÓ  
Registrador Mercantil de Baleares

MANZANO SOLANO, ANTONIO: *Derecho registral inmobiliario (para iniciación y uso de universitarios)*, volumen I. Centro de Estudios Registrales del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 1991. Un tomo de 378 páginas. Prólogo de José Manuel González Porras.

Entre los varios compañeros laboriosos y siempre dispuestos a colaborar está, sin duda, el autor de este libro, Antonio Manzano Solano, ya conocido de nuestros lectores porque ha publicado varios valiosos trabajos en este Revista y el Boletín colegial. Ingresado en 1966 en el Cuerpo de Registradores, pronto empezó a dar muestras de su inquietud por temas profesionales; nos conocimos poco tiempo después, cuando ambos andábamos por tierras extremeñas y desde entonces no ha parado de estudiar y escribir.

Ni tiene intención de hacerlo, pues éste es sólo un primer volumen de una obra que se anuncia completa y ambiciosa, nada menos que seguir en el empeño de que el Derecho Inmobiliario “entre más” en la Universidad. Frente a un clima bastante extendido en las Facultades de Derecho españolas, donde se presta escasa atención a la ciencia registral, hay afortunadamente excepciones y una de ellas es, por lo visto, la de Córdoba, donde profesa Antonio Manzano.

No sé por qué existe la idea, extendida entre algunos profesionales juristas, de que la Ley Hipotecaria es un arcano que debe dejarse sólo para los muy iniciados. Bien sabemos que esta idea es inexacta. No es que sea facilísima, ya que el aplicar el Derecho civil al Registro tiene su técnica, que se contiene en dicha Ley Hipotecaria, pero lo único que hace falta es algo tan sencillo como ponerse a estudiarla y entonces sí que se entiende.

Ahí puede estar el fallo, pues el Derecho Hipotecario sólo se exige de verdad en los programas de oposiciones de los cuerpos que todos sabemos. Fuera de ellos, los profesionales no le prestan demasiada atención, lo que resulta incomprensible en los tiempos actuales, cuando la seguridad jurídica de los inmuebles se basa cada vez más en el sistema registral de publicidad. Y este concepto de publicidad tiene unos resortes, una metodología y unos requisitos que deben ser conocidos por los profesionales para poder obtener los mejores efectos y resultados en la defensa de los legítimos intereses que se les confían.

Por eso empieza Manzano su libro resultando la importancia de la publicidad, que se basa en los pilares de la difusión y el conocimiento. Todo negocio jurídico precisa de esta publicidad y como no es posible notificar individualmente las vicisitudes de la biología de tales actos a todos los que puedan resultar afectados por los mismos, hay que arbitrar un medio que proporcione al menos la posibilidad de enterarse. Y este es el basamento de la cognoscibilidad: si uno *quiere*, y además *puede*, enterarse de la situación de una finca, porque se le facilitan los medios para ello, se podrá concluir que la cognoscibilidad es equivalente al

conocimiento efectivo. Si quieres y puedes, lo haces; así de sencillo. El autor dedica el capítulo I a desentrañar el concepto y las notas de la publicidad, distinguiéndola de las figuras afines.

Claro que la publicidad ni ha sido siempre igual, ni siquiera es uniforme en la actualidad, revistiendo formas diversas. Por ello Antonio Manzano analiza en los capítulos siguientes las distintas técnicas que han seguido en las etapas históricas para hacer llegar al público las transmisiones. Repasa los dos grandes sistemas romano y germánico, como pórticos para entrar en el Derecho español. Y dentro de nuestra patria, expone la fase inicial de los registros de cargas, reflejados en las conocidas pragmáticas de don Carlos y doña Juana y la de 1768 de Carlos III, que regularon las contadurías de hipotecas; después vino el normal Registro de la Propiedad con un alcance publicitario más amplio en cuanto que recoge la biología jurídica de los inmuebles, empezando por la adquisición de su dominio. Este Registro arrancó, como es sabido, tras diversos intentos, con la Ley Hipotecaria de 1861, la cual, con varios retoques posteriores, ha desembocado en la Ley Vigente de 1944-46, con sus varios reglamentos complementarios y cuyo trazado cronológico se recoge claramente en el libro que comentamos.

También estudia el autor con bastante amplitud la diversidad de sistemas registrales que existen, recogiendo la variedad de planteamientos que se ofrece en el Derecho comparado. El Derecho Registral, nos dice, tiene una clara vocación comparatista y ello es lógico en cuanto que deben contemplarse las soluciones que ofrecen las distintas legislaciones para así recoger las que sean más idóneas. Los congresos internacionales de Derecho Registral son un buen medio para ese conocimiento en cuanto que en ellos se tratan los temas más actuales y por eso el autor resume el temario de los que hasta ahora se han celebrado. Una vez hecho este compendio, expone cada uno de los sistemas más característicos, entre los que llevan folio personal y débiles efectos, el francés, italiano, portugués, belga; entre los de folio real y efectividad sustantiva, el alemán, austriaco y suizo; y entre los de ámbito sajón, el especial australiano, con los menos definidos inglés y norteamericano. Todo un completo escaparate que da idea de la complejidad de sistemas posibles.

