

REVISTA CRITICA
DE
DERECHO INMOBILIARIO

FUNDADA EN 1925

por

D. Jerónimo González Martínez

Año LXVIII ° Enero-Febrero 1992 ° Núm. 608

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

	<i><u>Págs.</u></i>
En memoria de Antonio de Leyva, por CARLOS MIGUEL HERNÁNDEZ CRESPO	7
ESTUDIOS:	
“Limitaciones del dominio privado en el litoral español”, por J. MIGUEL LOBATO GÓMEZ	11
“Protección registral del dominio marítimo-terrestre”, por ARMANDO TORRENT	49
“Eficacia y alcance de la cláusula resolutoria en garantía del precio aplazado en la compraventa de bienes inmuebles”, por VICTORIO MAGARIÑOS BLANCO	63
DICTAMENES Y NOTAS:	
“Alonso Martínez en el proceso codificador, civil e hipotecario”, por JESÚS LÓPEZ MEDEL	145
ACTUALIDAD JURIDICA:	
Información legislativa y de actividades, por LA REDACCIÓN	157
JURISPRUDENCIA:	
I. Sentencias del Tribunal Constitucional, por FRANCISCO CORRAL DUEÑAS	165
II. Resoluciones de la Dirección General, por JOSÉ SIMEÓN RODRÍGUEZ SÁNCHEZ y PABLO VIDAL FRANCÉS	171

III. Sentencias del Tribunal Supremo

I. Derecho Civil:

b) Obligaciones y contratos, por JOSÉ QUESADA SEGURA	197
c) Arrendamientos, por CATALINO RAMÍREZ RAMÍREZ	204

IV. Tribunales Superiores de Justicia	213
---	-----

INFORMACION BIBLIOGRAFICA:

“La disolución de la Sociedad Anónima”, de EMILIO BELTRÁN, por MANUEL CASERO MEJÍAS	221
“La nozione giuridica dell'imprenditore”, de ANTEO GENOVESE, por JOSÉ M. PIÑOL AGUADÉ	230
“El retracto gentilicio”, de RONCESVALLES BARBER CARCAMO, por FRANCISCO CORRAL DUEÑAS ..	231
“Jurisprudencia registral resumida”, de FÉLIX RODRÍGUEZ LÓPEZ y LUIS MANUEL SELVA SÁNCHEZ, por FRANCISCO CORRAL DUEÑAS	234

REVISTA DE REVISTAS, por LA REDACCIÓN	237
---	-----

En memoria de Antonio de Leiva

Antonio de Leyva ha muerto. La noticia de su fallecimiento fue un doloroso golpe para sus muchos amigos.

Pocos días antes había fallecido trágicamente, en accidente de automóvil, su hijo mayor, y cuantos le acompañamos al funeral, bien ajenos a que en breve acudiríamos al suyo, admiramos su serenidad y su entereza cristianas.

Le vi varias veces en días sucesivos y comprobé en todos nuestros encuentros que su delicadeza y afecto con los amigos le hacía, según pensábamos entonces y sabemos ahora, disimular su profundo dolor y afrontar con señorío y sin abatimiento, al menos aparente, aquella desgracia.

Dos o tres días después de su marcha a Canarias, donde le sorprendió la muerte, hablamos, y me comentó que se iba unos días de vacaciones, sobre todo por Felisa, su esposa, y quedamos emplazados para su vuelta.

Conocí a Antonio Leyva durante su etapa de decano del Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad y Mercantiles en el año 1973, profundizando nuestra amistad sobre todo a raíz de unas Jornadas de Derecho Registral que los Registradores de Extremadura integrantes del Seminario o Centro Hipotecario, entre los que me encontraba como Registrador de Cáceres, habíamos organizado.

Antonio asistió, participó y las presidió como decano. Fueron tres días de convivencia en los que tanto él como su esposa anudaron una recíproca amistad con todos nosotros y que en particular tanto mi mujer como yo la hemos mantenido e intensificado a lo largo del transcurso de los años.

Cuando Francisco Corral Dueñas, entonces también Registrador en Extremadura y hoy consejero-secretario e inestimable impulsor y mantenedor de la REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO, a cuyo consejo de redacción pertenecía Antonio Leyva, me pidió unas líneas en recuerdo del amigo, confieso que hubiera preferido que no lo hiciera. Era y es un

honor para mí hablar o escribir de Antonio, pero a la vez, con este motivo, doloroso y nada grato.

Su aventura vital ha sido rica, abundante, importante, variada y también dura.

Registrador de la Propiedad de Agreda, su primer destino, y sucesivamente de Cebreros, San Vicente de la Barquera, Calahorra, Ronda, Pola de Siero, Tudela y Madrid número 6, en el que hace algo más de dos años fue jubilado.

El Registro de Tudela lo desempeñó durante diecisiete años; vinculado a la zona, gustándole estar allí en compañía de su mujer y de sus hijos, en su "Torre Leyva", donde recibía, señorial, amigable y hospitalariamente, a amigos y compañeros.

En la revista *Anuario de Derecho Civil* comentó las resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado.

Se dedicó a la preparación de opositores y su labor hizo que muchos de los que fueron sus alumnos formen parte actualmente de los escalafones de Notarías y Registros.

En el aspecto administrativo y político desempeñó cargos de responsabilidad, como vicesecretario general de la Comisaría del Plan de Desarrollo, secretario general del Ministerio de la Vivienda y subsecretario del mismo Ministerio.

En lo profesional fue decano del Colegio, llevando a cabo con gran éxito y visión de futuro la modernización de los Registros: iniciativas que cada día han sido mejor valoradas en toda su dimensión e importancia, como la implantación de los libros registrales de hojas móviles o la iniciación de la informatización de los Registros fueron realizados por su tesón y su entusiasmo.

Fue brillante en todas sus facetas y fue reconocida merecidamente su labor, entre otras condecoraciones, con la Cruz de Honor de San Raimundo de Peñafort, la Gran Cruz de Isabel la Católica y la Gran Cruz del Mérito Civil.

Pero pienso que sobre todo, y acaso por ello brilló en lo demás, fue un hombre bueno, cariñoso con los suyos y con todos, amigo de sus amigos.

Sirvan estas pobres pero sentidas líneas de oración por el eterno descanso de su alma y de pesar compartido con su esposa, hijos, nietos, familiares y con tantos amigos y compañeros que lamentamos su ausencia y creemos que es él quien está pidiendo a Dios por nosotros.

CARLOS MIGUEL HERNÁNDEZ CRESPO

ESTUDIOS

Limitaciones del dominio privado en el litoral español

1. No cabe duda de que el principal objetivo de la Ley de Costas de 28 de julio de 1988 (en adelante LC) ha sido desarrollar el artículo 132 de la Constitución Española. Por eso mismo, su núcleo central y básico viene constituido por la clasificación y definición de los bienes de dominio público marítimo-terrestre y la determinación de su régimen jurídico, intentando articular una concepción “innovadora” y “distinta” de su regulación (1). Pero además, desde el punto de vista del Derecho privado, hay otras dos cuestiones que presentan un particular interés: el problema de los enclaves de propiedad particular en la zona marítimo-terrestre, que la Ley pretende dejar zanjado definitivamente excluyendo la posibilidad de consolidar la apropiación por particulares de terrenos de dominio públi-

(1) Aparte de las referencias en obras generales y de las ya abundantes aportaciones monográficas que la doctrina ha realizado sobre diferentes aspectos de la Ley, *vid.* J. M. DÍAZ FRAILE, *El dominio público marítimo-terrestre. Exégesis y comentario del Título I de la Ley 22/1988, de 28 de julio, de Costas*, Madrid, 1989; J. L. MEILÁN GIL, “El concepto de dominio público marítimo-terrestre en el proyecto de Ley de Costas”, *REDA*, 1988, págs. 361 y ss.; *Id.*, “Comunidades Autónomas y dominio público marítimo-terrestre. El proyecto de Ley de Costas”, *RDU*, 1988, págs. 417 y ss.; A. MENÉNDEZ RENACH, “La nueva Ley de Costas: el dominio público como régimen jurídico de especial protección”, *CEUMT*, 1988, págs. 29 y ss.; M. J. MONTORO CHINER, “La Ley de Costas ¿Un proyecto viable?”, *REDA*, 1988, págs. 181 y ss.; M.^a T. POVEDA DÍAZ, “La Ley de Costas de 28 de julio de 1988 y la planificación territorial y urbanística”, *RDU*, 1989, págs. 895 y ss.; SANCHEZ DE LA MADRID Y AGUILAR, *Comentarios a la Ley de Costas*, Málaga, 1989; A. MORENO CANOVES, *Régimen jurídico del litoral*, Madrid, 1990, AA.VV., “La Ley de Costas”, *CEUMT*, 106/107 (núm. monográfico), 1988; AA.VV., *Jornadas sobre la Ley de Costas*, Instituto Vasco de Administración Pública, 1990.

co (2), y las limitaciones que sufre el dominio privado contiguo a dicha zona en razón de la protección de la franja litoral, tomando como punto de partida una técnica tradicionalmente empleada en el Derecho español, pero dándole un sentido nuevo y una amplitud que antes no tenía (3). Asuntos estos que son, juntamente con las cuestiones competenciales plan-

(2) Este tema ha sido y será, sin lugar a dudas, uno de los más tratados y debatidos de la Ley, como ya lo fuera antes de su promulgación. Para hacerse una idea de la problemática planteada y de los términos del debate *vid.* M. CONDE, "El pretendido uso de las playas y ZMT de propiedad particular", *RAP*, 1974, págs. 429 y ss.; R. FORNESA RIBÓ, "Eficacia del título hipotecario sobre parcelas de zona marítimo-terrestre. Especial referencia a los terrenos ganados al mar", *RAP*, 1965, págs. 123 y ss.; F. GARRIDO FALLA, *Comentario a la Constitución*, Madrid, 1985 (2.^a ed.), págs. 1936 y ss. (*sub art.* 132); A. GUAITA, *Derecho administrativo. Aguas, Montes y Minas*, Madrid, 1986 (2.^a ed.), págs. 50 y ss.; J. LEGUINA VILLA, "Propiedad privada y servidumbre de uso público en las riberas del mar", *RAP*, 1971, págs. 59 y ss.; *Id.*, "La defensa del uso público de la zona marítimo-terrestre", *REDA*, 1974, págs. 185 y ss.; L. MARTÍN REFORTILLO, "¿Propiedad privada de playas y zona marítimo-terrestre?", *REDA*, 1982, págs. 517 y ss.; L. MARTÍNEZ ESCUDERO, *Playas y costas: su régimen jurídico administrativo*, Madrid, 1985 (2.^a ed.), págs. 152 y ss.; T. QUINTANA LÓPEZ, "La privatización de los terrenos de que ha sido desalojado el mar", *RAP*, 1986, págs. 373 y ss.; J. RODRÍGUEZ DRINCOURT, "Edificios ruinosos en el dominio público de las playas (STS 22 septiembre 1984)", *RAP*, 1985, págs. 227 y ss.; N. RODRÍGUEZ MORO, "La propiedad privada en la zona marítimo-terrestre", *REVL*, 1968, págs. 133 y ss.; J. M. RODRÍGUEZ OLIVER, "Ley de Costas y propiedades particulares", *REDA*, 1975; F. SAINZ MORENO, "Dominio público estatal de las playas y zona marítimo-terrestre", *RAP*, 1982, págs. 201 y ss. Tras la entrada en vigor de la nueva Ley, *vid.* J. M. DÍAZ FRAILE, *El dominio público marítimo-terrestre*, cit., págs. 52 y ss.; N. FENOY PICÓN, "Los enclaves de propiedad privada en zona marítimo-terrestre y la Disposición Transitoria 1.^a, números 1 y 2, de la LC de 1988", *ADC*, 1989, págs. 915 y ss., con particular referencia a la jurisprudencia del TS sobre la cuestión; J. A. LÓPEZ PELLICER, "Los derechos adquiridos en zonas del demanio marítimo-terrestre ante la nueva Ley de Costas", *REDA*, 1990, págs. 533 y ss.; A. MORENO CANOVES, *Régimen jurídico del litoral*, cit., págs. 49 y ss.; R. PARADA VÁZQUEZ, *Derecho administrativo*, III *Bienes públicos Derecho urbanístico*, Madrid, 1990 (3.^a ed.), págs. 155 y ss.; J. M.^a RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, "¿Inconstitucionalidad de la Disposición Transitoria 1.^a de la Ley de Costas de 1988?", *ADC*, 1989, págs. 937 y ss.

(3) La Ley de Costas advierte en su Exposición de Motivos, entre otros fallos graves de la legislación anteriormente vigente, "las servidumbres obsoletas e insuficientes" y "la ausencia total de medidas de protección en el territorio colindante", y por ello considera de "especial novedad e interés" el título dedicado a la protección del dominio público marítimo-terrestre. "Este título —sigue diciendo la EM— establece, como es tradicional en la legislación española reguladora de bienes de dominio público, una serie de limitaciones a la propiedad de los terrenos colindantes, que tienen el carácter de regulación mínima y complementaria de la que dicten las Comunidades Autónomas en el ámbito de sus respectivas competencias, por lo que la presente Ley se contrae a la definición de las condiciones básicas para el ejercicio de ese derecho en los mencionados terrenos y trata de asegurar la efectividad del derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado, así como el deber de conservarlo, siguiendo pautas ya establecidas en otros países europeos y también en el nuestro en relación a los terrenos colindantes con otros bienes de dominio público"

teadas entre las distintas Administraciones, los que ha suscitado mayor interés de la doctrina.

2. La Ley de Costas se encuadra dentro del amplio y heterogéneo conjunto de leyes particulares que en los últimos tiempos, de una manera lenta pero corrosiva, conduce a un progresivo proceso de relativización del contenido mismo del derecho de propiedad. Este proceso, que se inicia ya en nuestro Derecho desde el mismo momento de la publicación del Código Civil, reviste unas características claramente identificables en relación con los poderes que el Ordenamiento reconoce y garantiza al propietario y desemboca en el reconocimiento constitucional de la función social de la propiedad. En efecto, esta Ley se integra en un conjunto de leyes constituido fundamentalmente por la legislación del suelo, la legislación agraria, la legislación de aguas, de minas y de montes, la legislación del patrimonio histórico-artístico y de espacios naturales protegidos, la legislación de carreteras, etc., que tienen como fin articular la tutela de los intereses generales o, si se prefiere, la función social de la propiedad, función social, que aunque paradójicamente no se invoca expresamente en esta Ley (4), viene a concretarse en el artículo 45 de la Constitución Española en cuanto legitima la adopción de medidas para la protección, la conservación y la utilización del dominio público marítimo-terrestre.

Formalmente, como consecuencia de este proceso legislativo al que aludimos, se ha producido en esta materia una clara modificación en las relaciones existentes entre el Código Civil y legislación especial, con lo que se afirma que el derecho de propiedad no se devuelve ya en un monosistema jurídico (propiedad), sino en un polisistema integrado por una multiplicidad de leyes que tienden a concretar, en el terreno normativo, soluciones a las nuevas y variadas exigencias que plantea la compleja organización de una sociedad moderna y pluralista (propiedades) (5).

(4) A pesar del sorpresivo silencio que guarda la Ley de Costas en relación con la función social de la propiedad, es frecuente entre los autores explicar determinadas disposiciones de la misma partiendo de ella. Cfr. MONTORO CHINER, *La Ley de Costas*, cit., pág. 182; B. NOGUERA DE LA MUELA, "La legislación de costas y las limitaciones sobre los terrenos contiguos a la rivera del mar". *RJC*, 1990, págs. 902-903; A. PÉREZ MORENO, "La Ley de Costas y el planeamiento urbanístico", *RDU*, 1990, pág. 246. De otro lado, con carácter general, se ha puesto de relieve que los derechos de tanteo y retracto, derechos que esta Ley establece a favor de la Administración en algunos casos, suponen concreciones legislativas de la función social de la propiedad; cfr. M. COCA PAYERAS, *Tanteo y retracto, función social de la propiedad y competencia autonómica*, Bolonia, 1988, págs. 288 y ss.

(5) Sobre el más adecuado sentido de los términos "monosistema" y "polisistema", vid. N. IRTI, "Le leggi speciale fra teoria e storia". *L'età della decodificazione*, Milano, 1986 (2ª ed.), págs. 72-73; ID., "I frattumi del mondo (sull'interpretazione sistematica delle leggi speciale)", *Quadrimestre*, 1984, págs. 223 y ss. Con especial referencia al

En el orden substantivo las consecuencias son inmediatas. Se produce una tendencia hacia la ruptura del esquema unitario del derecho de propiedad, y con ello una diversificación de sus contenidos. Se varía la tradicional perspectiva adoptada en la reglamentación del derecho, desplazándose desde la titularidad hacia la actividad, al ejercicio. Y se produce, en fin, un recorte de los poderes del propietario por causa del interés público, del interés social o del interés general. Consecuencias que, en principio, y especialmente la última, aparecen patentes en esta Ley a la que nos referimos.

3. La existencia de limitaciones al dominio privado en razón de la protección del dominio público no es en sí misma una idea nueva. Ya las Partidas venían a establecer limitaciones por motivos de interés comunal o público sobre los terrenos colindantes con algunos bienes de dominio público, si bien sin hacer una referencia concreta a la zona costera (6). Sin embargo, será la Ley de Aguas de 1866 la que, por primera vez, va a establecer sobre los predios costeros las servidumbres de salvamento y vigilancia litoral, figuras estas a la que el Código Civil dará posteriormente soporte teórico y carta de naturaleza mediante el reconocimiento general de las llamadas *servidumbres legales*.

Como se sabe muy bien la categoría de las servidumbres legales aparece explícitamente recogida en el Derecho codificado, y es aceptada por la doctrina sin ningún género de dudas, por más que se presuponga el carácter absoluto del dominio. El *Code Civil* francés de 1804 (arts. 649 y 650)

Instituto de la Propiedad, M. BERNARDINI, *Contenuto de la proprietà edilizia, prospettive e problemi*. Bologna, 1982, págs. 90 y ss.; C. MAZZU, *Proprietà e società pluralista*, Milano, 1983, págs. 5 y ss., y allí otras referencias

Otras valoraciones de la relación Código Civil-Leyes especiales pueden verse en las intervenciones de M. GIORGIANI, F. PIGA, P. SCHLESINGER y F. SANTORO-PASSARELLI en el Congreso celebrado en Roma bajo el título genérico "Tramonto de la codificazione", que se recoge en la *Riv. Dir. Civ.*, 1980, págs. 52 y ss.; C. ARGIROFFI, "Crisi del Codice Civile: scienza giuridica e individuo", *Soggetti e norme, individuo e società a cura de p. perlingieri*, Napoli, 1987, págs. 113 y ss.; G. AZZARITTI, "Codificazione e sistema giuridico", *Pol. dir.*, 1982, págs. 573 y ss., U. BRECCIA, "L'interprete tra codice e nuove leggi civili", *Pol. dir.*, 1982, págs. 571 y ss., F. D. BUSNELLI, "El derecho civil entre Código y leyes especiales", *RGLJ*, 1985, págs. 575 y ss.; R. SACCO, "Codificare: modo superato de legiferare?", *Riv. Dir. Civ.*, 1983, págs. 117 y ss. Por último, "Le sintesi de un Convegno sulle tecniche legislative", *Rass. Dir. Civ.*, 1986, págs. 273 y ss., con intervenciones de P. PERLINGIERI, G. BENEDETTI, N. IRTI, P. RESCIGNO y F. GALGANO. En otro contexto puede verse BERTAND, "Les aspects nouveaux de la theorie de la loi", *L'esprit nouveau des lois civiles*, Paris, 1984, págs. 21 y ss.