Como final de esta primera parte, Antonio Manzano centra su estudio en el sistema registral español, señalando las notas distintivas que lo caracterizan: Es jurídico, se refiere a bienes inmuebles, sigue el sistema de folio real por fincas y no por personas, la inscripción no es constitutiva por regla general y su eficacia se concreta en los principios sustantivos de oponibilidad, legitimación y fe pública registral.

Tras recoger las opiniones de ilustres tratadistas sobre el verdadero objeto de la inscripción e incluso sobre la mejor denominación aceptable para esta materia, Antonio Manzano, que adopta la de "Derecho Registral Inmobiliario", concluye que el Registro de la Propiedad corresponde la recepción de los derechos inscribibles en su estado civil, el tratamiento de los mismos a través del procedimiento tasado por la Ley y, como resultado final, su constitución en un nuevo Estado que es el Estado Registral. El objeto del Registro es la creación de ese Estado Registral y la publicidad jurídica de tal Estado es el objeto del Derecho Registral Inmobiliario.

La segunda parte de este volumen está dedicada a estudiar el elemento estático, o sea, la organización del Registro de la Propiedad y su configuración técnico-jurídica.

Comienza por el concepto del Registro de la Propiedad al que presenta como el centro institucional cuya función esencial consiste en la realización y efectivi-

dad de la publicidad jurídica de los derechos reales sobre bienes inmuebles, mediante la utilización de la técnica registral. Sigue estudiando las normas jurídicas a que ha de ajustarse el proceso registral, con especial referencia a la jurisprudencia hipotecaria, para tratar después de elementos geográficos y orgánicos que constituyen el entramado del sistema.

La figura del Registrador, naturaleza jurídica del cargo y sus deberes, derechos y responsabilidad, quedan expuestos de modo sencillo, pero suficiente, así como lo referente a los auxiliares que completan el elemento humano de la institución.

El elemento material, integrado por el local y los libros, son objeto de otro capítulo, donde se muestra el Registro "por dentro", con gran claridad. Y se acaba con la cuestión de moda, la informatización. A todos los Registros, incluso a los más modestos, van llegando los ordenadores, esos complicados cacharros a veces difícilmente manejables, pero que cada vez se hacen más necesarios. Y el autor, que quiere exponer todo, también muestra la normativa sobre mecanización e informatización de los Registros.

Hasta aquí llega el volumen I que hemos leído con atención y gran facilidad, dado su lenguaje sencillo y ajustado. Las ideas llegan con claridad y estamos seguros que los estudiantes, a quienes vá dirigida la obra, la comprenderán y podrán ver que el temido "Derecho Hipotecario" ni es fiero, ni siquiera es león.

Sin embargo, el libro tiene una gran altura científica y el autor ha construido muy bien sus opiniones.

Para terminar, una pincelada: Aunque Antonio Manzano dice que "quiere olvidar" un tanto la vieja construcción teórica de los principios hipotecarios, sólo lo consigue a medias. Con razón se dice que el primer amor es el que vále; todos nosotros aprendimos los principios según la construcción de don Jerónimo y hemos trillado un programa basado en ellos y eso, querido Antonio, no se puede olvidar tan fácilmente. Por ello, aunque sólo sean como reglas de procedimiento o como efectos del sistema, los principios están ahí y aparecen a cada paso sin poderlos evitar.

Ahora, a esperar el segundo volumen de la obra, donde se estudiará el procedimiento registral para la práctica de los asientos y los efectos que éstos producen. ¿Qué sería de nosotros sin la figura del tercero?

Ahí te quiero ver, Antonio. Y estoy seguro de que, con principios o sin ellos, saldrás muy airoso, como lo has hecho en este primer volumen, por el que te felicito muy de verdad.

FRANCISCO CORRAL DUEÑAS

RODRÍGUEZ LÓPEZ, FÉLIX: *El expediente de dominio (legislación, estudio y jurisprudencia)*, editorial Comares, Granada, 1991. Un tomo de 175 páginas.

Presentar y comentar un libro no es siempre fácil. Créanme si les digo que resulta algo complicado cuando, siendo bueno este libro, resulta que el autor es, además, amigo. Porque siendo la obra elogiable, se corre el riesgo de que algún mal pensado crea que las alabanzas son fruto de la amistad y no por el valor real de lo escrito.

En el presente caso se dan ambas circunstancias. ¿Qué le vamos a hacer? Pero la verdad es la verdad. El libro es bueno y breve, o sea, dos veces bueno. Y

además lo ha escrito un buen amigo y compañero. Félix Rodríguez López, Registrador de Morón de la Frontera, es ya bien conocido en nuestros ámbitos por sus valiosos y frecuentes estudios y trabajos; tiene un envidiable sentido doctrinal y también práctico, lo cual es muy importante a la hora de encontrar soluciones.

Entre sus obras conocidas que recuerde ha recopilado y ordenado las notas de colaboración del *Boletín del Colegio de Registradores*, es también coautor de un libro de jurisprudencia registral resumida y además ha venido publicando una serie de "casos prácticos" a los que hemos acudido no sólo los opositores, sino muchos de los profesionales ya maduros en el oficio, ante determinados problemas. Su colaboración es continua y por ello es bien conocido de nuestros lectores.

El libro es directo, con pocos o ningún rodeo, con la finalidad clara de destinarlo a profesionales que han de intervenir en el expediente de dominio. ¿En qué consiste este expediente? ¿Para qué se puede utilizar? ¿Cómo se tramita? ¿Cómo se inscribe? Las respuestas, claras y sencillas, vienen en este libro que, aun adoptando tonos divulgativos, contiene una densa doctrina y una completa información.

Lo primero que incluye el autor y es por donde hay que empezar, es toda la legislación que se refiere a este expediente. Abren la marcha los correspondientes artículos de la Ley Hipotecaria y de su Reglamento, así con el del Registro Mercantil y los de la Ley de Enjuiciamiento Civil, complementados por las diversas normas especiales, entre ellas las de la inevitable legislación fiscal. Esta es la base normativa; primero estudiarla y luego aplicarla y desenvolverla.

En la segunda parte del libro el autor hace un esquema claro y conciso de la tramitación del expediente de dominio, dando una visión global de sus fases. Juzgado competente, escrito inicial con circunstancias precisas y documentos acompañatorios, auto de aprobación y testimonio de este último son las fases que se detallan y componen esta parte introductoria.

En la parte III se amplían las cuestiones bajo el rótulo "Estudio de sus problemas", en la cual y siguiendo el orden lógico del procedimiento, Félix Rodríguez López examina ya más detalladamente las cuestiones que se pueden presentar.

La primera es determinar la naturaleza jurídica de este expediente, cuestión en la que no hay concordancia de opiniones, pues para unos es de simple jurisdicción voluntaria, otros creen que es un verdadero juicio, otros lo consideran un procedimiento mixto que se inicia como voluntario y puede convertirse en contencioso y por fin otros le dan una tipificación *sui generis*. El autor entiende que es un procedimiento de jurisdicción voluntaria, pero con especialidades en cuanto que se le aplican no sólo los preceptos de dicha jurisdicción, sino más bien las normas hipotecarias que específicamente lo rigen.

En cuanto a quien puede promoverlo, por supuesto lo es el titular del dominio, sea individual o colectivo, con varias posibilidades que se estudian; en cuanto a los titulares de derechos reales limitados, el autor entiende que el recurso al expediente de dominio ha de entenderse tan sólo ceñido al reanudador del tracto.

La finca es la pieza básica, el objeto principal de este expediente y los supuestos imaginables que se pueden presentar son múltiples. El autor repasa los aspectos de su descripción, las rectificaciones de la cabida, segregaciones y agrupaciones que puede determinar la resolución del expediente en uno u otro sentido.

Sabemos que son tres las posibles finalidades del expediente, de inmatriculación, de reanudación del tracto y de justificación del exceso de cabida; cabe

combinar esta última finalidad con cualquiera de las otras dos o bien iniciar el expediente con un fin y concluirlo con otro; todo se examina detalladamente.

Considerando el expediente como título supletorio, Félix Rodríguez contempla los posibles casos de interrupción del tracto, ya que éste, el presupuesto objetivo de estas operaciones, se ha de arrancar lógicamente de un título de adquisición que es el que se invoca, no pudiendo valer a estos efectos la usucapión, que ha de acreditarse por otros caminos.

La cuestión de las citaciones a los titulares registrales o catastrales, de los colindantes, cotitulares y organismo públicos, en su caso, es del mayor interés para asegurarse en lo posible de que el expediente pueda llegar a conocimiento de todos los que resulten afectados; de ahí las exigencias sobre la forma de realizar estas citaciones que se prescriben en las normas, según los casos. Ahí es donde la calificación de los registradores suele ser bastante estricta, pues toda precaución es poca y siempre resultará justificada; por eso, el autor se detiene en esta cuestión y nos ofrece una amplia casuística, bastante práctica y aleccionadora.

En otros capítulos entra en la fase procesal de la posible oposición al expediente y la cancelación de los asientos contradictorios, con amplia jurisprudencia orientadora.