(6) Vid J. M. LOBATO GÓMEZ, *Propiedad privada del suelo y derecho a edificar*, Madrid, 1989, pág. 412. El propio proyecto de Código Civil de 1851, siguiendo esta tradición, incorporaba algunas de ellas en los artículos 522 y ss.; cfr. F. GARCÍA GOYENA, *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español*, I-II, Barcelona, 1973 (reimpresión anastática de la edición original de 1852), pág. 451.

y el Código Civil español (arts. 349 y 350), por influencia suya, utilizan la misma terminología para referirse a la categoría, incluyendo en ella una masa heterogénea de supuestos, alguno de los cuales de imposible encaje en el concepto técnico de servidumbre, que se pueden reconducir a la idea más general de limitaciones del derecho de propiedad a la que se refiere el artículo 348 de nuestro Código Civil (7).

Sin embargo, es fácilmente constatable que la naturaleza y la estructura de las restricciones que pueden imponerse al derecho de propiedad para modificar su contenido, y las que recientemente ha impuesto la vigente Ley, no es unívoca por más que se suelen englobar bajo una misma y única denominación (servidumbres legales en el CC, limitaciones en la LC). Efectivamente, se encuentran entre ellas verdaderas servidumbres en la más estricta acepción del término como es el caso de la servidumbre de acceso al mar, pero otras muchas de las restricciones previstas difícilmente podrían ser reconducidas a esta categoría de acuerdo con la noción técnica del derecho real de servidumbre (8). Debe retirarse, pues, que estas restricciones al derecho de propiedad que modifican su contenido y condicionan su ejercicio, ni tienen el mismo origen, ni su reglamentación es la misma, ni responden a una estructura homogénea, ni presentan la misma naturaleza.

Esta tendencia a la unificación terminológica, fuertemente arraigada en la doctrina al uso, hace que sea explicable la postura del legislador de englobar dentro de una única figura todo tipo de restricciones a las facultades del propietario del suelo. Con ello se buscó, inicialmente, el prestigio y el hipotético apoyo teórico que reporta el Derecho romano y las categorías procedentes del mismo, pero dando a la noción de servidumbre un alcance completamente distinto y un contenido mucho más amplio, al comprender en la figura de las servidumbres legales todas las situaciones de restricción de los poderes del *dominus*, término impropio que andando el tiempo llegará a servirles de cobertura, de acuerdo con las interpretaciones de la doctrina más usual y de la práctica jurisprudencial (9).

(7) La identificación de servidumbres legales y limitaciones del dominio lleva a la doctrina a dar un paso ulterior, afirmar que “constituyen naturales modos de ser de la propiedad en el orden social. No se trata, pues, de servidumbres ni de restricciones, sino de confines o límites intrínsecos de la propiedad”; cfr. MANRESA, *Comentarios al Código Civil español*, IV, Madrid, 1952 (7.^a ed., rev. por J. CALVILLO), pág. 824. Para otras referencias sobre la cuestión, J. M. LOBATO GÓMEZ, *ob. cit.*, págs. 425, y 225 y ss.

(8) Cfr. J. L. GONZÁLEZ-BERENGUER, “La Ley de Costas. Las construcciones futuras”, *RDU*, 1990, pág. 156, que señala cómo la Ley de Costas llama servidumbres a lo que no lo es.

(9) Por lo demás, ya observaba GARCÍA GOYENA, *Concordancias*, cit., pág. 420, que “habiendo dado lugar en este título, con el nombre de servidumbres legales, a ciertos

Sólo a medida que va consolidándose la división entre el Derecho público y el Derecho privado, con la progresiva ampliación del poder reglamentario, y el Código Civil pasa a desempeñar una función exclusiva de regulación de las relaciones jurídico-privadas, las dificultades dogmáticas que se presentan para englobar todo tipo de restricciones a los poderes del dueño del suelo en la categoría de la servidumbre se acentúan, y llevan a los diferentes autores, bien a buscar una diferenciación conceptual entre servidumbres públicas, legales o administrativas y limitaciones del dominio, bien a buscar un concepto de las primeras que permita incorporar todas las restricciones impuestas al propietario en interés público o social (10).

Sin embargo, sigue existiendo una clara propensión a identificar limitaciones del dominio y servidumbres legales, eludiendo las notorias diferencias que la doctrina venía señalando entre ambas, quizá porque cuando recaen sobre bienes inmuebles presentan ciertas semejanzas, mayores o menores, con las servidumbres. En efecto, buena parte de nuestros cultivadores del Derecho administrativo, y la LC parece darla por sentada, se apartan desde el primer momento del camino seguido por la doctrina civilista (11) que no acepta esta equiparación por llevar implícita la identificación de dos categorías técnicamente diversas, aunque los propios

gravámenes que el Derecho romano y patrio no comprendieron bajo aquel nombre y los trataron separadamente, podrá suceder en algún caso que el gravamen o servidumbre no tenga por objeto precisa y exactamente la utilidad de una finca determinada, sino la de muchas en general o el ornato y servicio público"

(10) La opinión más generalizada en la doctrina privatista tiende a considerar que las servidumbres legales de utilidad pública no son propiamente servidumbres. En este sentido se manifestaban ya DEMOLOMBE, *Cours de Code Napoleon*, t. XI, París, 1855, págs. 329-330, y ABRUY/RAU, *Cours de Droit civil français*, III, París, 1869 (4.^a ed.), pág. 61, y, en general, la mayoría de la doctrina. Esta es también la tesis que parece seguir prevaleciendo en la actualidad, cfr. MARTY/RAYNAUD, *Droit civil Les biens*, París, 1980 (2.^a ed.), págs. 198-199; MAZEAUD, *Leçons de Droit civil*, II, París, 1984 (6.^a ed.), pág. 110, WEILL/TERRE/SIMMLER, *Droit civil Les biens*, París, 1985 (3.^a ed.), pág. 229, G. BRANCA, *Servitù prediali*, Bologna-Roma, 1979 (5.^a ed.), págs. 73 y ss., B. BIONDI, *Le servitù*, Milano, 1967, págs. 730 y ss., M. COMPORI, "Le servitù prediali", *Tratatto di Diritto privato* dir. por P. Rescigno, 8, Torino, 1982, págs. 172 y ss., y, en general, toda la doctrina civilista española. Sin embargo, la práctica administrativa y jurisprudencial tienden a ensanchar el ámbito de la noción clásica de servidumbre y englobar en ella las limitaciones del dominio a las que nos referimos. Para otras referencias, vid. BERGEL, *Les servitudes de lotissement a usage d'habitation*, París, 1973, págs. 9 y ss.; FERRU, *La notion de servitude*, París, 1973, págs. 17 y ss., O. SACHS, *Le controle de l'utilité publique des servitudes administratives*, París, 1984, págs. 2 y ss.

(11) Vid. el testimonio de C. GARCÍA OVIEDO, *Instituciones de Derecho administrativo*, Sevilla, 1927, pág. 360. Además, como muy bien se ha puesto de relieve, J. L. LACRUZ, *Elementos de Derecho civil*, III, 1-2.^a *Posesión y propiedad*, Barcelona, 1988 (2.^a ed.), pág. 64 "Propias servidumbres sólo hay cuando han de constituirse como tales, contratando con el dueño o expropiándole en lo preciso".

Códigos Civiles fomentan la confusión recogiendo entre las servidumbres legales figuras que no son servidumbres propiamente hablando (12).

Estas reflexiones permiten abordar el análisis del título II de la LC, para intentar deslindar, si ello es posible, las dos categorías jurídicas sobre las que el mismo se articula: la categoría general de las "limitaciones de la propiedad" impuestas con carácter general y no indemnizables, y la subcategoría de las "servidumbres legales", que parece configurarse como una clase diferenciada de las anteriores (13).

Cierto es que las servidumbres legales o servidumbres administrativas han terminado por trascender sus fines originales de necesidad o utilidad pública y han ampliado su ámbito al interés general o social, cobrando así esta categoría una cierta autonomía jurídica dentro del campo del Derecho público (14), y haciendo más difícil cada vez su diferenciación con las limitaciones del dominio. Ese mismo camino es el que parece haber seguido la LC, pues a pesar de diferenciar formalmente las limitaciones del dominio y las servidumbres legales, incide en el frecuente error de incluir entre estas últimas supuestos que están muy lejos de poder ser configurados como verdaderas servidumbres, como es el caso de la mal llamada servidumbre de protección que supone básicamente un conjunto de prohibiciones de hacer (15). Esa generalización supone, no sólo una ambivalencia

(12) Cfr. J. L. LACRUZ, *Elementos* .. cit., pág. 62, D. ESPIN, *Manual de Derecho civil español*, II, Madrid, 1985 (7ª ed.), págs. 116 y ss.; J. ROCA JUAN, *Comentarios al Código Civil y a las compilaciones forales* dir. por M. Albaladejo, t. VII, 2.º, Madrid, 1978, pág. 110, y allí otras referencias.

(13) De auténticas limitaciones generales y no indemnizables, por establecer una serie de prohibiciones o restricciones referentes no al derecho mismo, sino al ejercicio de ese derecho previamente configurado, las califica O. GONZÁLEZ GONZÁLEZ, *Limitaciones y servidumbre marítimas*, cit., págs. 306 y ss., si bien se contradice poco después al concederles la categoría de "auténticos derechos reales".

(14) Vid. O. SACHS, *Le controle* .. cit., pág. 173, que muy expresivamente señala que el conjunto de restricciones al derecho de disponer del suelo que se conocen como servidumbres administrativas, entre las que se menciona expresamente las prohibiciones de construir o las obligaciones de orden arquitectónico al borde de ciertos sitios impuestas por motivos estéticos, tienen en común, en cuanto a su fundamento, "no responder a una necesidad sino a un deseo" aquel de utilizar mejor el espacio y aprovechar mejor los recursos naturales o culturales".

(15) Y eso que en la tramitación parlamentaria, aunque no admitió una enmienda del Grupo Popular dirigida a titular el capítulo II de este título "Limitaciones y servidumbres legales", no otra de Ramón Triás i Fargas, de CiU, que pretendía suprimir el término servidumbre respecto de la de protección, porque "es aconsejable mantener el concepto tradicional de servidumbre", ni otra del Grupo Popular dirigida a suprimir del artículo 25.1 la palabra "servidumbre", pues "se trata de una limitación del derecho de propiedad y no de una servidumbre", si acogió parcialmente diversas enmiendas dirigidas a suprimir la denominación la llamada "servidumbre de arena", señalando que "no se trata de un supuesto de servidumbre legal, sino de limitación del contenido del derecho de propiedad. Se limita la facultad de aprovechamiento de áridos."

del término servidumbre en el Derecho administrativo, sino también un claro abuso del lenguaje jurídico al englobarse en el término servidumbres legales un conjunto heterogéneo de restricciones y cargas impuestas a la propiedad de los bienes inmuebles contiguos al dominio público marítimo-terrestre que, por el sólo hecho de respetar formalmente la titularidad privada, pretenden satisfacer un amplio abanico de fines de utilidad pública, social o general sin utilizar el procedimiento expropiatorio, reduciendo para ello si es preciso a su mínima expresión las facultades del dueño.

4. De otro lado, es un hecho cierto y fácilmente constatable el progresivo deterioro de nuestro litoral, y no sólo por la falta de un repertorio de medidas concretas encaminadas a su defensa y protección, sino también, y sobre todo, por la falta de voluntad para poner en práctica las existentes. Y esta degradación no se debe solamente a una determinada configuración física y jurídica del dominio público marítimo-terrestre, y a una intensiva e indebida ocupación y utilización del mismo, sino también a los usos a los que se han sometido los terrenos colindantes, sin siquiera respetar las escasas limitaciones y servidumbres que establecía la legislación anterior (16). Partiendo de estas ideas el artículo 20 de la LC dispone que “la protección del dominio público marítimo terrestre comprende la defensa de su integridad y de los fines de uso general a que está destinado; la preservación de sus características y elementos naturales y la prevención de las perjudiciales consecuencias de obras e instalaciones en los términos de la presente Ley” y, consiguientemente, el artículo 22 señala que a “los efectos de lo previsto en el artículo anterior, los terrenos colindantes con el dominio público marítimo-terrestre estarán sujetos a las limitaciones y servidumbres que se determinan en el presente título, prevaleciendo sobre la interposición de cualquier acción. Las servidumbres serán imprescriptibles en todo caso”.

Con ello queda claramente de manifiesto que los terrenos colindantes con la zona de dominio público estarán sujetos a las limitaciones y servidumbres establecidas en la Ley, y que las servidumbres, en su caso, serán imprescriptibles y no se extinguirán con el no uso como reflejo de la imprescriptibilidad del dominio público, que se constituye en fondo dominante. Lo que no queda claro en absoluto es la afirmación legal de que dichas limitaciones y servidumbres “prevalecerán sobre la interposición de cualquier acción”, pero puesto a dar sentido a algo que no lo tiene, ya que

(16) Cfr. R. MARTÍN MATEO y F. VERA REBOLLO, “Problemas de ordenación territorial y urbanística en el litoral survalenciano. consideraciones sobre planeamiento, protección de costas y promoción del turismo residencial”, *RDU*, 1989, pág. 18, A. MORENO CANOVES, *Régimen jurídico del litoral*, cit., pág. 68, F. OSORIO PÁRAMO y L. LÓPEZ PELÁEZ, “La Ley de Costas”, *CEUMT*, 1988, pág. 25

parece únicamente un añadido irreflexivo en el afán de protección del dominio público (17), habría que entender que el ejercicio de las acciones negatoria de servidumbre o la reivindicatoria del dominio no impide que dichos instrumentos legales sigan produciendo sus efectos.

En todo caso, lo que parece seguro es que tanto la imprescriptibilidad de las servidumbres impuestas por la LC, como la inatacabilidad de las mismas mediante una acción judicial, están actuando como índices de que el legislador procura, a pesar de la terminología empleada, despojar a estas determinaciones legales limitativas del dominio del carácter de auténticas servidumbres.

5. Como se ha señalado, una materia clave y, hasta cierto punto, novedosa de la LC es su título II, que en aras de la protección del litoral articula un conjunto de instrumentos legales que tienen en común el establecimiento de ciertas restricciones a las facultades dominicales de los propietarios de las zonas contiguas, titulado genéricamente “Limitaciones de la propiedad sobre terrenos contiguos a la ribera del mar por razones de protección del dominio público marítimo-terrestre”. Estas limitaciones consisten fundamentalmente en el establecimiento de una serie de bandas territoriales longitudinales, superpuestas y de una anchura variable que discurren paralelas al límite interior de la ribera del mar, las cuales implican el establecimiento de distintas limitaciones dominicales que van acentuándose progresivamente en función de su mayor proximidad al mar. Además, a estas bandas serviles se unen la posibilidad de imponer una servidumbre de acceso al mar de carácter transversal y diversas limitaciones relativas a la conservación y explotación de los yacimientos de áridos. Para ello este título se estructura formalmente en cuatro capítulos, el primero referido a los “objetivos y disposiciones generales”; el segundo, que se subdivide en tres secciones referidas la servidumbre de protección, a la servidumbre de tránsito y a la servidumbre de acceso al mar, y lleva por título “servidumbres legales”; el tercero titulado “otras limitaciones de la propiedad”; y el cuarto que regula la “zona de influencia”.

Se intenta así aglutinar las tradicionales servidumbres legales que recaían sobre la propiedad particular de las zonas adyacentes al mar, y por tanto no tan obsoletas como daba a entender la Exposición de Motivos, con otras limitaciones nuevas que se estiman necesarias para la protección de las zonas costeras que ya ponía en evidencia la Resolución 29, adoptada por el Comité Ministerial del Consejo de Europa el 26 de octubre de 1973, relativa a la protección de dichas zonas. La verdad es que este conjunto de disposiciones que engloba el título II concretando la influencia expansiva

(17) Cfr SÁNCHEZ DE LA MADRID, *Comentarios*, cit., pág 89

de la demanialidad marítimo-terrestre sobre la propiedad colindante (18), a pesar de la intención sistematizadora del legislador, constituye una agrupación heterogénea de mecanismos jurídicos cuyo único nexo de unión es instrumentar la protección, la conservación y la utilización del dominio público marítimo-terrestre, caracterizada, además, por utilizar con gran frecuencia la técnica de los conceptos jurídicos indeterminados y la hegemonía de la discrecionalidad en la valoración de las oportunidades técnicas. Dos frentes de escape de la vinculación positiva al principio de legalidad (19).

6. *La zona de protección.* Superpuesta a las diversas servidumbres legales tradicionalmente establecidas por el Derecho español sobre la zona litoral, la nueva Ley ha previsto la existencia de un franja de terreno de anchura variable y paralela a zona marítimo terrestre a la que denomina "servidumbre de protección" o "zona de servidumbre de protección" para someterla a un régimen particular (20). Régimen que, tanto desde el punto de vista sustantivo, como el punto de vista formal, constituye una de las principales novedades de la Ley y la principal en esta materia, y aparece establecido básicamente en los artículos 23 a 26 de la LC y en los artículos 43 a 50 del Reglamento de 1989 para su desarrollo.

En cuanto a su origen ha de señalarse que, pese a que el legislador en la Exposición de Motivos trata de conectar esta zona con la antigua servidumbre de salvamento (21), parece más plausible pensar, dado ade-

(18) R. PARADA VÁZQUEZ, *Derecho administrativo*, cit., págs. 177 y ss.; I. ARROYO, *Prólogo a la Ley de Costas*, Tecnos, Madrid, 1988, pág. 12.