El autor no deja cabo sin atar y examina las repercusiones que en el expediente de dominio se pueden originar si hay arrendatarios en la finca. El problema principal es si la inscripción por medio de expediente puede ser considerada transmisión a los efectos de los derechos de tanteo y retracto nacidos de las respectivas leyes arrendaticias rústicas y urbanas. Félix Rodríguez López cree, y pensamos que con fundamento, que el expediente no contempla una transmisión actual, sino que tan sólo suple, a efectos puramente registrales, el título de la adquisición que ya se operó en tiempos pasados.

Los dos últimos capítulos interesan de modo especial a los Registradores en su doble aspecto de titulares del Registro y de Liquidadores del Impuesto. En cuanto al primero, nos detalla la inscripción del expediente, examinando el título inscribible en general y en los casos especiales, tales como fincas colindantes con montes y costas. En el segundo aspecto se refiere a la sujeción del expediente al Impuesto de Transmisiones Patrimoniales por ser un concepto tributario autónomo y distinto del título que se invoca, hasta el punto de que la prescripción por el acto inicial no exime de pagar por el expediente como previo a su inscripción.

Con una nutrida nota bibliográfica y un resumen de Resoluciones de la Dirección General, acaba este libro de Félix Rodríguez López, otro por el que tenemos que felicitarle, animándole para que siga en la tarea por el bien de todos.

FRANCISCO CORRAL DUEÑAS



# REVISTA DE REVISTAS



## REVISTA GENERAL DE DERECHO

Núm. 567 (Diciembre 1991)

- "El contrato de emisión de tarjeta de crédito bancaria", por JAVIER ROMERO MARTÍNEZ-CANAVAL, pág. 10.093.
- "Responsabilidad en orden a prestaciones en la Seguridad Social (breve introducción). Seguridad e higiene en el trabajo", por ALFREDO ELÍAS MONDEJA, pág. 10.115.
- "Notas sobre el elemento subjetivo del derecho establecido en el artículo 19.2 de la Constitución", pág. 10.159.
- "El derecho a la huelga", por RAFAEL MARTÍNEZ EMPERADOR, pág. 10.393.
- "El recurso de casación en el vigente texto articulado de la Ley de Procedimiento Laboral. Real Decreto Legislativo 521/1990, de 27 de abril. Especial referencia al nuevo recurso de casación para la unificación de la doctrina", por BENIGNO VARELA AUTRÁN, pág. 10.411.
- "Dos resoluciones del TEAC sobre el Impuesto de Sociedades. Los grupos de sociedades y los ajustes entre operaciones vinculadas", por J. ANDRÉS SÁNCHEZ PEDROCHE, pág. 10.547.
- "De las llamadas suspensiones de pagos en cadena", pág. 10.621.
- "Más sobre el arresto de quebrado a la luz del nuevo ordenamiento jurídico español", pág. 10.625.
- "La aplicación judicial de la libre circulación de mercancías", por ENRIQUE COLLADO GARCÍA-LAJARA, pág. 10.633.

Núms. 568-569 (Enero-febrero 1992)

- "Anotaciones sobre el sistema de valoraciones en la Ley 8/1990, de 25 de julio, de Reforma del Régimen Urbanístico y Valoraciones del Suelo", por JOSÉ DÍAZ DELGADO, pág. 19.
- "Una solución del Derecho francés a la duración del proceso civil: tutela cautelar indeterminada en las ordonnances des référés y sur requête", por MARÍA PÍA CALDERÓN CUADRADO, pág. 33.
- "Incidencia de la doctrina constitucional y nuevas perspectivas del artículo 148.2 de la Ley de Arrendamientos Urbanos: El pago o consignación de rentas para recurrir y su acreditación", por M.<sup>a</sup> ISABEL HUERTA VIESCA y DANIEL RODRÍGUEZ RUIZ DE VILLA, pág. 53.
- "Sobre la valoración de las relaciones de tensión personal: la conducta concurrente de la víctima", por CARLOS CLIMENT DURÁN, pág. 89.
- "Aspectos técnico-jurídicos de la ampliación competencial de las Comunidades Autónomas de segundo grado mediante la reforma de sus Estatutos de Autonomía", por ROBERTO VICIANO PASTOR, pág. 95.

- "Principio de legalidad. Prohibición de regular infracciones por norma reglamentaria sin cobertura legal. Máquinas recreativas de juego y de azar", por JOSÉ DÍAZ DELGADO, pág. 113.
- "La Justicia Militar en el Derecho comparado", por FRANCISCO FERNÁNDEZ SEGADO, pág. 335.
- "Definición de circunstancias críticas en el Código Penal Militar", por JOSÉ LUIS RODRÍGUEZ-VILLASANTE y PRIETO, pág. 363.
- "Consideraciones en torno a la posible inconstitucionalidad de las sanciones disciplinarias limitativas de libertad previstas en la Ley de Régimen Disciplinario de la Guardia Civil", por GONZALO DE ARANDA y ANTÓN, pág. 371.
- "Breves observaciones al nuevo régimen disciplinario de la Guardia Civil", por MIGUEL FORASTER SERRA, pág. 381.
- "Recursos jurisdiccionales en la objeción de conciencia al servicio militar", por MIGUEL FORASTER SERRA, pág. 387.
- "Prestación social y régimen disciplinario", por ANTONIO MILLÁN GARRIDO, pág. 391.

### Núm. 570 (Marzo 1992)

- "La renta en los contratos de arrendamiento de finca urbana. Su revisión", por MODESTO DE BUSTOS GÓMEZ-RICO, pág. 1.113.
- "El secreto profesional de los periodistas", por DIEGO CÓRDOBA GRACIA, pág. 1.137.
- "La función pública vigente en Francia", por E. CASADO IGLESIAS, pág. 1.155.
- "Sobre la responsabilidad civil derivada del delito de alzamiento de bienes", por CARLOS CLIMENT DURÁN, pág. 1.173.
- "Contratos bancarios de crédito en cuenta corriente y préstamo: Liquidación de intereses", por JOSÉ BUSTAMANTE BRICIO y JOSÉ R. VALLES BAREA, pág. 1.187.
- "El control de constitucionalidad de las normas sin rango de ley", por MIGUEL ÁNGEL ALEGRE MARTÍNEZ, pág. 1.197.
- "Requisitos y formalidades para la protección nacional e internacional de las patentes", por JESÚS GÓMEZ MONTERO, pág. 1.539.
- "La protección nacional e internacional de los modelos y dibujos industriales", por BEGOÑA CERRO PRADA, pág. 1.561.
- "Las marcas internacionales", por JOSÉ MASSAGUER FUENTES, pág. 1.587.
- "La Directiva Europea sobre protección de programas de ordenador", por MICHAEL LEHMANN, pág. 1.621.
- "Una aproximación a la terminología básica en materia de programas de ordenador", por PAZ SOLER, pág. 1.645.

### BOLETIN DEL ILUSTRE COLEGIO DE ABOGADOS DE MADRID

#### Núm. 1 (Enero-febrero 1992)

- "El proceso de beatificación de la Reina Isabel la Católica", por ANTONIO SANTANDER DE LA CRUZ, pág. 7.
- "La función de la ley de competencia desleal en la normativa española de la competencia", por CONCEPCIÓN MOLNA BLÁZQUEZ, pág. 29.
- "Evolución histórica y doctrinas científica y jurisprudencial del Derecho de la competencia", por MIGUEL ÁNGEL BOTJA BELTRÁN, pág. 45.

"Transformar el Senado en Cámara de las profesiones", por FRANCISCO FÉLIX MONTIEL, pág. 63.

"La responsabilidad en la medicina intensiva (conclusión)", por JACOBO LEONIS, pág. 67.

## REVISTA DE DERECHO PRIVADO

Marzo 1992

"La nueva legislación española sobre técnicas de reproducción artificial y procedimientos afines", por HERNÁN CORRAL TALCIANI, págs. 195 a 207.

"Las minorías y la responsabilidad de los administradores en la Ley de Sociedades Anónimas", por LUIS CAMPO SENTÍS, págs. 208 a 222.

"La prohibición de emitir obligaciones en el Anteproyecto de Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada", por JOSÉ MARÍA NEILA NEILA, págs. 223 a 228.

Abril 1992

"La Ley de Fomento y Protección de la Propiedad Industrial de México de 1991", por RAFAEL PÉREZ MIRANDA, págs. 291 a 318.

"El principio de subsistencia de responsabilidad del usufructuario cedente del artículo 498 del Código Civil", por CRISTINA DE AMUNATEGUI RODRÍGUEZ, págs. 319 a 350.

## REVISTA DE DERECHO MERCANTIL

Núms. 199-200 (Enero-junio 1991)

"Ofrecimiento de la Revista a Manuel Broseta", por RODRIGO URÍA, pág. V.

"Manuel Broseta Pont, universitario, jurista y amigo", por AURELIO MENÉNDEZ, pág. VII.

"A Manuel Broseta, mi compañero de trabajo y amigo", por FERNANDO SÁNCHEZ CALERO, pág. XIII.

"Manuel Broseta. In memoriam", por MANUEL OLIVENZA, págs. XIX.

"Manuel Broseta, copositor inolvidable", por CARLOS FERNÁNDEZ-NOVOA, pág. XXIII.

"En recuerdo del profesor Manuel Broseta Pont", por JUSTINO F. DUQUE DOMÍNGUEZ, pág. XXVII.

"Manuel Broseta, compañero y amigo", por ALBERTO BERCOVITZ, pág. XXXV.

"Recuerdo de mi maestro Manuel Broseta Pont", por FRANCISCO VICENT CHULIA, pág. XXXIX.

"Don Manuel Broseta", por VICENTE CUÑAT EDO, pág. LI.