(19) Cfr. A. PÉREZ MORENO, *La Ley de Costas*, cit., pág. 268. Insisten en la discrecionalidad y la inseguridad jurídica que encierran muchas de las determinaciones establecidas por la Ley de Costas: ARROYO, *ob. cit.*, pág. 13; J. L. MEILÁN GIL, "Comunidades Autónomas y dominio público marítimo-terrestre. El proyecto de Ley de Costas", *RDU*, 1988, pág. 43; A. MORENO CANOVES, *Régimen jurídico del litoral*, cit., pág. 153; A. ORTEGA GARCÍA, "Implicaciones urbanísticas de la Ley de Costas", *RDU*, 1989, pág. 296; B. NOGUERA DE LA MUELA, *La legislación de costas y las limitaciones sobre los terrenos contiguos a la ribera del mar*, cit., pág. 905.

(20) Sobre este régimen *vid.* J. L. MEILÁN GIL, *Comunidades Autónomas...*, cit., pág. 431; A. MORENO CANOVES, *Régimen jurídico del litoral*, cit., págs. 171 y ss.; B. NOGUERA DE LA MUELA, *La legislación de costas y las limitaciones sobre los terrenos contiguos a la ribera del mar*, cit., págs. 904 y ss.; M.^a T. POVEDA DÍAZ, "La Ley de Costas de 28 de julio de 1988 y la planificación territorial y urbanística", *RDU*, 1989, págs. 915 y ss.; SÁNCHEZ DE LA MADRID, *Comentarios*, cit., págs. 93 y ss.

(21) En la Exposición de Motivos se dice que "la nueva Ley, en coherencia con sus objetivos de conservación de la integridad del dominio público, configura la vieja servidumbre de salvamento, obsoleta en cuanto a la facultad específica que indica su denominación como una servidumbre de protección del citado dominio, que comporta la prohibición general de determinadas actividades y, sobre todo, construcciones consideradas perjudiciales para la adecuada protección de un medio natural tan sensible como la experiencia ha puesto de relieve. En efecto, la garantía de la conservación del dominio público marítimo-terrestre no puede obtenerse sólo mediante una acción eficaz sobre la

más que la LC mantiene sustancialmente dicha servidumbre y la configura en extensión y régimen jurídico de manera muy parecida a como venía haciéndolo la legislación anterior, que en buena medida se inspira en la *servitus non aedificandi* introducida en 1986 en el Derecho francés (22) siguiendo las directrices marcadas por el Consejo de Europa, que en su Resolución 29, relativa a la protección de las zonas costeras y adoptada por el Comité Ministerial el 26 de octubre de 1973, recomienda a los Estados miembros, entre otras medidas de protección, “la creación de una servidumbre *non aedificandi* sobre una franja apropiada de terreno costero” (23). Previsión que mezcla otras determinaciones de carácter urbanístico muy similares a las que introduce la “ley litoral” francesa antes citada, procedencia que no debe olvidarse a la hora de interpretar el régimen jurídico establecido para esta zona en el que prima mucho más su carácter de instrumento de ordenación urbanística, que su carácter de servidumbre o, incluso, de limitación del dominio. Por eso mismo, y a pesar de la terminología legal empleada, parece más correcta la denominación de zona de protección, pues no sólo no constituye una verdadera servidumbre en sentido técnico sobre los terrenos en ella incluidos, sino más bien una variada serie de determinaciones de carácter urbanístico que ni siquiera pueden considerarse en todos los casos, como luego se verá, límites o limitaciones al derecho de propiedad.

estrecha franja que tiene esa calificación jurídica, sino que resulta también imprescindible la actuación sobre la franja privada colindante para evitar que la interrupción del transporte eólico de los áridos y el cierre para las perspectivas visuales para la construcción de edificaciones en pantalla, la propia sombra que proyectan los edificios sobre la ribera del mar, el vertido incontrolado y, en general, la incidencia negativa de la presión edificatoria y de los usos y actividades que ella genera sobre el medio natural puedan causar daños irreparables o de muy difícil y costosa reparación”.

(22) El artículo 3.º de la Ley francesa 86.2, de 3 de enero de 1986, relativa a la ordenación, protección y aprovechamiento del litoral (“Loi littoral”), modifica el artículo 146/4 del *Code de l'urbanisme* al añadir el párrafo 3.º, que dispone “En dehors des espaces urbanisés, les constructions ou installations sont interdites sur une bande littorale de cent mètres à compter de la limite haute du rivage ou des plus hautes eaux. Cette interdiction ne s'applique pas aux constructions ou installations nécessaires à des services publics ou à des activités économiques exigeant la proximité immédiate de l'eau... Le plan d'occupation des sols peut porter la largeur de la bande littorale visée au premier alinéa du présent paragraphe à plus de cent mètres, lorsque des motifs liés à la sensibilité des milieux ou à l'érosion des côtes le justifient”. Esta previsión se completa con otras disposiciones incluidas en los números siguientes del artículo 146 del citado texto legal, similares a las prohibiciones establecidas en la Ley de Costas española para la zona de protección

(23) En el número 5 se recomienda a los Estados miembros: “De réglementer tout le développement dans les zones littorales, notamment. Par la création d'une servitude *non aedificandi* sur une bande appropriée de terrain de mer, par la subordination de l'octroi d'autorisations à des conditions particulièrement strictes”.

En otro orden de cosas ha de señalarse que esta zona se extiende a una franja de terreno de anchura variable, entre 20 y 200 metros, que se ha de medir desde el “límite interior de la ribera del mar”. En efecto, la anchura de esta franja costera será siempre variable (24), porque a pesar de la formulación expresa del artículo 23.1 LC, que con carácter general le asigna una anchura de 100 metros, la Ley permite que esta anchura se vea considerablemente aumentada o reducida en una buena parte del litoral español. De un lado, el artículo 23.2 LC permite que las Administraciones públicas puedan llegar a duplicarla ampliándola hasta un máximo de otros 100 metros “cuando sea necesario para asegurar la efectividad de la servidumbre”. De otro, el artículo 43.4 del RGC dispone que la anchura de la zona de servidumbre de protección se reducirá en los casos a los que se refieren las disposiciones transitorias tercera de la Ley y octava y novena del RGC, quedando reducida a 20 metros en el suelo urbanizado y aún a menos “cuando la línea de las edificaciones existentes esté situada a una distancia inferior”. Es decir, la anchura de 100 metros prevista con carácter general sólo será aplicable en defecto de otras determinaciones expresas de la LC, del planeamiento o de las normas de protección a las que se refiere el artículo 22.1, y, en todo caso, estará íntimamente vinculada a la clasificación urbanística del suelo vigente a la entrada en vigor de la LC.

Así, de acuerdo con la DT tercera de la Ley pueden distinguirse las siguientes situaciones en orden a la extensión territorial de la zona de protección:

1. Suelo no urbanizable y suelo urbanizable no programado. En estos casos se aplicarán, de acuerdo con el apartado primero de la misma y la DT séptima del RGC, las disposiciones generales de la LC establecidas en su artículo 23, pues el criterio básico que la Ley utiliza, en palabras de su Exposición de Motivos, “consiste en establecer la plena aplicabilidad de las disposiciones de la Ley sobre la zona de servidumbre de protección únicamente a los tramos de costa que todavía no estén urbanizados y en los que los propietarios del suelo no tienen un derecho de aprovechamiento consolidado conforme a la legislación urbanística”. Esto es, la zona de protección tendrá una anchura mínima de 100 metros, anchura que podrá ampliarse hasta un máximo de 200 mediante la aprobación del planeamiento urbanístico o de las normas previstas en el artículo 22.1 LC, con acuerdo de la Comunidad Autónoma y el Ayuntamiento afectados por las mismas. Claro que esta ampliación, además de los problemas de competencias que plantea, da entrada a la discrecionalidad más absoluta de la

(24) En este sentido, A. MORENO CANOVES, *Régimen jurídico del litoral*, cit., págs 153-154.

Administración, pues el aseguramiento de la “efectividad de la servidumbre”, criterio al que se liga esta posibilidad de ampliación, sume en la duda al intérprete si tiene en cuenta que el núcleo básico del régimen jurídico específico que para ella se establece consiste en un conjunto heterogéneo de prohibiciones de utilización de los terrenos comprendidos en la zona que funcionan con total independencia de su extensión y anchura.

2. *a)* Suelo urbanizable programado sin Plan Parcial aprobado definitivamente a la entrada en vigor de la Ley. En este caso en la formulación o formación de dicho Plan deberán respetarse íntegramente las disposiciones de la LC relativas a la zona de protección, siempre que no se dé lugar a indemnización de acuerdo con la legislación urbanística, *b)* suelo urbanizable programado con Plan Parcial aprobado definitivamente entre el 1 de enero de 1988 y la entrada en vigor de la LC, y, con Plan Parcial aprobado definitivamente cuya ejecución no se hubiera llevado a cabo en el plazo previsto por causas no imputables a la Administración. Casos ambos en los que el Plan ha de ser revisado para acomodarse y adaptarse a lo dispuesto en la LC para la zona de protección, siempre que no se dé lugar a indemnización de acuerdo con la legislación urbanística.

En estos casos, de acuerdo con el párrafo segundo de la DT tercera de la LC y la DT octava del RGC, se ha de proceder a una adaptación del planeamiento que permita integrar en él las determinaciones que el artículo 25 LC establece para la zona de protección. Sin embargo, se establece un límite preciso, que dichas modificaciones no den lugar a indemnización, pues uno de los criterios que guían al legislador al intentar cohonestar la aplicación de la LC con los derechos adquiridos por los propietarios en base al planeamiento urbanístico es evitar una carga indemnizatoria que recaería fundamentalmente sobre la Administración urbanística (25). Por eso mismo, el RGC, en su DT octava, permite de una parte en su número 3, una aplicación gradual de las disposiciones de la LC, “de tal modo que, atendidas las circunstancias del caso, la anchura de la zona de protección, aunque inferior a 100 metros, sea la máxima posible” De entrada esta disposición parece completamente arbitraria por el grado de discrecionalidad que otorga a la Administración en relación con la determinación del contenido del derecho de propiedad, e incluso al aplicarla se entraría en colisión con las prohibiciones de formar pantallas arquitectónicas y de acumular volúmenes en la zona de influencia, al borde de la zona de protección, pues la prohibición de edificar en la zona de protección obliga a reordenar los volúmenes y situar la edificación futura fuera de ella para

(25) Esto no obsta para que se reconozca que la Administración urbanística pueda acordar la revisión del planeamiento en ejercicio de sus competencias respectivas, aunque diera lugar a indemnización

poder cumplir así con las determinaciones exigidas por la Ley sin necesidad de reducir el aprovechamiento urbanístico.

3. Suelo urbano y suelo urbanizable con Plan Parcial aprobado definitivamente. Como se desprende de la Exposición de Motivos y en atención a respetar los derechos legalmente adquiridos, “en las zonas urbanas o urbanizables, en las que si se han consolidado tales derechos de aprovechamiento, la anchura de la servidumbre de protección se limita a 20 metros, es decir, la misma extensión que correspondía a la servidumbre de salvamento según la legislación de costas que ahora se deroga”, idea que se reproduce en la DT tercera de la LC y en la DT novena del RGC. Sobre esta base se respetan los usos existentes y se podrán autorizar otros nuevos de conformidad con el plan “siempre que se respete la efectividad de la servidumbre”. Si al comentar esta expresión se puede hablar de su indeterminación, de su generalidad, de la completa independencia de la anchura para enjuiciar su efectividad, hemos de añadir ahora que, en principio, se presenta una incompatibilidad radical entre la autorización de nuevos usos, que lógicamente serán urbanos y especialmente edificatorios residenciales, con las prohibiciones del artículo 25 de la LC, que constituye el núcleo básico de este régimen jurídico al que nos estamos refiriendo junto con el número 3 de su DA tercera.

Una primera aproximación al artículo 25.1 LC permite comprobar cómo contempla dos órdenes de cuestiones diferentes:

A) Una serie de determinaciones referentes a la ordenación territorial y urbanística de los terrenos comprendidos en la zona de protección que constituyen, además, limitaciones del derecho de propiedad que recaen sobre los poderes del *dominus* como son la prohibición de realizar edificaciones de uso residencial, de destruir yacimientos de áridos, de hacer determinados vertidos y de colocar reclamos publicitarios. En efecto, el artículo 25.1 LC dispone que: En la zona de servidumbre de protección estarán prohibidos:

a) Las edificaciones destinadas a residencia o habitación, especificando el artículo 45 RGC que se incluyen dentro de esta prohibición las instalaciones hoteleras y se excluyen los campamentos con instalaciones desmontables. Además, el número 3 del artículo 25 LC permite al Consejo de Ministros autorizar excepcionalmente edificaciones de esta clase en tramos de costa que no constituyan playa u otro ámbito de especial protección.

c) Las actividades que impliquen la destrucción de yacimientos de áridos, excluyéndose por el artículo 45.4 RGC el aprovechamiento de los mismos para su aportación a las playas.

e) El vertido de residuos sólidos, escombros y aguas residuales sin depuración, prohibición que se reitera en el artículo 56 LC, exceptuando aquellos utilizados como rellenos que estén debidamente autorizados.

f) La publicidad a través de carteles o vallas o por medios acústicos o audiovisuales, excluyendo de esta prohibición el artículo 45 RGC los rótulos indicadores de establecimientos siempre que se coloquen en su fachada y no supongan una reducción del campo visual.

B) Una serie de determinaciones relativas a la ordenación territorial y urbanística de los terrenos comprendidos en la zona de protección que nada tienen que ver con la categoría de las servidumbres y muy poco con las limitaciones del dominio, y que se refieren a la prohibición de establecimiento en esta zona de determinadas vías de comunicación interurbana y de tendidos eléctricos de alta tensión (art. 25.1.b) y d) LC) (26).

C) Este cuadro se completa con la DA tercera que en su número 3 reconoce a la administración los derechos de tanteo y retracto en las transmisiones onerosas *inter vivos* de los terrenos de propiedad particular incluidos en la zona de servidumbre de protección que se estimen necesarios para la defensa y el uso del dominio público marítimo-terrestre. Declarándose, además, dichos terrenos como de utilidad pública a efectos expropiatorios, fijándose el justiprecio de los mismos exclusivamente por aplicación de su valor urbanístico (27). Para dar efectividad a estos derechos, una vez delimitadas las áreas afectadas, se pone a cargo del propietario del terreno la obligación de notificar por escrito el propósito de enajenarlos, especificando el precio y la forma de pago. Seguidamente “el derecho de tanteo podrá ejercerse en el plazo de tres meses y el de retracto en el de un año, ambos a contar desde la correspondiente notificación que comprenderá las condiciones esenciales de la transmisión”, plazos que, con independencia de otras cuestiones, parecen sumamente amplios.

Evidentemente, la prohibición de realizar edificaciones residenciales constituye el núcleo del régimen aplicable a la zona de protección, por lo que el artículo 92 LC considera infracción grave “la realización de construcciones no autorizadas en la zona de servidumbre de protección”. Es,

(26) Cfr. J. L. MEILÁN GIL, *Comunidades Autónomas...* cit., pág. 431.

(27) Idea ésta que ha pasado desapercibida para la doctrina y que cuenta con el favor del legislador, como demuestra la Ley de Reforma del Régimen Urbanístico y Valoraciones del Suelo de 25 de julio de 1990, que la ha reproducido en su artículo 73 (“... los criterios de valoración de suelo contenidos en la presente Ley regirán, cualesquiera que sea la finalidad que motive la expropiación y la legislación urbanística o de otro carácter que la legitime...”) y en su Título V (art. 90-95), donde generaliza la utilización por la Administración urbanística de estos derechos de tanteo y retracto.

por tanto, la cuestión que presenta un mayor interés, pues las restantes plantean una problemática mucho más simple.

En principio parece que esta prohibición tiene una eficacia bastante dudosa respecto del suelo urbano y del suelo urbanizable programado con Plan Parcial aprobado, pues no sólo se respetan los edificios construidos sino que la DT tercera permite nuevas construcciones adecuadas al plan y, en todo caso, se convierte en un criterio de remodelación del planeamiento urbanístico que si merma o limita los derechos de los propietarios ha de dar lugar a indemnización.

En efecto, según la DT tercera de la LC se configura como un principio general, junto al respeto de los derechos adquiridos, el respeto a las determinaciones del planeamiento si de su modificación resulta la procedencia de indemnización de acuerdo con la legislación urbanística, y es evidente que la prohibición de edificar supone para este tipo de terrenos una limitación singular de derechos adquiridos por su propietario en base al planeamiento en vigor, que no puede, en principio, ser objeto de distribución equitativa entre los interesados. Por ello, el respeto al planeamiento y a las determinaciones que el mismo establece para los terrenos comprendidos en la zona de servidumbre y protección son cosas incompatibles. El legislador ha buscado una solución ingeniosa a este problema declarando sometidas a un curioso régimen de fuera de ordenación las obras e instalaciones emplazadas en la zona de servidumbre de protección (28), solución que no parece ni adecuada, ni aceptable, pues cualquier régimen de fuera de ordenación se ha de referir exclusivamente a los edificios disconformes con el planeamiento, y si se aplica a los que son conformes con éste supondrá, en todo caso, una restricción o limitación singular del aprovechamiento urbanístico a la que es aplicable el artículo 87.3 LS, por lo que para hacer efectiva esta prohibición sería preciso expropiar los terrenos o, en su caso, imponer sobre ellos una concreta servidumbre *non aedificandi*, siempre mediante la correspondiente indemnización (29).

Por tanto, parece que su eficacia general sólo se despliega sobre el

(28) Por ello, según la Disposición Transitoria 4ª de la Ley de Costas dispone que “podrán realizarse previa autorización de la Administración del Estado obras de reparación y mejora, siempre que no impliquen aumento de volumen de las construcciones existentes y sin que el incremento de valor que aquéllas comporten pueda ser tenido en cuenta a efectos expropiatorios. En caso de demolición total o parcial, las nuevas construcciones deberán ajustarse íntegramente a las disposiciones de esta Ley”

(29) Como pone de relieve R. PONS ARGILA, *La Ley de Costas y las autonomías*, CEUMT, 1988, pág. 38, se dará la paradoja de que mientras el patrimonio inmobiliario existente comienza a deteriorarse por quedar fuera de ordenación, con una simple decisión del Gobierno unos terrenos de escaso valor se convertirán en la más preciada propiedad inmobiliaria.

suelo no urbanizable y el suelo urbanizable no programado, pero también surgen ciertos problemas a la hora de hacer efectiva esta prohibición. Respecto del suelo no urbanizable, en primer lugar, las limitaciones esenciales que implica no afectan realmente a la propiedad privada, sino, más bien, a las hipotéticas expectativas que el propietario podría esperar de futuros cambios de clasificación del suelo o de nuevas previsiones del planeamiento (30). En segundo lugar, se quiebra el principio de igualdad respecto de otros titulares de derechos de propiedad sobre bienes con la misma calificación urbanística, por lo que para no incurrir en inconstitucionalidad parece necesario que, cuando se den los requisitos exigidos por los artículos 85 y 86 LS para poder edificar edificios aislados destinados a vivienda familiar, se constituya por la Administración, mediante la correspondiente indemnización, una concreta servidumbre *non aedificandi*, dado además, que en este tipo de suelo no juegan para nada los mecanismos reparcelatorios y por ello supone una privación singular. Quiebra que se acentúa ante la posibilidad de que a través de mecanismos diversos determinados propietarios puedan realizar edificaciones residenciales [art. 25.3.c) LC] (31), u otro tipo de edificaciones destinadas a aprovechamientos urbanísticos no residenciales que “presten servicios necesarios o convenientes para el uso del dominio público marítimo-terrestre” (art. 25.2 LC) y que les proporcionen ventajas económicas inmediatas. Todo ello, por no hacer mención de la discrecionalidad que supone el apreciar si existe o la “conveniencia” a la que se alude en el supuesto anterior, o de la arbitrariedad que supone autorizar determinadas edificaciones y prohibir otras expresamente permitidas en la legislación urbanística como las viviendas unifamiliares.

De otra parte el artículo 24 reconoce expresamente en la zona de protección, y con carácter general, la posibilidad de realizar cultivos y plantaciones sin autorización, sin perjuicio de la servidumbre de tránsito; también le reconoce la facultad de realizar cerramientos (art. 24.2 *a sensu contrario*, en relación con el art. 388 CC y el juego del principio del *favor libertatis*); además, según el artículo 25.2, con carácter ordinario, se permitirán en esta zona, las obras, instalaciones y actividades que, por su

(30) Vid. J. TRAPERO, “Aspectos urbanísticos de la protección del litoral”, *RDU*, 1990, pág. 290.

(31) Si se analiza detenidamente este precepto, puede observarse que la autorización de edificaciones residenciales en la zona de protección por el Consejo de Ministros ni se configura como un supuesto de excepción, ni de utilidad pública, ni de excepcional importancia, ni de conveniencia de emplazamiento en la zona, siendo la única restricción a esta potestad discrecional del Consejo de Ministros que la edificación autorizada no se localice en tramos de costa que constituyan playa, zona húmeda u otro ámbito de especial protección

naturaleza, no puedan tener otra ubicación o presten servicios necesarios o convenientes para el uso del dominio público marítimo-terrestre, así como las instalaciones deportivas descubiertas, sometiéndose todos ellos por el artículo 26.1 a la autorización de la Administración del Estado conforme a lo dispuesto en la LC, pudiendo establecer en ella según el artículo 48 del RGC “las condiciones que se estimen necesarias para la protección del dominio público”, con el margen de discrecionalidad que ello supone. En todo caso, la ejecución de terraplenes, desmontes o tala de árboles deberán cumplir las condiciones que se determinen reglamentariamente para garantizar la protección del dominio público (32). Por último, excepcionalmente, el Consejo de Ministros podrá autorizar las instalaciones industriales en las que no concurren los requisitos del apartado 2, que sean de excepcional importancia, y que por razones económicas justificadas, sea conveniente su ubicación en el litoral, siempre que, se localicen en zonas de servidumbre correspondientes a tramos de costa que no constituyan playa, ni zonas húmedas u otros ámbitos de especial protección, siempre que se acomoden al planeamiento urbanístico que se apruebe por las Administraciones competentes.

7. La *zona de influencia*. En palabras de la Exposición de Motivos de la LC “sin el carácter estricto de servidumbre, se define también una zona de influencia, en la que se marcan determinadas pautas dirigidas al planificador con objeto de evitar la formación de pantallas arquitectónicas en el borde de la zona de servidumbre de protección, o que se acumulen en dicho espacio eventuales compensaciones que puedan considerarse convenientes o útiles en la ordenación urbanística, lo que implica la ventaja añadida de reanimar una franja más amplia de terrenos”, quedando definido su régimen jurídico en el Capítulo IV, del Título II de la LC que viene integrado por el artículo 30, y en el artículo 58 RGC (33).

La finalidad del establecimiento de un régimen legal particularizado

(32) El artículo 46 del RGC dispone: 2) Sólo podrá permitirse la ejecución de desmontes y terraplenes, previa autorización, cuando la altura de aquéllos sea inferior a tres metros, no perjudique al paisaje y se realice un adecuado tratamiento de sus taludes con plantaciones y recubrimientos. A partir de dicha altura deberá realizarse una previa evaluación de su necesidad y su incidencia sobre el dominio público marítimo-terrestre y sobre su zona de servidumbre de protección; 3) La tala de árboles sólo se podrá permitir cuando exista autorización previa del órgano competente en materia forestal y no merme significativamente las masas arboladas, debiendo recogerse expresamente en la autorización la exigencia de reforestación eficaz con especies autóctonas que no dañen el paisaje y el equilibrio ecológico

(33) Sobre el régimen de la zona de influencia, *vid* A. MORENO CANOVES, *Régimen jurídico del litoral*, cit., págs. 176 y ss.; B. NOGUERA DE LA MUELA, *La legislación de costas y las limitaciones sobre los terrenos contiguos a la ribera del mar*, cit., págs. 913 y ss.

para esta zona, de acuerdo con su encaje sistemático, es servir de instrumento de protección al dominio público marítimo-terrestre en la ordenación territorial y urbanística de los terrenos en ella situados, buscando la armonización y la simbiosis de dos objetivos opuestos y complementarios que la Ley trata de alcanzar: el desarrollo de la zona costera y la conservación del medio ambiente, aunque si nos atenemos a su contenido el artículo 30 LC parece dar preferencia al primero de ellos, pues sus determinaciones se refieren fundamentalmente a establecer limitaciones en relación con la edificación que en ellos se proyecte realizar, a instrumentar soluciones para favorecer la utilización de las playas mediante la previsión de aparcamientos, e incluso, a posibilitar el empleo de los áridos retraídos para la regeneración de las playas.

En cuanto a la anchura de esta zona de influencia, que será como mínimo de 500 metros a partir del límite interior de la ribera del mar (34), se establecerá en los instrumentos de ordenación territorial y urbanística correspondientes, en particular en el planeamiento urbanístico, pues en otro tipo de instrumento de ordenación territorial como pueden ser, por ejemplo, las normas de protección previstas en el artículo 22.1 de la LC, las previsiones para la zona de influencia no tienen ningún sentido, como corrobora dicho precepto al no insertar el elenco de normas a desarrollar el artículo 30.

Las determinaciones concretas que se establecen para la misma son las siguientes:

a) La previsión genérica de una reserva para aparcamientos. Tan genérica que ni se determina su cuantía, pues sólo se dice que será la “suficiente para garantizar el estacionamiento fuera de la zona de servidumbre de tránsito” (35), ni se puede saber si coinciden con los previstos en el artículo 28.2 como anejo a la servidumbre de acceso al mar que generalmente se ubicarán en esta misma zona de influencia, ni se sabe si se han de añadir el elaborar el oportuno instrumento de planeamiento a los previstos con carácter general por la legislación urbanística o si se han de integrar en ellos, ni se puede conocer cual ha de ser su titularidad, si han de ser públicos o pueden ser privados, ni se puede deducir si hay que

(34) El legislador ha reducido a la mitad, merced a una enmienda transaccional, los 1.000 metros inicialmente previstos en el proyecto como anchura de la zona de influencia.

(35) Como pone de relieve A. MORENO CANOVES, *Régimen jurídico del litoral*, cit., pág. 178, la afirmación de que la reserva de aparcamiento ha de hacerse fuera de la zona de servidumbre de tránsito “constituye una ociosa redundancia”, toda vez que la definición de tal servidumbre impone dejar esa zona “totalmente expedita”; del mismo modo, señala que la expresión “garantizar el estacionamiento” no es más que un *desideratum* al que no cabe atribuir eficacia normativa alguna.

cederlos gratuitamente o han de ser expropiados, ni se sabe, en fin, quien ha de financiarlos y construirlos y, en su caso, quien ha de explotarlos. Previsión que, por lo demás, no se entiende aplicable a toda la zona de influencia, sino solamente a los tramos con playa y con acceso de tráfico rodado, con lo que se añade a la generalidad de la previsión y a la discrecionalidad que la Administración tiene para su fijación concreta (36), el hecho de que no afecte por igual a todos los terrenos comprendidos en esta zona.

b) Una previsión, aún mucho más genérica que la anterior, de sometimiento de la nueva edificación a realizar en la zona de influencia a las normas urbanísticas, afirmando en este sentido que las construcciones a realizar en ella habrán de adaptarse a lo establecido en la legislación urbanística, previsión que parece obvia e innecesaria, puesto que sólo una manifestación expresa de la Ley en ese sentido podría excluir el litoral, si ello fuera posible desde el punto de vista técnico, del ámbito de aplicación de la legislación urbanística. Pero quizá, lo que más llama la atención en este punto, es precisamente el haber incluido en la LC este tipo de previsiones urbanísticas en lugar de, como era mucho más lógico y apropiado, en la refoma de Ley del Suelo ya en curso.

c) La previsión, que es más bien una declaración de intenciones (37), de que con la nueva edificación “se deberá evitar la formación de ‘pantallas arquitectónicas’”, previsión que particulariza lo dispuesto en el tan reiteradamente incumplido artículo 73.b) LS, que como se sabe exige que las construcciones se adapten al ambiente en que estuvieran situadas y, en particular, “en los lugares de paisaje abierto y natural, sea rural o marítimo, no se permitirá que la situación, masa o altura de los edificios, muros o cierres, o la instalación de otros elementos, límite el campo visual para contemplar las bellezas naturales, romper la armonía del paisaje o desfigurar la perspectiva propia del mismo”. Previsión ésta cuya aplicación, por la indeterminación jurídica del concepto “pantalla arquitectónica”, por la vaguedad de su formulación y la inconcreción del destinatario de la norma (“se deberá evitar”), no parece estar precisamente llamada a lograr los objetivos que se propone.

d) Una previsión, que es también una mera declaración de intenciones, encaminada a evitar la densificación de la edificación en la zona de

(36) Como destaca A. ORTEGA GARCÍA, “Implicaciones urbanísticas de la Ley de Costas”, *RDU*, 1989, pág. 296, existe una total discrecionalidad en algunas determinaciones de la Ley de Costas, pues en ella no se contiene ningún principio o condición que garantice, al mismo tiempo, el acierto en la determinación y los derechos de los propietarios afectados

(37) Cfr. J. L. MEILÁN GIL, *Comunidades Autónomas..*, cit., pág. 433.

influencia, pues según su tenor se deberá evitar en ella la acumulación de volúmenes.

e) Una limitación cuantitativa del aprovechamiento urbanístico en la zona de influencia que busca dar una mínima eficacia a la dos previsiones anteriores, disponiendo para ello que la densidad de la edificación en esa zona no podrá ser superior a la media del suelo urbanizable programado o apto para urbanizar en el término municipal respectivo. La importancia de esta determinación queda, sin embargo oscurecida, por la ambigüedad que presenta el concepto de “densidad de la edificación”, por lo que el propio RGC intenta concretarlo en su artículo 58.3, entendiendo por tal “la edificabilidad definida en el planeamiento para los terrenos incluidos en la zona”, aunque más preciso hubiera sido referirla al concepto de aprovechamiento urbanístico.

f) Aunque no se recoge en el artículo 30, sino en el 29.2 LC, parece que la única limitación propiamente tal del derecho de propiedad establecida para esta zona viene referida al *ius disponendi* del propietario sobre los yacimientos de áridos situados en ella, pues según dispone el citado precepto “los yacimientos de áridos, emplazados en la zona de influencia, quedarán sujetos al derecho de tanteo y retracto en las operaciones de venta, cesión o cualquier otra forma de transmisión, a favor de la Administración del Estado, para su aportación a las playas” (38). Con esta misma finalidad, dichos yacimientos se declaran de utilidad pública a los efectos de su expropiación, total o parcial en su caso, por el Departamento ministerial competente y de la ocupación temporal de los terrenos necesarios.

A la vista de estas consideraciones se advierte que la mayor parte de las previsiones que establece la LC para la zona de influencia no se tratan tanto de limitaciones al dominio, a pesar de situarse entre las “limitaciones de la propiedad sobre los terrenos contiguos a la ribera del mar” que establece en su título II, ni siquiera de límites como sugiere algún

(38) El artículo 57.3 del RGC dispone que “para el ejercicio del derecho de tanteo establecido en el apartado 1 los propietarios de los terrenos afectados deberán notificar al Servicio Periférico de Costas su propósito de llevar a cabo su transmisión, con expresión del precio y forma de pago previstos. Dicho servicio elevará una propuesta motivada al órgano competente del MOPU para que éste adopte la resolución que proceda. 4) El MOPU podrá ejercitar el derecho de retracto dentro de los nueve días siguientes a la notificación de la inscripción en el Registro o, en su defecto, a la notificación prevista en el apartado anterior y, en todo caso, cuando el precio de la transmisión hubiera sido inferior en más de un 20 por 100 al expresado en la notificación. A estos efectos, el Registrador de la Propiedad y el transmitente deberán notificar al Servicio Periférico de Costas las condiciones en que se haya realizado la transmisión”. Los defectos técnicos de esta norma nos parecen evidentes.

autor (39), sino que se trata, más bien de criterios de ordenación sumamente genéricos que van dirigidos únicamente a quien ha de elaborar y aprobar los planes, con lo que en este sentido tendrían razón, y no son pocos, los que entienden invadidas las competencias de ciertas Comunidades Autónomas por el Estado.

En relación con este asunto parece necesaria una breve referencia al ámbito espacial de aplicación del régimen establecido para la zona de influencia. En la Exposición de Motivos se afirma la plena aplicabilidad del mismo a "los tramos de costa que todavía no estén urbanizados y en los que los propietarios del suelo no tienen un derecho de aprovechamiento consolidado de acuerdo con la legislación urbanística. En cambio, en las zonas urbanas o urbanizables, en las que si se han consolidado tales aprovechamientos, no se aplican las determinaciones sobre la zona de influencia". Y, consecuentemente, la DT tercera de la Ley declara aplicables estas disposiciones al suelo no urbanizable y al urbanizable no programado, y nada dice del suelo urbano y en general, del suelo urbanizable programado que cuente con Plan Parcial aprobado definitivamente.

La exclusión de las zonas urbanizadas es perfectamente lógica (40). No parece razonable, sin embargo, aplicar este régimen al suelo no urbanizable, pues poner en práctica la previsión de aparcamientos realizada en este tipo de suelo, únicamente podría hacerse mediante el mecanismo de la expropiación forzosa, al no poder utilizarse en él la reparcelación, y la prohibición de pantallas arquitectónicas o de acumulación de volúmenes parece innecesaria si pensamos en las precarias posibilidades constructivas que en su fundo tiene el dueño del suelo de acuerdo con la legislación urbanística. Sería pues, el suelo urbanizable no programado el único donde tiene algo de sentido y, quizá, el suelo urbanizable programado, cuando el Plan Parcial haya de adaptarse a las previsiones del artículo 30 LC sin que se dé lugar a indemnización de acuerdo con la legislación urbanística (DT tercera, núm. 2). A la vista de los datos expuestos debe hacerse notar que al haber fijado el comienzo de esta zona en el límite interior de la ribera del mar, hace que se superponga a la zona de protección, zona sobre la que sus determinaciones van a carecer de objeto. En efecto, si en la zona de protección, en principio, queda excluida de cualquier posibilidad de

(39) Cfr. O. GONZÁLEZ GONZÁLEZ, "Limitaciones y servidumbres marítimas", *RDU*, 1990, pág. 307.

(40) En este mismo sentido, B. NOGUERA DE LA MUELA, *La legislación de costas y las limitaciones sobre los terrenos contiguos a la ribera del mar*, cit., pág. 915. Sin embargo, y a pesar de lo señalado en la Exposición de Motivos de la Ley de Costas, A. MORENO CANOVES, *Régimen jurídico del litoral*, cit., págs. 179-180, entiende aplicable este régimen al suelo urbano y urbanizable programado.

edificación ningún sentido tienen las prohibiciones de formar pantallas arquitectónicas y de acumular volúmenes; de otro lado la reserva de aparcamientos, dejando a un lado los problemas que plantea su concreción, puede hacerse con más garantía de acuerdo con el artículo 28.2 de la LC; y, los derechos de tanteo y retracto reconocidos a la Administración sobre los yacimientos de áridos, sin ningún género de dudas, encuentran su encaje en la Disposición Adicional 3.^a de la LC, por lo que hubiera sido más recomendable fijar, en todo caso, el origen de la zona de influencia en el límite exterior de la zona de protección.

8. *Servidumbres costeras*. Se incluyen en este epígrafe diversas situaciones que, a pesar de sus peculiaridades, pueden configurarse como servidumbres legales que recaen sobre los terrenos contiguos a la ribera del mar (41), superponiéndose a las zonas de protección y de influencia y a sus determinaciones sustantivas. En efecto, aunque en realidad más que servidumbres en sentido estricto hayan podido considerarse limitaciones de la propiedad impuestas con carácter general y no indemnizables (42), presenta ciertas peculiaridades que las convierten en figuras híbridas, pues conforman un conjunto de situaciones administrativas cuya función consiste en garantizar el uso del dominio público marítimo-terrestre que actuará así como predio dominante, y, en algunos supuestos, para dar efectividad a esa garantía será precisa la constitución de servidumbre y procederá, en su caso, la correspondiente indemnización.

Por lo demás, no es cierto, propiamente hablando, que se haya producido una mutación del interés a proteger (43) en la regulación de las nuevas servidumbres —en buena parte variación terminológica tan sólo—, por cuanto continúa constituyendo una finalidad del nuevo articulado la cobertura de objetivos de índole fiscal, subyacentes en la prevención del contrabando, o los relativos a la seguridad de las personas y cosas que surcan los mares. En realidad, ha ocurrido, por una parte que tales obje-

(41) Sobre las servidumbres legales impuestas a los predios colindantes con la ribera del mar, aunque no es un tema que haya llamado particularmente la atención de la doctrina, pueden verse con diversos enfoques, pero acentuándose siempre el descriptivo: A. POSADA (voces), *Servidumbre de salvamento y Servidumbre de vigilancia litoral*, t. XXVIII, EJE, Barcelona, págs. 474 y ss.; J. ARROYO GARCÍA, *Las limitaciones y servidumbres públicas en el Derecho administrativo español*, Pamplona, 1982, págs. 104 y ss.; L. MARTÍNEZ ESCUDERO, *Playas y costas. Su régimen jurídico administrativo*, Madrid, 1985 (2.^a ed.), págs. 129 y ss.; A. GUAITA, *Derecho administrativo*, cit., págs. 58-59; PARADA VÁZQUEZ, *Derecho administrativo*, cit., págs. 137-138; LEGUINA VILLA, "El demanio marítimo", en *Apuntes de Derecho administrativo segundo de la cátedra del profesor García de Enterría*, vol. 2.º, Madrid, 1971-1972, págs. 117 y ss.