"Don Manuel Broseta, maestro-amigo", por CARMEN ALBORCH, pág. LVII.

"Mi querido maestro", por ANTONIO SOTILLO MARTÍ, pág. LIX.

"La competencia exclusiva del Estado sobre la Legislación mercantil", por JAVIER GARCÍA DE ENTERRÍA LORENZO-VELÁZQUEZ, pág. 7.

La adaptación de la Ley de Propiedad Intelectual a la Directiva CEE, relativa a la protección jurídica de los programas de ordenador", por J. MASSAGUER, pág. 39.

**REVISTA DE DERECHO URBANISTICO**

Núm. 126 (Enero-febrero 1992)

"El sistema de valoraciones urbanísticas en la reforma de la Ley del Suelo", por JOSÉ A. LÓPEZ PELLICER, pág. 13.

"El incumplimiento de los deberes urbanísticos por parte de la Administración actuante y sus consecuencias jurídicas", por JAIME RODRÍGUEZ-ARANA, pág. 37.

"Aplicación de la Ley 8/1990, gestión del tiempo urbanístico y naturaleza de la licencia de edificación en dicha ley", por FRANCISCO LLISET BORRELL, pág. 61.

"Las dispensas y reservas de dispensación contenidas en los planes de urbanismo", por AVELINO BLASCO, pág. 81.

"Integración de las vías pecuarias en el planeamiento urbanístico", por ENRIQUE PORTO REY, pág. 95.

**REVISTA DE ESTUDIOS POLITICOS**

Núm. 75 (Enero-marzo 1992)

"Algunos rasgos fundamentales del parlamentarismo italiano", por CARLO CHIMENTI, pág. 7.

"Derechos fundamentales e integración europea: La jurisprudencia del Tribunal Constitucional italiano", por GIORGIO RECCHIA, pág. 47.

"La elecciones autonómicas de Galicia (1981-1990)", por J. VILAS NOGUEIRA, pág. 59.

"Sociología de los ministros de la Restauración (1902-1931)", por JOSÉ MANUEL CUANCA TORIBIO y SOLEDAD MIRANDA GARCÍA, pág. 87.

"El uso del referéndum en la España democrática (1976-1986)", por CESÁREO R. AGUILERA DE PRAT, pág. 131.

"El estado actual de las relaciones internacionales como ciencia social: ¿Crisis o pluralismo paradigmático?", por KEPA SODUPE, pág. 165.

**REVISTA ESPAÑOLA DE DERECHO INTERNACIONAL**

Núm. 2 (Julio-diciembre 1991)

"La patente comunitaria y la crisis de principio de territorialidad", por M. DESANTES REAL, pág. 323.

"Los derechos políticos de los extranjeros en España", por A. MARÍN LÓPEZ, pág. 351.

"De la práctica española en el trámite de los Tratados constitutivos de organizaciones internacionales financieras de ayuda al desarrollo (1979-1990)", por E. ORIHUELA CALATAYUD, pág. 375.

"La reforma de la Carta de las Naciones Unidas: algunas propuestas institucionales", por M. C. ORTEGA CARCELÉN, pág. 389.

## ANALES DE LA ACADEMIA MATRITENSE DEL NOTARIADO Tomo XXXI (1992)

- "Las prestaciones accesorias en la Sociedad Anónima", por EDUARDO LLAGARIA VIDAL, pág. 7.
- "Pactos restrictivos a la libre transmisibilidad de acciones", por MIGUEL TARRAGONA COROMINA, pág. 63.
- "Contrapartidas en aumento o reducciones de capital", por JUAN IGNACIO GÓMEZ VILLA, pág. 103.
- "La adquisición por la Sociedad Anónima de sus propias acciones", por GUILLERMO J. JIMÉNEZ SÁNCHEZ, pág. 183.
- "Grupos de sociedades en Derecho español", por ANTONIO CARMELO AGUSTÍN TORRES, pág. 233.
- "Sociedades unipersonales: Nuevas orientaciones", por JOSÉ MANUEL GARCÍA COLLANTES, pág. 271.
- "La calificación registral mercantil", por EMILIO GARRIDO CERDA, pág. 303.