(42) *Vid* A. GUAITA, *Derecho administrativo*, cit., pág. 58; O. GONZÁLEZ GONZÁLEZ, *Limitaciones*, cit., págs. 306 y ss.

(43) *Cfr* A. MORENO CANOVES, *Régimen jurídico del litoral*, cit., pág. 169.

tivos pueden lograrse hoy por medios muy distintos a los empleados en épocas precedentes; por otra, junto a los viejos y permanentes intereses protegibles, han aparecido otros de ineludible consecución, cual puedan ser los consistentes en que se posibilite el acceso de las personas al demanio a través de todo el perímetro litoral o impedir la construcción de inmuebles en una franja, más o menos ancha, colindante con el dominio público marítimo-terrestre, al objeto de evitar que los defectos de la acumulación de edificios acabe arruinando o desvalorizando importantes zonas del litoral. Puede señalarse, además, que estas servidumbres no están establecidas en función de la estricta protección del dominio público, sino, más bien, para facilitar la libre utilización del mismo por los ciudadanos, por lo que no llama la atención que la LC excluya expresamente en los lugares sometidos a especial protección las servidumbres continuas de tránsito (art. 27.1) y de acceso al mar (art. 28.2).

9. *Servidumbre de tránsito.* Esta servidumbre legal, regulada en el artículo 27 LC y en el artículo 51 RGC (44), goza de claros antecedentes en el Derecho histórico español. Se inspira en la anterior servidumbre de vigilancia litoral, tiene una configuración jurídica muy parecida, y si su origen hay que buscarlo en la Ley de Aguas de 1866, su continuidad queda patente en las Leyes de Puertos de 1880 y 1928. Como señala la propia Exposición de Motivos de la LC la idea rectora para establecer esta servidumbre es actualizar “la denominación y el régimen de anterior servidumbre de vigilancia”, que venía configurada por el artículo 4.6 de la LC de 1969 como la obligación de dejar expedita una vía de 6 metros contigua a la línea de mayor pleamar (45), “sustituyéndola por la de tránsito público”.

Según todos los indicios esta sustitución se produce por influencia del Derecho francés, que dispone una servidumbre similar (46), y, particular-

(44) Sobre esta servidumbre pueden verse: A. MORENO CANOVES, *Régimen jurídico del litoral*, cit., págs. 154-155 y 170-171; B. NOGUERA DE LA MUELA, *La legislación de costas y las limitaciones sobre los terrenos contiguos a la ribera del mar*, cit., págs. 910-911; O. GONZÁLEZ GONZÁLEZ, “Limitaciones y servidumbres marítimas”, *RDU*, 1990, pág. 303

(45) A estos efectos el artículo 5.1 del Reglamento de Costas de 1980 disponía que “se entenderá por vía expedita una zona de la anchura establecida en la Ley y con un galíbo libre en altura de cuatro metros y medio completa y permanentemente libre, únicamente para el paso sin obstáculos de las personas y vehículos que ejerzan la vigilancia litoral”.

(46) El artículo 160.6 del Código de Urbanismo introducido por la Ley 1285 de 31 de diciembre de 1976 y modificado por la Ley 2 de 4 de enero de 1986 relativa a la ordenación y protección del litoral, dispone: “Les propriétés privées riveraines du domaine public maritime sont grevées sur une bande de trois mètres de largeur d’une servitude destinée à assurer exclusivement le passage des piétons.”

mente, por la configuración y el alcance propuestos para la servidumbre de vigilancia litoral por la doctrina española inspirándose en la servidumbre francesa antes mencionada (47). Claro que, existen diferencias notables entre ambas: la servidumbre francesa es más limitada, pues recae sobre una franja de 3 metros y no es de aplicación general a todo el litoral, ya que no puede gravar, entre otros, los terrenos situados a menos de 15 metros de edificios residenciales edificados antes del 1 de enero de 1976; las restricciones que impone a la propiedad privada son menos acentuadas, pues según el artículo 160.25 del Reglamento esta servidumbre única y exclusivamente entraña para los propietarios de los terrenos sometidos a ella las obligaciones de dejar el paso libre a los peatones, de no realizar modificaciones en el terreno que obstaculicen el mismo y de dejar que la Administración señalice la servidumbre y efectúe los trabajos necesarios para garantizar el paso y la seguridad de los peatones; además, en ciertos casos, procede la indemnización si causa un daño directo material y cierto al propietario; y, por último, exonera de responsabilidad civil al dueño del suelo sobre el que recae por los daños causados o sufridos por los beneficiarios de la servidumbre.

La configuración jurídica de la servidumbre de tránsito que establece

L'autorité administrative peut, par décision motivée prise après avis de ou des conseils municipaux intéressés et au vu du résultat d'une enquête publique effectuée comme en matière d'expropriation a) Modifier la tracé ou les caractéristiques de la servitude, afin, d'une part, d'assurer, compte tenu notamment de la présence d'obstacles de toute nature, la continuité du cheminement des piétons ou leur libre accès au rivage de la mer, d'autre part, de tenir compte des chemins ou règles locales préexistants. Le tracé modifié peut grever exceptionnellement des propriétés non riveraines du domaine public maritime; b) A titre exceptionnel, la suspendre.

Sauf dans le cas où l'institution de la servitude est le seul moyen d'assurer la continuité du cheminement des piétons ou son libre accès au rivage de la mer, la servitude instituée aux alinéas 1 et 2 cit-dessus ne peut grever les terrains situés à moins de quinze mètres des bâtiments à usage d'habitation édifiés avant le 1^{er} janvier 1976, ni grever des terrains attenants à des maisons d'habitation et clos de murs au 1^{er} janvier 1976".

Norma ésta que se completa con el artículo 160.7 "La servitude instituée par l'article L. 160.6 n'ouvre un droit à indemnité que s'il en résulte pour le propriétaire un dommage direct, matériel et certain. La responsabilité civile des propriétaires des terrains, voies et chemins grevées par les servitudes définies aux articles L. 160.6 et L. 160.6.1 ne saurait être engagée au titre de dommages causés ou subis par les bénéficiaires des ces servitudes".

(47) Vid. J. LEGUINA VILLA, "La servidumbre de tránsito peatonal a lo largo del litoral de Francia", *RAP*, 1977, págs. 341 y ss., donde se abogaba en favor de una reconversión de la servidumbre de vigilancia litoral al objeto de posibilitar un efectivo uso público de todo el demanio marítimo-terrestre tomando como modelo la Ley francesa, si bien eludiendo el problema de las posibles indemnizaciones que se contempla en el modelo. También acepta esta posibilidad O. ALZAGA, *Comentarios a la Constitución española de 1978*, Madrid, 1978, págs. 798. Sobre todo ello, A. MORENO CANOVES, *Régimen jurídico del litoral*, cit., págs. 67 y 169.

nuestra Ley de Costas es muy parecida a la anterior servidumbre de vigilancia, pues aunque se le añaden nuevas funciones que se superponen a la que tenía anteriormente, de su configuración jurídica no puede seguirse en absoluto, por más que se incluya entre los instrumentos de protección del dominio público marítimo-terrestre como accesoria de la de protección, que posea tal finalidad, pues la zona de terreno afectada “deberá dejarse permanente expedita para el paso público peatonal y para los vehículos de vigilancia y salvamento, salvo en espacios especialmente protegidos” (art. 27.1 LC), y consiguientemente su objetivo fundamental consiste únicamente en garantizar su utilización por los ciudadanos.

La mencionada servidumbre recaerá, de acuerdo con el artículo 27.1 LC sobre una franja de terreno de 6 metros de anchura medidos desde el límite interior de la ribera del mar, que en lugares de tránsito difícil podrá ser aumentada en lo que resulte necesario hasta un máximo de 20 metros mediante la aprobación de las normas especiales de protección previstas en el artículo 22 o en el planeamiento territorial o urbanístico (48). Esta zona podrá ser ocupada excepcionalmente por obras a realizar en el dominio público marítimo-terrestre. En tal caso se sustituirá la zona de servidumbre por otra nueva en condiciones análogas, que se ubicará preferentemente dentro de la zona de servidumbre de protección, de forma que se garantice la continuidad del tránsito, sustitución que obligará indudablemente a que la Administración proceda a la imposición expresa de esta servidumbre sobre terrenos situados fuera de la zona sobre la que discurre la servidumbre de tránsito, con la correspondiente indemnización.

Sobre esta zona de servidumbre, a la que se superponen las restantes limitaciones y servidumbres establecidas en el título II de la Ley, recaen unas determinaciones bastante intesas, por incidir sobre terrenos inmediatos al dominio público, y según lo dispuesto en las DT tercera de la Ley y séptima del RGC “será aplicable, en todo caso, cualquiera que sea la clasificación del suelo”. Por lo demás, el artículo 51.6 RGC precisa que “la obligación de dejar expedita la zona de servidumbre de tránsito se refiere tanto al suelo como al vuelo y afecta a todos los usos que impidan la efectividad de la servidumbre”, incluso a los cultivos realizados en la zona, que “no impedirán el ejercicio de la servidumbre”, de acuerdo con la reserva del artículo 24.1 de la Ley y con lo dispuesto en el artículo 51.5, que excluye, además, la posibilidad de indemnización de los daños que puedan producirse en la zona de servidumbre por el ejercicio de la misma.

(48) Debe observarse que, con anterioridad, la ampliación de la anchura de la zona de servidumbre en los lugares de tránsito difícil o peligroso se reducía a lo “estrictamente necesario”.

A la vista de estos datos surgen de inmediato un buen número de interrogantes y de dudas. En un análisis de urgencia se pone de manifiesto la excesiva amplitud de su ámbito de aplicación, que su régimen jurídico es claramente restrictivo de los derechos del propietario y que en su configuración juega un papel destacado la discrecionalidad de la Administración.

En efecto, no sólo nuestro legislador grava con esta servidumbre una franja de seis metros como hacía la legislación anterior, sino que tiene la pretensión, vana, injustificada y muy difícil de articular, de aplicarla a todo el litoral español cualesquiera que sean las características físicas y morfológicas del terreno (49), y cualesquiera que sea la clasificación urbanística del mismo.

Además, la coincidencia física de la servidumbre de tránsito con la anterior servidumbre de vigilancia litoral es meramente verbal y aparente, pues esta franja se ha desplazado hacia el interior al contarse los seis metros desde el "límite interior de la ribera del mar", en lugar de contarse desde la "línea de mayor pleamar", con lo que en muchos casos la servidumbre recaerá sobre terrenos que nunca antes habían estado sometidos a ella y, por tanto, ante limitaciones singulares de la propiedad que, teóricamente al menos y ante la ausencia de cualquier mecanismo redistributivo, debería estar sujeto a expropiación forzosa, con la consiguiente indemnización de la privación de facultades reconocidas previamente al propietario.

Como ha señalado recientemente MORENO CANOVES (50), la conflictividad parece asegurada, quedando diferido tan sólo el momento de interponer las reclamaciones a la fecha en que la Administración pretenda hacer efectiva la servidumbre, y más aún si se considera que los propietarios no podrán ni tan siquiera realizar cultivos ni plantaciones, debiendo proceder, antes al contrario, a arrancar el arbolado existente, derruir vallas y cualesquiera otras construcciones que supongan impedimento al tránsito, y actuar, en general, lo procedente para que la franja quede convertida en un camino de ronda por el que, sin obstáculos ni dificultades, puedan circular permanentemente vehículos y peatones. Y es que la omisión de toda previsión indemnizatoria supone una gravísima arbitrariedad que no puede encontrar justificación ni acomodo en las "limitaciones del derecho de propiedad" que pudieran entenderse derivación de la función social que la Constitución atribuye a tal derecho en su artículo 33.2.

(49) Vid. POUS ARGILA, *ob. cit.*, pág. 39; B. NOGUERA DE LA MUELA, *La legislación de costas y las limitaciones sobre los terrenos contiguos a la ribera del mar*, cit., pág. 901; A. MORENO CANOVES, *Régimen jurídico del litoral*, cit., pág. 154.

(50) A. MORENO CANOVES, *Régimen jurídico del litoral*, cit., pág. 170

Buena dosis de verbalismo contiene también la tajante declaración del número 2 de la DT séptima del RGC, que ante la falta de una declaración expresa de la Ley en este sentido (51) proclama la aplicación de esta servidumbre a todos los terrenos del litoral sea cual sea su clasificación urbanística, pues si en suelo no urbanizable o urbanizable no programado es fácil de imponer, incluso aunque mediara la correspondiente indemnización, no lo es tanto en el suelo urbano o urbanizable programado. En primer lugar, según la DT tercera de la LC, se configura como un principio general, junto al respeto de los derechos adquiridos, el respeto a las determinaciones del planteamiento si de su modificación resulta la procedencia de indemnización de acuerdo con la legislación urbanística (52), y es evidente que la servidumbre de tránsito supone para este tipo de terrenos a los que nos estamos refiriendo una limitación singular de derechos adquiridos por el propietario de los terrenos, edificaciones e instalaciones en base al planeamiento en vigor, que no puede, en principio, ser objeto de distribución equitativa entre los interesados. Por ello, el respeto al planeamiento y a las determinaciones que el mismo establece para los terrenos comprendidos en la zona de servidumbre tránsito y la garantía de la servidumbre y de su efectividad son cosas incompatibles. El legislador ha buscado una solución ingeniosa a este difícil problema declarando sometido al régimen de fuera de ordenación las obras e instalaciones emplazadas en la zona de servidumbre de tránsito (53), solución que no aparece ni

(51) No obstante, es fácil deducir de la Disposición Transitoria 3.^a de la Ley de Costas esta misma idea, pues si el número 1 no alude expresamente a esta servidumbre cuando declara aplicables a los terrenos clasificados como suelo no urbanizable y como urbanizable no programado "las disposiciones contenidas en el Título II sobre las zonas de servidumbre de protección y de influencia", posteriormente en sus números 2 y 3 determinará que "estarán sujetos a las servidumbres establecidas en ella" los terrenos clasificados como suelo urbano y los clasificados como suelo urbanizable programado.

(52) Bien es cierto que, de un lado, la Disposición Transitoria 8.^a del RGC reserva a las Administraciones urbanísticas la posibilidad de revisión del planeamiento dentro del ejercicio de sus competencias aun cuando dé lugar a indemnización, y, de otro, que en el suelo urbanizable programado existen algunos supuestos (que no cuenten con plan parcial aprobado definitivamente; que esta clase de plan haya obtenido la aprobación definitiva entre el 1 de enero de 1988 y la entrada en vigor de la Ley de Costas, o que teniendo plan parcial aprobado definitivamente no haya sido ejecutado por causa no imputable a la Administración) en los que se ha de revisar el planeamiento para respetar las disposiciones de la Ley de Costas; pero la flexibilidad con que se aplican a esta clase de suelo las normas referentes a las zonas de protección y de influencia permiten liberar de usos urbanísticos la zona de servidumbre de tránsito y redistribuirlos en otras zonas adyacentes mediante reparcelación sin necesidad de indemnización.

(53) Por ello, según la Disposición Transitoria 4.^a de la Ley de Costas no se permitirán en estas obras e instalaciones situadas en la zona de servidumbre de tránsito obras de consolidación, aumento de volumen, modernización o incremento de su valor de expropiación, y se exigirá para conceder autorización para realizar las pequeñas

adecuada ni susceptible, pues el régimen de fuera de ordenación previsto con carácter general en el artículo 60 de la LS se refiere exclusivamente a los edificios disconformes con el planeamiento, y si se aplica a los que son conformes con éste supondrá, en todo caso, una restricción o limitación singular del aprovechamiento urbanístico a la que es aplicable el artículo 87.3 de la LS, por lo que para hacer efectiva la servidumbre sería preciso expropiar los terrenos y los edificios que la impiden. Además, no debe olvidarse que en el suelo urbano, y en el urbanizable cuando se haya ejecutado el planeamiento correspondiente, la localización alternativa de la servidumbre de tránsito peatonal y su continuidad está plenamente garantizada por la existencia de viales públicos próximos al mar, que pueden servir de alternativa a la misma como sirven, a juicio del artículo 27.3 de la LC los paseos marítimos. Y ello sin tener en cuenta que, en determinados casos, esta servidumbre de tránsito puede ser innecesaria, pues el paso peatonal y de los vehículos de vigilancia y salvamento podría discurrir por el propio dominio público, y que la propia LC, cuando lo cree necesario, no ve inconveniente en suspender la aplicación de esta servidumbre, como hace respecto de los espacios especialmente protegidos y como podría haber hecho, al igual que el legislador francés, con las zonas urbanizadas.

Que el régimen establecido por el legislador es fuertemente restrictivo de los poderes del propietario es evidente. Y no sólo porque se superponen sobre esta franja de terreno las determinaciones relativas a las zonas de influencia y de protección, con las relativas a las servidumbres de salvamento y de tránsito, hasta privar al propietario de casi cualquier posibilidad de goce y disposición sobre el terreno, tanto sobre el suelo como sobre el vuelo (54), ni, incluso, por el deber positivo que se impone al propietario de dejar a su costa completamente expedito el paso, sino también porque los escasos usos permitidos o autorizados sobre el mismo (55) no gozan de

reparaciones que exija la higiene, el ornato y la conservación de los mismos y que el propietario garantice la localización alternativa de la servidumbre

(54) Sin olvidar, por otra parte, que se considera una infracción grave, de acuerdo con el artículo 91 de la Ley de Costas y el artículo 175 del RGC, la interrupción de la servidumbre de tránsito y se establece para ella idéntica sanción que para la utilización del dominio público marítimo-terrestre (hasta 50 millones de pesetas) para usos no permitidos por la Ley de Costas (art 97 1.a) LC).

(55) A. MORENO CANOVES, *Régimen jurídico del litoral*, cit , pág. 155, intenta extraer, *sensu contrario*, de los actos vedados por el legislador en esta franja de terreno e inspirándose en el principio del *favor libertatis*, y obtiene esta magra relación. Cuanto no impida u obstaculice la posibilidad de permanente paso de peatones y vehículos de vigilancia y salvamento, los denominados "paseos marítimos; las instalaciones deportivas que no precisen de edificación alguna para la práctica de la correspondiente actividad", y los "cultivos", siempre que no impidan el ejercicio de la servidumbre.

suficiente protección jurídica, pues los daños ocasionados por los terceros usuarios de la servidumbre de tránsito en el predio sobre el que recae no serán objeto de indemnización (art. 51.5 y 6 RGC), daños que serán más que probables al dejar de utilizarse esporádicamente para las labores de vigilancia y convertirse en un camino de servidumbre de uso continuo y frecuente. Por el contrario, si el que sufre el daño al utilizar esta servidumbre es el transeúnte, a causa, por ejemplo, de la caída de árboles, de la existencia de obstáculos, etc., ninguna norma exonera expresamente al propietario de su posible responsabilidad civil.

Todo esto se agrava, a pesar de la buena intención que seguramente guió al legislador al intentar dar efectividad y flexibilidad a este mecanismo jurídico, por la discrecionalidad que se atribuye a la Administración para variar el trazado de la servidumbre e imponer un trazado alternativo (art. 27.3), para ampliar en ciertos casos la anchura de los terrenos sometidos a ella o para suspenderla (art. 27.2) o, en fin, para apreciar, en su caso, si se garantiza o no la localización alternativa.

Ante este cúmulo de cuestiones cabe preguntarse, y llama la atención el silencio que sobre el particular existe en los trabajos parlamentarios, si el establecimiento de esta zona de servidumbre por la LC respeta el contenido esencial del dominio (56) o, en su caso, la garantía expropiatoria contenida en el artículo 33.3 de la Constitución (57).

10. *Servidumbre de salvamento.* Aunque el legislador evita expresamente conferir autonomía legislativa a esta servidumbre tradicionalmente

(56) Pues como ha sentado el Tribunal Constitucional en Sentencia 37/1987, de 26 de marzo, "la determinación del contenido esencial viene marcada en cada caso por el elemento de facultades o posibilidades de actuación necesarias para que el derecho sea reconocible como perteneciente 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", determinación que, desde otro ángulo metodológico, puede ser expresada como "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 desconoce el contenido esencial cuando el derecho queda sometido a limitaciones que lo hacen impracticables, lo dificultan más allá de lo razonable o lo despojan de la necesaria protección". Para otras referencias sobre este asunto, *vid.* últimamente J. BARNES VÁZQUEZ, *La propiedad constitucional. El estatuto jurídico del suelo agrario*, Madrid, 1988, págs. 291 y ss., J. M. LOBATO GÓMEZ, *Propiedad privada del suelo y derecho a edificar*, Madrid, 1989, págs. 317 y ss.; A. LÓPEZ LÓPEZ, *La disciplina constitucional de la propiedad privada*, Madrid, 1988, págs. 43 y ss., y 138 y ss.

(57) Aun sin olvidar que, de acuerdo con la STC 227/1988 de 29 de noviembre, es preciso diferenciar la "sustracción o ablación de un derecho o de un interés legítimo impuesto a uno o varios sujetos" de las "medidas de delimitación o regulación general del contenido de un derecho que, sin privar singularmente del mismo a sus titulares, constituyen una configuración *ex novo* modificativa de la situación normativa anterior".

admitida en el Derecho español e intenta dar a entender en la Exposición de Motivos de la LC que se corresponde con la nueva “servidumbre de protección” y que no supone más que un aspecto particular de la misma (58), las disposiciones contenidas en el artículo 24.2 hacen pensar otra cosa. En efecto, esta norma atribuye a la servidumbre de salvamento un régimen jurídico sustancialmente idéntico al que ha tenido a lo largo de su ya dilatada historia, sin que las pequeñas diferencias existentes con el régimen anterior puedan llevar a otra conclusión, por más que en el suelo urbano y en el suelo urbanizable programado coincida especialmente con la zona de protección y se superponga a ella.

Como se sabe, esta servidumbre es anterior al Código Civil, pues fue introducida por la Ley de Aguas de 1866 (59) y recogida sucesivamente sin apenas variaciones por las Leyes de Puertos de 1880 y de 1928 y, más recientemente, por la Ley de Costas de 1969 con la finalidad de facilitar las operaciones de salvamento marítimo (60).

El artículo 24.2 de la LC, a pesar del juicio manifestado expresamente en la Exposición de Motivos sobre su obsolescencia e incurriendo, por tanto, en una cierta contradicción, configura esta servidumbre legal de carácter discontinuo sobre una franja de terreno de 20 metros, medidos desde el límite interior de la ribera del mar, con la misma finalidad que ha

(58) Idea que viene siendo aceptada por la gran mayoría de los autores que se han ocupado del asunto: A. MORENO CANOVES, *Régimen jurídico del litoral*, cit., págs. 153 y ss., aunque no tan claramente en las págs. 170-171.

(59) Como señalaba la Exposición de Motivos de la Ley de Aguas de 3 de agosto de 1866, “en vez de la zona contigua de 20 varas, que después se ha considerado como ensanche de aquéllas, se establece sobre las heredades limítrofes las servidumbres de salvamento y vigilancia, con las cuales quedan suficientemente atendidos los intereses de la navegación en casos de naufragio, y los de la Hacienda pública para vigilancia de las costas, sin necesidad de condenar a perpetua esterilidad terrenos que en algunas comarcas son susceptibles de cultivo”.

(60) El artículo 4 de esta Ley disponía al respecto: 1) Los terrenos de propiedad particular enclavados en las playas y zonas marítimo-terrestres colindantes con esta última o con el mar estarán sometidos a la servidumbre de salvamento, de paso y de vigilancia litoral; 2) La servidumbre de salvamento recaerá sobre una zona de 20 metros, contados tierra adentro desde el límite interior de la zona marítimo-terrestre. Esta servidumbre supone el uso público de dicha zona en caso de naufragio o peligro para varar embarcaciones, depositar restos, efectos o cargamentos y para las operaciones de salvamento; 3) También los buques pesqueros podrán varar en esta zona de servidumbre cuando se vean obligados por el estado del mar y podrán depositar sus efectos en tierra mientras duren las circunstancias del temporal; 4) Por los daños causados en los supuestos a que se refieren los párrafos anteriores habrá lugar a indemnización, pero solamente hasta donde alcance el valor de los objetos salvados después de satisfacer los gastos de auxilio prestados o de recompensas y ayudas con arreglo a las leyes; 5) Los propietarios podrán libremente sembrar y plantar en la zona de servidumbre de salvamento, pero no podrán edificar en ella sin obtener las autorizaciones pertinentes.

tenido desde su introducción en 1866 de servir como depósito temporal a los objetos arrojados por el mar y de facilitar las operaciones de salvamento marítimo. Pero además, si se analizan las previsiones del artículo 24.2 puede comprobarse fácilmente que, a pesar de su encaje sistemático, esta norma tiende a facilitar el uso del dominio público marítimo terrestre en casos excepcionales, más que a articular su protección.

Es cierto que el artículo 24.2 introduce algunas variaciones en relación con la regulación anterior al referirse únicamente a que en esta zona de terreno “se podrán depositar temporalmente objetos o materiales arrojados por el mar y realizar operaciones de salvamento marítimo”, excluyendo la referencia expresa a la posibilidad de varar embarcaciones en peligro o depositar los efectos en ellas contenidos; pero no es menos cierto que esta posibilidad tiene un fácil encaje entre las operaciones de salvamento a las que la norma se refiere. También se incluye una restricción, que anteriormente no aparecía contemplada, a la facultad de cercar o cerrar que con carácter general reconoce el artículo 388 del Código Civil al propietario del suelo, pues en esta franja de terrenos no podrán realizarse cerramientos salvo en las condiciones que se determinen reglamentariamente (61); pero ello supone, en todo caso, mantener el reconocimiento expreso de esa facultad al propietario. Por lo demás, se conserva la existencia de un régimen indemnizatorio para los daños causados en las operaciones de salvamento, con la particularidad de que serán objeto de reparación conforme a lo dispuesto en la Ley de Expropiación Forzosa y antes eran objeto de reparación por quien causaba el daño conforme al criterio general del artículo 1.902 del Código Civil, pero limitados en el *quantum* “solamente hasta donde alcance el valor de los objetos salvados”. Por último, al tomar como punto de referencia para delimitar la franja de 20 metros, el límite interior de la ribera del mar en lugar la localización de la servidumbre sufre un desplazamiento hacia el interior que plantea el mismo problema al que antes se hizo referencia respecto de la servidumbre de tránsito.

Indudablemente, estas variaciones puntuales en la configuración y en la regulación de la servidumbre de salvamento no autorizan a decir que nos encontramos ante una figura nueva y distinta, pues tanto la finalidad que la Ley reconoce como su configuración espacial como, en fin, su régimen jurídico se mantienen sustancialmente como en legislación precedente.

(61) En este sentido, el artículo 44.3 del RGC dispone que “sólo se podrán realizar cerramientos opacos hasta una altura máxima de un metro y debiendo ser diáfanos por encima de dicha altura, con al menos un 80 por 100 de huecos, salvo que se empleen elementos vegetales vivos”.

Acaso podría plantearse alguna duda en relación con los poderes de goce que se reconocen al propietario de los terrenos sobre los que esta servidumbre recae. En efecto, la posibilidad de edificar en ella con la pertinente autorización era reconocida por la Ley anterior (62) y, aún más claramente, por las Leyes de Puertos antes citadas, que disponían expresamente que “la servidumbre de salvamento no es obstáculo para que los dueños de los terrenos contiguos al mar siembren, planten y levanten dentro de la zona marítimo terrestre, en terreno propio, edificios agrícolas y casas de recreo”. Pero si esta posibilidad de edificar queda, en principio, vedada para esta zona en la nueva Ley, aunque permite al propietario de esta franja realizar en ella “sin necesidad de autorización cultivos y plantaciones” como venía siendo habitual, ello se debe no tanto a la existencia de esta servidumbre como a que los terrenos que la soportan están comprendidos dentro de la zona de protección. Del mismo modo, la incidencia sobre esta zona de prohibiciones concretas que anteriormente no existían, como la de colocación de instalaciones de tratamiento de aguas residuales y de nuevos colectores paralelos a la ribera del mar, se configuran como determinaciones de contenido urbanístico que se dirigen al planificador y que en nada empecen la existencia y la configuración de esta concreta servidumbre.

Para concluir, debe señalarse que esta servidumbre se impone a todas las clases de suelo, a tenor de la DT tercera de la Ley, aun cuando la DT séptima del RGC no lo incluye en su número segundo al disponer: “Las servidumbres de tránsito y de acceso al mar y las limitaciones de la propiedad establecidas en el capítulo III del título II serán aplicables en todo caso, cualquiera que sea la clasificación del suelo”, pues respecto del suelo urbano y el urbanizable asimilado, tanto si entendemos la expresión usada en la norma 3 de la DT tercera, “sujetos a las servidumbres establecidas en ella”, como referida a las servidumbres en sentido técnico, como si la entendemos referida a las contenidas formalmente en el capítulo II del título II bajo la rúbrica “servidumbres legales”, la solución es idéntica.

11. *Servidumbre de acceso público y gratuito al mar.* Está regulada (63) en el artículo 28 de la LC y en los artículos 52 a 55 del RGC. Aparte de otras influencias (64) trae causa inmediata de la servidumbre de

(62) En contra de esta opinión A. MORENO CANOVES, *Régimen jurídico del litoral*, cit., pág. 67.

(63) *Vid.* A. MORENO CANOVES, *Régimen jurídico del litoral*, cit., págs. 174 y ss.; B. NOGUERA DE LA MUELA, *La legislación de costas y las limitaciones sobre los terrenos contiguos a la ribera del mar*, cit., págs. 911-913; O. GONZÁLEZ GONZÁLEZ, “Limitaciones y servidumbres marítimas”, *RDU*, 1990, págs. 303-304.

(64) En la Resolución 29, adoptada por el Comité Ministerial del Consejo de Europa el 26 de octubre de 1973, relativa a la protección de las zonas costeras, se

paso instaurada por el artículo 4 de la Ley de Costas de 1969 para dejar vías permanentes de acceso a las playas y zona marítimo-terrestre, permitiendo el paso sin obstáculos a las personas y vehículos, pues como señala la Exposición de Motivos de la LC, “se mantiene la (servidumbre) de paso o acceso al mar, previendo la existencia de los necesarios para garantizar el uso público del mar y su ribera”. Partiendo de esta idea el artículo 28.1 LC dispone que: “La servidumbre de acceso público y gratuito al mar recaerá, en la forma que se determina en los números siguientes, sobre los terrenos colindantes o contiguos al dominio público marítimo-terrestre, en la longitud y anchura que demanden la naturaleza y finalidad del acceso” (65), buscando con la implantación de esta servidumbre reforzar la de tránsito.

Además del mantenimiento y, en su caso, la apertura de las servidumbres de paso y de los accesos públicos al mar actualmente existentes (DT 3.ª, núms. 5-6 LC), el instrumento utilizado por el legislador para configurar esta servidumbre, que según la DT séptima del RGC será aplicable como la anterior cualquiera que sea la clasificación urbanística del suelo, será básicamente la previsión de suficientes accesos al mar y aparcamientos fuera del dominio público marítimo-terrestre en los planes y normas de ordenación territorial. A diferencia de las anteriores esta servidumbre no tiene unas medidas fijas, sino variables en función de las necesidades reales. Por eso, como acertadamente se ha puesto de relie-

recomienda a los Estados miembros, entre otras medidas, “de proclamer le principe du libre accès du public aux côtes et de mettre en oeuvre ce principe le cas échéant: en aménageant des moyens d'accès adéquats aux différentes plages, en imposant aux propriétés privées, situées en bordure du littoral, les servitudes de passage indispensables; ou en rachetant, éventuellement, les terrains nécessaires au libre passage”.

Por su parte, la reciente “Loi littoral” francesa, en su artículo 5, modifica el *Code de l'urbanisme* introduciendo el artículo L. 160.6.1. “Une servitude de passage des piétons, transversale au rivage, peut être instituée sur les voies et chemins privés d'usage collectif existants à l'exception de ceux réservés à un usage professionnel, selon la procédure prévue au deuxième alinéa de l'article L. 160.6

Cette servitude a pour but de relier la voirie publique au rivage de la mer ou aux sentiers d'accès immédiat à celui-ci, en l'absence de voie publique située à moins de cinq cents mètres et permettant l'accès au rivage.

Les dispositions de l'article L. 160 7 sont applicables à cette servitude”. Sobre ella vid. Y. PITTARD, “La loi littoral et la réglementation de l'urbanisme”, *RFDA (La loi littoral)*, 1986, págs. 691-692.

(65) SE ha criticado por A. MORENO CANOVES, *Régimen jurídico del litoral*, cit., pág. 174, la utilización de la expresión “sobre los terrenos colindantes o contiguos al dominio público marítimo-terrestre”, porque pudiera deducirse que la servidumbre sólo recaerá sobre las fincas adyacentes; pero aunque, quizá, fuera más eficaz la vieja expresión (recaerá sobre las heredades colindantes o afectadas en la longitud o anchura que demanden su naturaleza y finalidad), la actual no parece incorrecta porque la colindancia se refiere aquí a terrenos, no a fincas o heredades, lo que es sustancialmente distinto.

ve (66), la Administración ha de tener en cuenta para su fijación dos principios fundamentales: *a)* el del dominio *civiliter* de extracción *ius privatista*, conforme al cual la servidumbre habrá de imponerse en la forma menos onerosa para el predio sirviente, y *b)* el de proporcionalidad o congruencia, a cuyo tenor el contenido de la servidumbre será el adecuado a los fines que la justifican, no pudiendo imponerse mayores anchuras cuando ello no sea necesario para lograr el acceso al mar. De ello se sigue la necesidad de diferenciar dos situaciones distintas: la primera, que se configura como un auténtico estándar urbanístico e implica la fijación de un criterio mínimo inderogable (67), no aplicable directamente, pero obligatorio en la determinación de los accesos al mar que ha de establecer el planeamiento urbanístico y que, consiguientemente, se convierte en una limitación más del contenido del dominio sometida al régimen de distribución equitativa de los beneficios y de las cargas del planeamiento, y consiguientemente será de aplicación el artículo 52.4 del RGC que dispone que “la obtención de los terrenos que sean necesarios para la efectividad de la servidumbre de acceso al mar se realizará por los mecanismos previstos en la legislación urbanística”; y otra, la segunda, que recae sobre terrenos no urbanizables o urbanizables no programados, se concretará normalmente en las normas previstas en el artículo 22 LC, y parece que ha de constituirse a través del procedimiento expropiatorio, siendo de aplicación lo dispuesto en el artículo 28.3 de la LC que declara de utilidad pública a efectos de la expropiación o de la imposición de la servidumbre de paso por la Administración del Estado, los terrenos necesarios para la realización o modificación de otros accesos públicos al mar y aparcamientos no incluidos en el apartado anterior.

En uno y otro caso, pero especialmente en el segundo, el artículo 28.4 trata de garantizar la efectividad de la servidumbre, disponiendo que “no se permitirán en ningún caso obras e instalaciones que interrumpan el acceso al mar sin que se proponga por los interesados una solución alternativa que garantice su efectividad en condiciones análogas a las anteriores a juicio de la Administración del Estado”, mecanismo de garantía que si bien no es en sí mismo criticable, lo es en cuanto abre una vía a la discrecionalidad de la Administración para valorar cómo garantiza la efectividad de la servidumbre la solución alternativa ofrecida por el propietario del terreno sobre el que recae.

(66) Cfr. O. GONZÁLEZ GONZÁLEZ, *Limitaciones*, cit., pág. 304.

(67) A estos efectos, el artículo 28.2 de la Ley de Costas dispone que en las zonas urbanas y urbanizables los (accesos) de tráfico rodado deberán estar separados entre sí, como máximo, 500 metros, y los peatonales, 200 metros”; y la Disposición Transitoria 11, número 3, del RGC establece normas para garantizar la efectividad de este estándar.

12. *Otras limitaciones de la propiedad.* El capítulo III del Título II de la LC integra bajo la rúbrica “Otras limitaciones de la propiedad” el artículo 29, que se desarrolla en los artículos 56 y 57 del RGC y constituye, en palabras de la Exposición de Motivos, una novedad significativa consistente en “la limitación de extracciones de áridos en los tramos finales de los cauces, que trata de paliar la grave situación producida por la disminución de aportaciones de áridos a la costa, obligando a soluciones alternativas para la continuidad de su aprovisionamiento, así como otorgando a la Administración el derecho preferente para la explotación, a este fin, de yacimientos de áridos”.