## REVISTA DE ESTUDIOS AGRO SOCIALES Núm. 157 (Julio-septiembre 1991)

- "La articulación de las diferentes etapas del sistema agroalimentario europeo. Evolución y perspectivas", por MANUEL R. RODRÍGUEZ ZÚÑIGA y ROSA SORIA, pág. 11.
- "Ajustes estratégicos de las empresas agroalimentarias", por HANS-HARALD JAHN, pág. 33.
- "La reestructuración empresarial en el sector de la alimentación: análisis de las empresas en Bolsa", por J. A. MARTÍNEZ SERRANO y A. SANCHÍS LLOPIS, pág. 65.
- "La plena realización del mercado interior europeo y las estrategias de las empresas agroindustriales", por RAINER W. KUHLMANN, pág. 87.
- "El análisis del consumo de alimentos y la elección de los productos alimenticios: enfoque multidisciplinar", por M. T. G. MEULENBERG y J. E. B. M. STEENKAMP, pág. 125.
- "Estrategias de la distribución alimentaria: perspectivas para el sector hortícola español", por FERNANDO RAMOS REAL, pág. 153.
- "Importancia de la salud y el medio ambiente como atributos de los productos alimentarios", por PETER A. M. OUDE OPHUIS, pág. 183.
- "Análisis especial de la industria agroalimentaria: un enfoque de desarrollo regional", por JAVIER SANZ CAÑADA, pág. 203.
- "Organizaciones interprofesionales y desarrollo del sector: la historia de la —filière— remolacha azúcar en Francia", por TERESA GARCÍA AZCÁRATE y ALICIA LANGREO NAVARRO, pág. 237.

## REVISTA DE DERECHO BANCARIO Y BURSÁTIL Núm. 45 (Enero-marzo 1992)

- "Titularidad y propiedad en las cuentas bancarias indistintas", por JOSÉ M.<sup>a</sup> MUÑOZ-PLANAS, pág. 7.

- "Problemas en materia de documentación y transmisión de acciones", por FRANCISCO JOSÉ ALONSO ESPINOSA, pág. 35.
- "La transparencia de los sindicatos de votos entre accionistas. Su publicidad", por LUIS FERNÁNDEZ DEL POZO, pág. 83.
- "El banco agente en los contratos de crédito sindicado. Consideraciones sobre la naturaleza de la relación que establece el banco agente en dichos contratos", por CHRISTI AMESTI MENDIZÁBAL, pág. 129.
- "Derecho comunitario de la competencia en el sector bancario", por JESÚS CADENAS CORONADO, pág. 167.
- "Contratos mercantiles atípicos: floors, caps, collars (gestión y cobertura de los tipos de interés)", por ÍÑIGO GÓMEZ-JORDANA, pág. 187.

## REVISTA JURIDICA DE CASTILLA-LA MANCHA

Núm. 13 (Diciembre 1991)

- "Anotaciones sobre los problemas de método de investigación en el derecho del trabajo y sus repercusiones en la función del jurista laboral", por A. BAYLOS, pág. 7.
- "La normativa comunitaria en materia de igualdad de trato y no discriminación por razón de sexo", por T. PÉREZ DEL RÍO, pág. 17.
- "Notas críticas sobre el art. 69 bis C.P. (reforma parcial y urgente del Código Penal de 25 de junio de 1983)", por A. J. SANZ MORÁN, pág. 37.
- "Situación jurídico-procesal y economía de la víctima en España", por J. M. PERIS RIERA, pág. 45.
- "Situación socio-política y sistema de justicia penal en Sudáfrica (especial referencia al problema de los niños negros en prisión)", por R. PEACOCK, pág. 57.
- "El derecho a la autonomía individual en la filosofía moral de John Stuart Mill", por G. DÍAZ PINTOS, pág. 73.

## REVISTA JURIDICA DE CATALUÑA

Núm. 2 (1992)

- "Rescisión de lesiones y expectativas urbanísticas: la aleatoriedad de la adquisición y el cálculo del precio justo", por JORGE RIBOT IGUALADA, pág. 305.
- "El Gobierno como órgano de dirección política en la Constitución Española de 1978", por JUAN LUIS PÉREZ FRANCESCH, pág. 349.

## REVISTA DE DIREITO IMMOBILIARIO

Núm. 28 (Julio-diciembre 1991)

- "Fideicomisso", por ADEMAR FIORANELI, pág. 7.
- "Notas sobre as Servidoes e o Registro de Imóveis", por JOSÉ ROBERTO FERREIRA GOUVEA, pág. 35.
- "O Tombamento de Imóveis e o Registro", por AFRANIO DE CARBALHO, pág. 43.
- "A Declaração da Fraude à Execução. Consequências a Aspectos Registraes", por DECIO ANTONIO ERPEN, pág. 45.
- "As Vagas de Garagem", por FEDERICO HENRIQUE VIEGAS DE LIMA, pág. 49.
- "O Novo Bem de Família no Direito Brasileiro", por ARTHUR RIOS, pág. 65.