Esta novedad legislativa, que en el proyecto inicial se configuraba erróneamente como “servidumbre de arena” (68) y cuya procedencia fue ya puesta en cuestión en la discusión parlamentaria de la LC (69), está dirigida fundamentalmente a limitar las extracciones de áridos como medida de protección de los tramos finales de los cauces, sometiéndola a autorización de la Administración del Estado, y será aplicable según la DT séptima del RGC, en todo caso, cualquiera que sea la clasificación del suelo, sancionándose su incumplimiento como infracción grave en el artículo 91 de la LC.

Esta limitación dominical se concreta en el artículo 29.1 de la LC, al disponer que “en los tramos finales de los cauces deberá mantenerse la aportación de áridos a sus desembocaduras. Para autorizar su extracción, hasta la distancia que en cada caso se determine, se necesitará el informe favorable de la Administración del Estado en cuanto a su incidencia en el dominio público marítimo-terrestre”, pero los efectos de la norma son más que evidentes. En primer lugar, hay que aludir a la indeterminación de la expresión “tramos finales de los cauces” (70); en segundo lugar, al hecho de que el párrafo primero no determina quién es el destinatario de la norma y, consiguientemente, quién ha de aportar los áridos y cómo ha de mantener la aportación; en tercer lugar, con la discrecionalidad más absoluta se extiende el régimen autorizatorio “hasta la distancia que en cada caso se determine”; tampoco se señala qué tipo de incidencia se

(68) “Servidumbre de áridos” la sigue denominando algún autor, a pesar de la evidencia; *vid.* B. NOGUERA DE LA MUELA, *La legislación de costas y las limitaciones sobre los terrenos contiguos a la ribera del mar*, cit., pág. 913.

(69) Este era el sentido de la enmienda 652 presentada por Minoría Catalana, supresión que se apoyaba, desde el punto de vista técnico, en que no resulta justificada la previsión de una limitación legal al derecho de propiedad cuando la LEF ya prevé los mecanismos que permiten la expropiación de yacimientos

(70) Cfr. A. MORENO CANOVES, *Régimen jurídico del litoral*, cit., págs. 165-166.

contempla ni qué valores se han de proteger, ni si la autorización se refiere a la extracción de áridos en los cauces públicos o si en las zonas colindantes, ni se precisa cómo va a afectar al suelo urbano.

J. MIGUEL LOBATO GÓMEZ

Profesor Titular de Derecho civil
Universidad de León

Protección registral del dominio marítimo-terrestre

I. PLANTEAMIENTO

La vigente Ley de Costas de 28-7-1988 (Reglamento de 1-12-1989) ha pretendido acabar con el fenómeno de destrucción y privatización del litoral que, al amparo de la confusa y fragmentaria legislación anterior, había ido invadiendo lo que en terminología técnica utilizada por primera vez en la Ley de Puertos de 7-5-1880 se denomina “zona marítimo-terrestre” y hoy, con mayor rigor técnico, “dominio público marítimo-terrestre” (art. 1 de la vigente LC).

Pero así como la anterior Ley de Costas de 26-4-1969 declaraba (art. 1) bienes de dominio público “*sin perjuicio de los derechos legítimamente adquiridos*” tanto la zona marítimo-terrestre definida como el espacio de las costas o fronteras marítimas del territorio español que baña el mar en su flujo..., como las playas, el mar territorial y el subsuelo del mar territorial”, dejaba abierto el portillo a los llamados “enclaves privados”, terrenos de propiedad particular enclavados en las plazas y zona marítimo-terrestre y colindantes con esta última o con el mar, la nueva Ley de Costas trata de acabar totalmente con estas situaciones.

La Ley de 1969, aun sancionando como dominio público la zona marítimo-terrestre, era confusa cuando en su artículo 4.1 aparentemente admitía la existencia de terrenos de propiedad particular enclavados en las playas y colindantes con el demanio marítimo-terrestre o con el mar. El tratamiento doctrinal que desde entonces se dio a este tema (1) fue doble: si en los primeros momentos se intentó cohesionar las competencias de las

(1) PAREJO GAMIR, “Aspectos registrales de la nueva Ley de Costas”, en *Homenaje a Villar Palasí*, Madrid, 1989, pág. 978.

distintas Administraciones públicas sobre las costas, que correspondía no sólo a varios Ministerios, sino también a los municipios costeros (2), en una fase ulterior la doctrina se centró más bien en los puros temas urbanísticos: planes de ordenación urbana de los Ayuntamientos costeros, licencias, ordenación de plazas y zonas litorales (3).

Como en tantos otros campos del Derecho, el impacto en nuestro tema de la Constitución fue grande. Conscientes los constituyentes de la situación conflictiva creada por una confusa legislación anterior y de la necesidad de adoptar una medida que de forma definitiva impidiera no sólo nuevas situaciones contrarias y lesivas para el dominio público de las playas y de la zona marítimo-terrestre, sino también de la consolidación o legalización de situaciones pretéritas similares, decidieron incorporar al texto constitucional una declaración expresa y contundente (4) que se recoge en el artículo 132.2 de la Constitución:

Art. 132.2. "Son bienes de dominio público estatal los que determine la Ley y, en todo caso, la zona marítimo-terrestre, las playas, el mar territorial y los recursos naturales de la zona económica y la plataforma continental."

Como señala lípidamente el informe de la Abogacía del Estado (5) en el recurso 1143/1986 ante el Tribunal Supremo, con este proceder la Constitución revela su propósito de reforzar cualquier declaración anterior al respecto, elevándolo a la categoría de constitucional, impidiendo que por decisión aun del legislador ordinario puedan derivarse de esta condición los bienes que de forma minuciosa enumera: zona marítimo-terrestre, playas, mar territorial.

La conclusión es obvia: frente a estos bienes, que tienen la condición de bienes de dominio público estatal, no pueden prevalecer situaciones contrarias, que, *prima facie*, habrán de ser consideradas contrarias a los

(2) Sobre ello MENÉNDEZ REIXACH, "La ordenación de las playas y sus problemas jurídicos. En especial el tema de las competencias concurrentes", *Revista de Derecho Urbanístico*, enero-febrero 1982, págs. 27 y ss.

(3) *Vid.* ALVAREZ MERINO, "A propósito de los planes de ordenación de las playas", *RDU*, enero-febrero 1984, págs. 105 y ss.; BOQUERA OLIVER, "Las licencias urbanísticas en las zonas marítimo-terrestre, marítima y portuaria", *Revista Estudios de la Administración Local y Autonómica*, núm. 226, 1985, págs. 241 y ss.

(4) *Vid.* debates de la Comisión de Asuntos Constitucionales del Congreso, sesión del 13 de junio de 1978; debate de la enmienda número 124 en el Senado y sesión plenaria del Senado de 2 de octubre de 1978.

(5) Agradezco a don Fernando Castedo, Abogado del Estado y compañero de tareas docentes en la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, la amabilidad que ha tenido al discutir conmigo los puntos de vista de la Abogacía del Estado en recursos sobre el tema, en los que él mismo ha sido, a veces, parte.

principios constitucionales, cualquiera que sea el título en que se pretenden amparar, al definir la Constitución los bienes integrados en el demanio estatal. El mandato del artículo 132.2 tiene eficacia inmediata y directa, vinculante para los Tribunales, como norma integrada en el ordenamiento positivo (6).

Sustancialmente hay toda una corriente legislativa y jurisprudencial que arrancando del Derecho Romano, que considera las playas como *res communes omnium*, y pasando por las Partidas, Ley 3.^a, Título XVIII, Partida III (recogida en STS 9-11-1984), llega al Código Civil, donde claramente en el artículo 339.1 se declara: "Son bienes de dominio público los destinados al uso público, como los caminos, canales, ríos, torrentes, puertos y puentes construidos por el Estado, las riberas, playas, radas y otros análogos".

No obstante la tradición histórica española construida sobre moldes romanos, la Ley de Puertos de 7-5-1880 aludía a derechos privados sobre lo que hoy llamamos dominio marítimo-terrestre en su artículo 1.1: "Son de dominio nacional y uso público, sin perjuicio de los derechos que correspondan a los particulares, la zona marítimo-terrestre", reproducido en la Ley de Puertos de 19-1-1928 y en la Ley de Costas de 26-4-1969, artículo 1: "Sin perjuicio de los derechos legítimamente adquiridos".

Podemos decir que hasta la Constitución había una concepción genérica de que las playas y mar litoral eran bienes de dominio público, y al mismo tiempo se reconocía, sin embargo (sintomático el art. 4.1 LC de 1969), la existencia de terrenos de propiedad privada enclavados en la zona marítimo-terrestre, posibilidad que ya no puede darse con la Ley de Costas del 88. Que la nueva situación podía producir colisiones entre la radical definición del dominio marítimo-terrestre como dominio público estatal y las Comunidades Autónomas con competencias en ordenación del territorio, ya fue advertido por los comentaristas al proyecto de la Ley de Costas (7). Y sin embargo, a pesar del artículo 132.2 de la Constitución que parecía haber suprimido para siempre el tema de los enclaves privados al afirmar tajantemente la demanialidad de la zona marítimo-terrestre (8), todavía alguno (9) siguió defendiendo la posibilidad de estos enclaves,

(6) En este sentido, aunque para otros temas, STS 10-2-1986 y SSTC 31-3-1981 y 11-4-1985.

(7) MEILÁN, "Comunidades Autónomas y dominio público marítimo-terrestre. El proyecto de Ley de Costas", *RDU*, mayo-junio 1988, pág. 429, que llegó a hablar de "neocentralismo"; MONTORO CHINER, "La Ley de Costas. ¿Un proyecto viable?", *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 58, 1988, págs. 181 y ss.

(8) Así SAINZ MORENO, "Dominio público estatal de las playas y zona marítimo-terrestre", *RAP*, núm. 99, 1982, págs. 234 y ss.; MARTÍN-RETORTILLO, "¿Propiedad privada de playas y zona marítimo-terrestre?", *REDA*, núm. 34, 1982, págs. 517 y ss.

(9) MARTÍNEZ ESCUDERO, *Playas y costas*, 2.^a ed., Madrid, 1985, págs. 157 y ss.

posibilidad que la jurisprudencia del Tribunal Supremo, anterior incluso a la última Ley de Costas, ya había venido pronunciándose en contra, tendiendo a la afirmación de la demanialidad de la zona marítimo-terrestre, y por supuesto, la jurisprudencia posterior a la Constitución (10).

Que la propiedad privada queda definitivamente expulsada de la zona marítimo-terrestre, incluso contra la protección registral de la misma, lo afirma la vigente Ley de Costas en diversos preceptos:

Art. 7. "Conforme a lo dispuesto en el artículo 132.1 de la Constitución, los bienes de dominio público marítimo-terrestre definidos en esta Ley son inalienables, imprescriptibles e inembargables."

Art. 8. "A los efectos del artículo anterior, no se admitirán más derechos que los de uso y aprovechamiento adquiridos de acuerdo con la presente Ley, careciendo de todo valor obstativo frente al dominio público las detenciones privadas, por prolongadas que sean en el tiempo y aunque aparezcan amparadas por los asientos del Registro de la Propiedad."

Art. 9.1. "No podrán existir terrenos de propiedad distinta de la demanial del Estado en ninguna de las pertenencias del dominio público marítimo-terrestre, ni aun en el supuesto de terrenos ganados al mar o desecados en su ribera..."

II. PROTECCION REGISTRAL DEL DOMINIO MARITIMO-TERRESTRE

Este tema envuelve dos órdenes de cuestiones:

- a) La inscribibilidad del demanio marítimo-terrestre.
- b) El choque entre la protección que a los particulares brinda el Registro (especialmente la basada en el principio de la fe pública registral) y la afirmación de inoponibilidad de la protección registral frente al demanio.

Respecto a esta segunda cuestión, PAREJO GAMIR (11), abierto defensor de la Ley de Costas, llega a decir que si con ella han desaparecido los temas civiles, al ganar en claridad y precisión la delimitación del demanio marítimo-terrestre, siguen subsistiendo los problemas propiamente registrales; y aunque se trate de problemas distintos, superpuestos, cada uno tiene una individualidad propia, siendo necesario indagar tanto la norma

(10) Sentencias del Tribunal Supremo de 11-6 y 15-9-1984, 11-6 y 4-7-1985, 14-10-1986, 17-7-1987 y 6-7-1988.

(11) PAREJO GAMIR, *op. cit.*, págs. 181-182

aplicable como las soluciones a las posibles antinomias entre la Ley Hipotecaria y la Ley de Costas. Con razón, añade PAREJO GAMIR que la misma Ley de Costas no parece confiar demasiado en sus pomposas declaraciones de demanialidad y arbitra sistemas registrales de protección (como en el art. 15) que serían innecesarios si en realidad se creyera seriamente en que todo está resuelto con el simple expediente de decir que estamos ante un dominio público por naturaleza.

La Ley de Costas trata por todos los medios de lograr la publicidad registral para este demanio, aunque la Exposición de Motivos hable tímidamente de “posibilitar su inscripción”; el legislador se da cuenta de que no es suficiente la publicidad de hecho, lo que podríamos llamar la misma ostensibilidad del demanio marítimo-terrestre, y trata de lograr la inscripción del mismo, problema controvertido, pues los administrativistas (ALVAREZ GENDÍN, GARCÍA TREVIJANO, GARRIDO FALLA, VILLAR PALASÍ) siempre consideraron excluidos de la inscripción los bienes demaniales en base a que el demanio goza por sí mismo de una publicidad ostensible que hace (para algunos por la vía del privilegio) que no tenga necesidad de la protección que el Registro brinda a los derechos reales inscritos, pues así como los bienes patrimoniales del Estado pueden ser inscritos (art. 2.6 LH), los demaniales quedan excluidos de la inscripción, como señala el artículo 5 del Reglamento Hipotecario (12).

Llegados a este punto, hay que advertir una evidente desconexión entre el artículo 5 del Reglamento Hipotecario y la nueva Ley de Costas, o al menos su intencionalidad, al posibilitar la inscripción registral de este tipo de demanio de uso público (13). Pero ¿no deben quedar excluidos de la inscripción los bienes demaniales, como señala el artículo 5 del Reglamento Hipotecario? Esta es la opinión de ALVAREZ CAPEROCHIPÍ (14), que entiende deber mantenerse con carácter general la exclusión del dominio público del Registro. El desarrollo de este argumento es lógico: la tesis de la exclusión es corolario de la tesis de la ineficacia de la inscripción del demanio, aunque ALVAREZ CAPEROCHIPÍ rebaja la contundencia de sus argumentos al admitir la inscripción de aquellos bienes cuya condición demanial no está ligada a la apariencia, que por tanto deben ser inscritos;

(12) De tremenda equivocación lo califica CHICO ORTIZ, *Estudios sobre Derecho inmobiliario*, II, 2.ª ed., Madrid, 1989, pág. 1082; PAREJO GAMIR, *Protección registral y dominio público*, Madrid, 1975, con la lógica excepción de la Ley de Montes y de la Ley de Patrimonio del Estado, propugna la inscripción de todos los bienes demaniales que no tuvieran la condición de ostensibles, idea que remacha en sus *Aspectos registrales*, cit., pág. 984.

(13) Así lo califica la nueva Ley de Costas, artículos 2.b), 20, 31 I y 33 I.

(14) ALVAREZ CAPEROCHIPÍ, *Derecho inmobiliario registral*, Madrid, 1986, página 87.

aquí entraría la zona marítimo-terrestre degradada, pero no desafectada, y no hay razón para que está excluida del Registro y surta efectos frente a ella la inscripción registral. (Claro que ALVAREZ CAPEROCHIPI sostenía estos argumentos antes de publicarse la nueva LC, cuyas tesis hoy tendría que rectificar.)

No creo decir nada novedoso cuando me sitúo en la línea de la inscribibilidad del demanio, tanto del ostensible como, a mayor abundamiento, del no ostensible, y tanto que su titularidad sea del Estado (15) como de las Comunidades Autónomas (16) y de los propios municipios, principio que se recoge desde el Reglamento de Gestión Urbanística de 25-8-1978 en la Ley de Régimen Local, Texto Refundido de 13-4-1986, y Reglamento de Bienes de las Corporaciones Locales de 18-6-1986.

Pero si este dominio es evidentemente ostensible y claramente y por definición legal se refiere a bienes de uso público, ¿para qué su inscripción? A mi modo de ver, creo que esta intencionalidad del legislador hacia la inscripción, de la que aparentemente podría estar excluida el dominio marítimo-terrestre, está dirigida a enervar la protección que la fe pública registral brinda a los particulares; no es suficiente el artículo 9 de la Ley de Costas a pesar de su pomposidad: "No podrán existir terrenos de propiedad distinta de la demanial del Estado en ninguna de las dependencias del dominio público marítimo-terrestre" porque esta norma podría caer en el vacío frente a la protección registral, y de ahí el artículo 8 que enerva esta protección "aunque aparezca amparada por asientos del Registro". Podría decirse que la Ley de Costas se dirige rotundamente a enervar la aplicación de la protección registral de los derechos reales privados y, más en especial, a enervar la protección del artículo 34 de la Ley Hipotecaria frente al demanio marítimo-terrestre.

Ciertamente, la Ley de Costas supone (17) la aparición de un ámbito material en el que pueden desarrollarse los principios hipotecarios: legitimación, fe pública y demás ordinarios. Como vio PAREJO GAMIR, en la pugna entre la fuerza de la fe pública registral a favor del titular inscrito y la fuerza de la condición de demanio público de ciertos bienes a favor de la Administración, ha triunfado la última.

Frente a esta desnaturalización de los principios hipotecarios en orden

(15) En este sentido las ponencias de BERNAL QUIRÓS, GARCÍA GARCÍA y CHICO ORTIZ en el volumen *Ponencias y comunicaciones presentadas al VI Congreso Internacional de Derecho registral*, tomo I (1985), sintetizadas en GARCÍA GARCÍA, *Derecho inmobiliario registral e hipotecario*, I, Madrid, 1988, págs. 519 y ss.

(16) SAINZ MORENO en *Comentario a las leyes políticas*, dirigidos por O. Alzaga, X (1985), 181, LASARTE, "Bienes y derechos de las Comunidades Autónomas e inscripción registral", en *Actualidad Civil*, núm. 30, 1987, págs. 1823 y ss.

(17) PAREJO GAMIR, *Aspectos...*, cit., pág. 987

a la protección de los derechos reales privados y, por ende, del tráfico inmobiliario, se comprende la intencionalidad de la Ley de Costas de procurar la inscripción del demanio en favor del Estado; pero en este punto volvemos a encontrar en la Ley de Costas ciertas singularidades que ponen la inscripción en favor del Estado en una posición de absoluta supremacía, en cuanto que simples expedientes administrativos van a servir de título de inmatriculación.