## REVISTA DE DERECHO DE LA UNIVERSIDAD DE CONCEPCION

Núm. 188 (Julio-diciembre 1990)

- "Algunos problemas creados por la Ley 18.802", por RENÉ RAMOS PAZOS, pág. 7.
- "Oportunidad en que deben promoverse los incidentes. Situación especial del de nulidad procesal en el juicio civil y penal", por JULIO SALAS VIVALDI, pág. 17.
- "El Congreso Nacional de Valparaíso", por SERGIO CARRASCO DELGADO, pág. 31.
- "Poder jurídico y poder moral", por PHILIPPE JESTAZ, pág. 39.
- "La detención. Sus fines y extensión", por ELEODORO ORTIZ SEPÚLVEDA y CARLOS PECCHI CROCE, pág. 55.
- "Proyecto de reformas orgánicas y funcionales a la Administración de Justicia", por ALEJANDRO ABUTER CAMPOS, pág. 71.
- "Acerca del orden público económico", por RICARDO SALDÓVAL LÓPEZ, pág. 107.
- "La nulidad procesal y el recurso especial de reposición en la Ley de Quiebras", por HÉCTOR OBERG YÁÑEZ, pág. 119.
- "Consideraciones en torno al daño en la responsabilidad civil. Una visión comparatista", por RAMÓN DOMÍNGUEZ AGUILA, pág. 125.

## BOLETIM DA FACULDADE DE DIREITO.

### UNIVERSIDADE DE COIMBRA

Vol. LXIII (1987)

- "Ensaio de análise tipológica do contrato de locação financeira", por DIOGO LEITE DE CAMPOS, pág. 1.
- "L'Adhésion du Portugal aux conventions communautaires en matière de droit international privé", por RUI MANUEL MOURA RAMOS, pág. 75.
- "Estado, consenso, legitimação e os paradoxos da modernidade", por SILVEIRO DA ROCHA E CUNHA, pág. 109.
- "Em torno do Jus Sepulchry romano. Algunos aspectos de epigrafía jurídica", por RUI MANUEL DE FIGUEIREDO MARCOS, pág. 153.
- "A forma do contrato-promessa e as consequencias da sua inobservancia", por VÍCTOR J. DE VASCONCELOS RAPOSO R. CALVETE, pág. 183.

## REVISTA JURIDICA JALISCIENSE

Núm. 2 (Enero-abril 1992)

- "Hacia una teoría del acto reclamado en materia del Juicio de Amparo", por JOSÉ DE JESÚS GUDIÑO PELAYO, pág. 11.
- "Una aproximación a la inseminación artificial", por JAVIER HURTADO, pág. 47.
- "Postulados constitucionales de amparo e interpretación de la Suprema Corte", por PEDRO ALFONSO LABARIEGA, pág. 83.
- "La crítica de los marxistas contra Kelsen", por OSCAR CORREAS, pág. 141.
- "La historia de la pena de muerte en los Estados Unidos", por MICHAEL R. SNEDEKER, pág. 181.
- "La protección otorgada por la Constitución de los Estados Unidos a las creencias y grupos religiosos", por ALLAN BROWNSTEIN, pág. 197.

"La educación elevada a rango constitucional en San Luis Potosí", por JESÚS MOTILLA MARTÍNEZ, pág. 215.

## NOTICIAS C.E.E.

### Núm. 87 (Abril 1992)

- "España y la Unión Monetaria Europea", por MARIANO RUBIO JIMÉNEZ, pág. 11.
- "El sistema normativo de la CEE y su aplicación en el orden jurídico interno del Estado español", por JOSÉ A. GIRÓN LARRUCEA, pág. 21.
- "El panorama normativo de las directivas de la CEE en materia de sociedades mercantiles", por FERNANDO DíEZ MORENO, pág. 43.
- "El proyecto comunitario del Mercado de Valores", por CARLOS ENTRENA PALOMERO, pág. 49.
- "Análisis de la duodécima Directiva del Consejo: La sociedad de responsabilidad limitada de socio único", por ANA M.<sup>a</sup> GORDÓN VERGARA y RICARDO LÓPEZ ARANDA, pág. 55.
- "Cinco años de experiencia española en el Convenio sobre la patente europea", por JOSÉ DANIEL VILA ROBERT, pág. 69.
- "La Codificación del Derecho Aduanero en la Comunidad", por SUSANA GALERA RODRIGO, pág. 77.

### Núm. 88 (Mayo 1992)

- "Los recursos de revisión e interpretación ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas", por ROSARIO SILVA DE LAPUERTA, pág. 11.
- "La franquicia europea", por RAÚL DE ELÍAS-OSTUA Y RIPOLL, pág. 21.
- "El Régimen Jurídico de las tarjetas de crédito", por VICENTE INFANTE PÉREZ, pág. 65.
- "La política de compras de Renfe ante la nueva normativa comunitaria", por ARTURO DELGADO FERNÁNDEZ, pág. 81.
- "La política de compras de la defensa ante el Mercado Único Europeo", por FERNANDO DE LA MALLA GARCÍA, pág. 97.
- "La apertura de los contratos públicos en la Comunidad Económica Europea: situación actual y perspectivas", por GONZALO SAMANIEGO BORDIU, pág. 103.
- "Política comunitaria para la pequeña y mediana empresa. Los programas de acción y la cooperación empresarial (I)", por ANA M.<sup>a</sup> VÁZQUEZ LOSADA, pág. 109.