Y, sin embargo, da la impresión de que en la Ley de Costas sigue latente el valor de los principios hipotecarios (legitimación, fe pública, presunciones posesorias del 38, armas procesales del 41), al menos en las relaciones entre particulares; al menos entre ellos los libros del Registro seguirán teniendo su valor, no entre particulares y el Estado. Sólo así se comprende el especial interés de la Ley de Costas para evitar que puedan producirse estos asientos entre particulares; a ello obedecen los artículos 12.4, 15 y 16, que, como dice PAREJO GAMIR (18), no pueden significar sino un fundado temor por parte del legislador acerca de las titularidades registrales, por mucho que se hayan suprimido los enclaves privados en la zona marítimo-terrestre.

¿A quién protege la Ley de Costas? Evidentemente, no a los particulares, a quienes les niega hasta su amparo en asientos registrales, sino al Estado, único titular del demanio marítimo-terrestre. El artículo 8 de la Ley es terminante: sólo admite en favor de los particulares los derechos de uso y aprovechamiento adquiridos de acuerdo con la Ley de Costas, situándolos en una situación de protección análoga a la de los particulares titulares de concesiones administrativas.

III. PRIVILEGIOS INMATRICULARES DEL DEMANIO MARITIMO-TERRESTRE

La Ley de Costas pone en una posición de neta supremacía al Estado en cuanto el simple expediente administrativo de deslinde sirve de medio inmatriculador. Es sintomático al respecto el artículo 13.

“Art. 13.1. El deslinde aprobado... declara la posesión y la titularidad dominical a favor del Estado, dando lugar al amojonamiento y sin que las inscripciones en el Registro de la Propiedad puedan prevalecer frente a la naturaleza demanial de los bienes deslindados.

2. La resolución de aprobación del deslinde será título suficiente para rectificar... las situaciones jurídicas registrales contradictorias con el

(18) PAREJO GAMIR, *loc. cit.*

deslinde. Dicha resolución será título suficiente, asimismo, para que la Administración proceda a la inmatriculación de los bienes de dominio público cuando lo estime suficiente. En todo caso los titulares inscritos afectados podrán ejercitar las acciones que estimen pertinentes en defensa de sus derechos, siendo susceptible de anotación preventiva la correspondiente reclamación judicial.”

Este último inciso del artículo 13.2 de la Ley de Costas, pareciendo poner a los particulares en una posición jurídica fuerte amparada en el Registro, sólo parece una cierta concesión con que el legislador *prima facie* parece hacer en obsequio de las situaciones registrales, porque la declaración del artículo 8, ciertamente, deja en una situación muy débil a estos derechos inscritos.

Este mismo obsequio a las situaciones civiles inscritas inspira el artículo 14 al inscribir que “las acciones civiles sobre derechos relativos a terrenos incluidos en el dominio público deslindado prescriben a los cinco años, computados a partir de la fecha de la aprobación del deslinde”. Sigue quedando un resquicio a los derechos de los particulares, pero en mi opinión muy poco efectivo frente a la eficacia fulminante del deslinde administrativo, que en sí mismo es un directo medio inmatriculador en favor de la Administración pública. Precisamente una de las singularidades de la nueva Ley de Costas es la configuración del deslinde aprobado por la Administración como directo medio inmatriculador, rompiendo frontalmente con toda una tradición histórico-jurídica española que reservaba las cuestiones de propiedad a la jurisdicción ordinaria, excluyéndolas, por tanto, hasta de la jurisdicción contencioso-administrativa. Ahora, todo lo más, el deslinde será recurrible en esta última jurisdicción; de poco servirá la anotación preventiva de demanda que reconoce el artículo 13.2.i).f), que de todos modos no parece poner un obstáculo insalvable al posible ejercicio de acciones civiles (normalmente reivindicatorias, que poco éxito tendrían frente a la declaración de demanialidad).

Por supuesto, que desde un punto de vista legislativo (Código Civil, Ley Hipotecaria), si no hay deslinde, deben seguir protegidos los titulares inscritos; y si bien el artículo 10.2 de la Ley de Costas preceptúa que la Administración del Estado “tendrá la facultad de recuperación posesoria, de oficio y en cualquier tiempo sobre el dominio marítimo-terrestre”, esta recuperación sólo puede hacerse efectiva mediante deslinde; y sin deslinde los particulares podrán ejercitar los procedimientos tuitivos derivados de la legitimación registral (como los del artículo 41 LH), pero no podrán ejercitar contra la Administración ningún tipo de interdictos (art. 10.3 LC). La radical declaración de demanialidad deja inoperantes los principios hipotecarios y, frente a situaciones amparadas por la Ley de Costas

de 1969, la nueva Ley de Costas, consciente de que su aplicación intensiva puede conducir a una confiscación *ex lege* de la propiedad privada y sin indemnización, confiere algunos derechos, como la transformación de la titularidad dominical privada anterior, en titularidad de un derecho de uso y aprovechamiento del dominio público.

No interesa en estos momentos entrar en la discusión de si es una nota marginal (19) o una anotación preventiva de mera publicidad. Lo que interesa destacar es que la Ley de Costas quiere aprovecharse de la publicidad registral para hacer constar, evidentemente frente a terceros, la discutibilidad de esa zona sujeta a expediente de deslinde. Título para practicar la operación registral será el traslado al Registro de la resolución administrativa incoadora del expediente de deslinde, deslinde que una vez aprobado (art. 28.3 del Reglamento) “llevará implícita la cancelación de las anotaciones preventivas practicadas en el Registro con motivo del deslinde, relativas a fincas que no hayan resultado incluidas en el dominio público marítimo-terrestre en virtud de aquél”. Este es el único caso en que la actuación de la Administración, una vez aprobado el deslinde, decreta la libertad del terreno privado, y de ahí la cancelación de la anotación preventiva que advertía de la litigiosidad del mismo, sometido hasta la aprobación del deslinde a la espada de Damocles de su eventual inclusión en el demanio. Por ello me parece factible configurar esta anotación como anotación de mera publicidad respecto de terceros, porque desde el lado opuesto: si el deslinde incluye el terreno en el demanio, su eficacia es fulminante: declara la posesión y la titularidad dominical a favor del Estado, sin que las inscripciones del Registro puedan prevalecer frente a la naturaleza demanial de los bienes deslindados (arts. 13.1 LC y 28.1 Reglamento), como igualmente no es sólo título inmatriculador, sino también título suficiente para rectificar las situaciones jurídicas registrales contradictorias con el deslinde (art. 13.2 LC y 29.1 Reglamento).

Ciertamente que quedan cercenados los derechos de los particulares protegidos al amparo de la anterior Ley de Costas, como asimismo quedan en vanos principios hipotecarios de la enjundia de la fe pública registral del artículo 34 de la Ley Hipotecaria, que en ningún caso permitirá adquisiciones a *non dominio* ni tampoco a dominio en la zona marítimo-terrestre, cuya demanialidad la excluye del tráfico entre particulares; y tampoco jugará el principio de legitimación registral del artículo 38 de la Ley Hipotecaria, pulverizado por la resolución del expediente de deslinde.

La nueva Ley de Costas, de un lado, merma extraordinariamente los derechos de los particulares a quienes priva de la protección registral; de

(19) Como defiende PAREJO GAMIR, *Aspectos...*, cit., pág. 988

otro, impone determinados deberes a los Registradores que impidan a éstos la inscripción a favor de particulares de fincas sitas en zonas marítimo-terrestres, sujetando la inmatriculación a una serie de requisitos que impidan la inscripción a favor de particulares de fincas sitas en zonas demaniales o susceptibles de estar incluidas en ellas. Al respecto es terminante la declaración del artículo 15 de la Ley de Costas.

“Artículo 15.1. Cuando se trate de inmatricular en el Registro de la Propiedad fincas situadas en la zona de servidumbre de protección a la que se refiere el artículo 23, en la descripción de aquéllas se precisará si lindan o no con el dominio público marítimo-terrestre. En caso afirmativo no podrá practicarse la inmatriculación si no se acompaña al título la certificación de la Administración del Estado de que no se invade el dominio público.

2. Si en la descripción de la finca se expresa que no linda con el dominio público marítimo-terrestre o no se hace declaración alguna a este respecto, el Registrador requerirá el interesado para que identifique y localice la finca en el plano proporcionado al efecto por la Administración del Estado. Si de dicha identificación resultare la no colindancia, el Registrador practicará la inscripción haciendo constar en ella este extremo.”

Ahora para inmatricular fincas, aparte de los requisitos generales exigidos por la Ley Hipotecaria, se exige uno más: la certificación administrativa de no colindancia, siempre que se trate de fincas sitas en la zona demanial, y en la servidumbre de protección a que se refiere el artículo 23 de la Ley de Costas: 100 metros tierra adentro desde el límite interior de la ribera del mar, ampliable a 200 metros. El artículo 15 de la Ley de Costas impone una doble obligación: a los particulares y al Registrador. A los particulares, porque para inmatricular deberán declarar si lindan o no con el demanio, y en caso negativo deberán acompañar certificación administrativa de que no lo invaden. No basta el título de adquisición, sino que ha de expresarse que no lindan con el demanio, acompañando certificación administrativa que lo acredite; la no presentación de esta certificación cuando en la descripción de la finca se exprese que linda con el demanio impide practicar la inmatriculación. Y si la finca no linda con el demanio o no hay declaración alguna al respecto, el Registrador antes de inmatricular debe requerir al interesado que identifique la finca en el plano que al efecto debe proporcionar la Administración al Registrador. Sólo si resultara la no colindancia después de esa identificación podrá inmatricular la finca, haciendo constar el Registrador expresamente esta circunstancia de no colindancia.

Esto por lo que se refiere a la actuación de los particulares, pues la Ley de Costas y su Reglamento no sólo conceden a la Administración la

facultad de investigar los bienes de dominio público marítimo-terrestre, sino también la facultad de recuperación posesoria de tal demanio, prohibiendo los interdictos contra las resoluciones dictadas por la Administración en el ámbito de dicha Ley (20).

Pero todavía va más lejos la actuación del Registrador en la protección registral del demanio en favor de la Administración del Estado, pues la Ley de Costas permite que si el Registrador “sospechara” una invasión del demanio, puede suspender la inscripción hasta que la Administración expida certificación de la no colindancia.

“Art. 15.2, párrafo 2. Si a pesar de esta identificación o por no poder llevarse a efecto el Registrador sospechase una posible invasión del dominio público marítimo-terrestre, pondrá en conocimiento de la Administración del Estado la solicitud de inscripción, dejándola entre tanto en suspenso hasta que aquélla expida certificación favorable.

3. Transcurridos treinta días desde la petición de oficio de la certificación a que se refiere el apartado anterior sin que haya recibido contestación, podrá procederse a la inscripción.

4. Si no estuviere aprobado el deslinde se iniciará el correspondiente procedimiento, a costa del interesado, dentro de un plazo que no podrá ser superior a tres meses desde la correspondiente solicitud, quedando entre tanto en suspenso la inscripción solicitada.”

La normativa legal conduce a efectos devastadores para los particulares en base a meras sospechas, que llevan, de un lado, a la suspensión de la inscripción, y de otro, a la tramitación del deslinde —si no estuviera ya aprobado— a costa del interesado, con igual suspensión de la inscripción, “sospechas” que se subrayan de nuevo en el artículo 31 del Reglamento.

La misma imposición a costa del interesado del procedimiento de deslinde supone cargar sobre el particular la infracción de un deber de la Administración, que incumple no sólo la Disposición Transitoria 1.ª, párrafo 1.º, de la Ley de Costas de 1969, que disponía que “en el plazo de cinco años desde la promulgación de la presente Ley el Ministerio de Obras Públicas deberá completar el deslinde y amojonamiento de las plazas y de la zona marítimo-terrestre”, deber que se superponía a la mera “facultad” que prescribía el artículo 9 de la Ley de Patrimonio del Estado, derecho “deber” que se vuelven a recoger en el artículo 10 de la vigente Ley de Costas.

(20) Sobre todos estos puntos *vid* DÍAZ FRAILE, *El dominio público marítimo-terrestre. Exégesis y comentario del título primero de la Ley de Costas*, Madrid, 1989, págs. 86 y ss.

“Art. 10.1 La Administración del Estado tiene el derecho y el deber de investigar la situación de los bienes y derechos que se presuman pertenecientes al dominio público marítimo-terrestre, a cuyo efecto podrá recabar todos los datos e informes que considere necesarios y promover la práctica del correspondiente deslinde.”

Como muy bien dice DÍAZ FRAILE (21), derivar de este incumplimiento la obligación del colindante de financiar el coste del deslinde parece contrario al principio de que cada uno es responsable de sus propios actos y omisiones. Claro que en este tema el legislador parece partir de la idea de la ostensibilidad de la zona marítimo-terrestre con su demanialidad absoluta (art. 9 LC). A mí me parece que imponer las costas del deslinde al particular parece ir en contra del artículo 10.1 de la nueva Ley, porque si es un “deber” la propia Administración debe sufragar los costes del deslinde, pues sólo así quedará completamente expedito el demanio, y aunque en este caso como quien entra en controversia es un particular, la Ley le imponga unas costas que no deberían atribuírsele. Es excesivamente redundante y gravosa para el particular esta regla, que a la imposición de costas añade la exigencia de acompañar el particular para la inmatriculación la certificación de la Administración que acredite que no se invade el dominio público, debiendo el Registrador comprobar la identificación de la finca en el plano que al efecto le proporciona la misma Administración.

Ciertamente, los artículos 15 y 16 de la Ley plantean una serie de puntos interrogativos (22); a mí me interesa destacar cómo en la nueva Ley late lo que ya se exponía en el Preámbulo del Real Decreto de 13-6-1986: “Incrementar la colaboración entre la Administración costera y el Registro de la Propiedad, a fin de que esta última institución disponga de los instrumentos necesarios para evitar que las invasiones de la zona marítimo-terrestre puedan acogerse a la protección que se deriva de la inscripción en dicho Registro.”

Desde luego el papel del Registro en la nueva Ley se destaca de un modo preponderante, obligando al Registrador a una actuación minuciosa para la protección del dominio marítimo-terrestre; pero esta actuación que le impone la Ley de Costas parece ir demasiado lejos al permitirle actuar en base a “sospechas”, que parece trascender el ámbito de calificación que le prescribe el artículo 18 de la Ley Hipotecaria: documentos presentados y asientos del Registro, dándole una vertiente judicial, o parajudicial, cuando le impone recabar nuevos documentos (la certificación

(21) DÍAZ FRAILE, *op. cit.*, pág. 159.

(22) Cuyos estudios no son de este momento; los plantea PAREJO GAMIR, *Aspectos...*, cit., págs. 992 y ss.

administrativa) que enervan la virtualidad de los documentos presentados, y la misma descripción de las fincas cuando se trata de una inmatriculación que el Registrador sospecha pueda lindar con el demanio.

Lo que la reforma de 1944 de la Ley Hipotecaria había suprimido acertadamente, aunque a propósito de otro caso, la inscripción de bienes reservables, suprimiendo que los Registradores, por meras conjeturas o deducciones basadas en la procedencia de los bienes (especialmente en lo que se refería a la reserva del art. 811 CC), pudieran de oficio hacer constar la calidad de reservables, y que la propia Dirección General ya se había mostrado contraria (Res. 29-12-1931), como se apunta hoy claramente en el artículo 265, párrafo 2, del Reglamento Hipotecario: “En tanto los reservistas no hagan constar expresamente el carácter reservable de los bienes, los Registradores se abstendrán de asignarles este carácter al practicar los correspondientes asientos, y a efectos registrales no serán suficientes para reputarlos reservables los datos o indicaciones que resulten de los documentos presentados o de anteriores inscripciones”, reaparece de nuevo en la Ley de Costas. Las sospechas o conjeturas no sirven para proteger intereses privados como el derecho de los reservatarios, pero sí sirven para proteger el demanio.

Cierto es también que en lo referente al demanio marítimo-terrestre la “sospecha” no es algo que se presenta intuitivamente al Registrador, sino sólo si a pesar de la identificación de la finca por el inmatriculante (sobre el plano proporcionado por la Administración) o por no poder llevarse a cabo esta identificación (arts. 15.2 LC y 31.2 Reglamento), sólo entonces si el Registrador sospechase una eventual invasión del demanio la Ley le impone dos actuaciones: una, eminentemente propia de la actuación registral, como suspender la inscripción solicitada hasta que se acompañe certificación positiva de la Administración; la otra, actuación ya más discutible: poner en conocimiento de la Administración la solicitud de inscripción.

De todos modos, la “sospecha” no sólo parece tener efectos formales (la suspensión de la inscripción), pues parece también extenderse la sospecha a la inercia de la Administración, pues tanto el artículo 15.2 de la Ley de Costas como el artículo 32 del Reglamento preconizan que “transcurridos treinta días desde la petición de oficio de la certificación sin que se haya recibido contestación, podrá procederse a la inscripción”. Pero el problema no es tan simple, en cuanto se superponen dos temas que afectan a la función registral: de un lado, la certificación favorable de la Administración de que no se invade el dominio público; de otro, la existencia de deslinde, aprobado o no, que afecta a la inmatriculación, con las consecuencias gravosas para el particular que hemos visto en caso de que no estuviera aprobado.

El dominio público marítimo-terrestre queda suficientemente protegido por el Registro al obligar al Registrador, en el caso favorable para el particular, a hacer constar la no colindancia con el mismo. Pero no sólo se imponen deberes al Registrador; al hablar la Ley de título de inmatriculación impone al autorizante del título que en la descripción de la finca señale si linda o no con el demanio. Esto implica que a los requisitos descriptivos del artículo 9 de la Ley Hipotecaria se añade uno más: la declaración expresa de que la finca linda o no con el demanio (23). Si de la descripción se subsigue que linda, es cuando hay que acompañar la certificación administrativa de no invasión, y sólo entonces se podrá inmatricular. Es obvio que si no se presenta esta certificación la inscripción adolece de un defecto subsanable, por lo que tiene que suspenderse la misma aunque los efectos de la suspensión son cortos, pues si en treinta días la Administración no contesta puede practicarse la inscripción.

Algunas voces han ido señalando en general que las últimas reformas legislativas, como en materia de sociedades, y especialmente en el Reglamento del Registro Mercantil, tratan de hacer, como claramente del Registro Mercantil, “un centro administrativo del tráfico jurídico en el ámbito mercantil, descargando por esta vía la ya de por sí saturada Administración de Justicia de tareas no estrictamente jurisdiccionales y aprovechando la infraestructura registral y los propios principios de funcionamiento del Registro para dotar de un mayor rigor el ejercicio y seguimiento de esas actividades” (24). Esta idea de descargar a la Administración de Justicia se observa y se señala además expresamente en la Exposición de Motivos de la Ley de Arbitraje de 5-12-1988. ¿Ocurre lo mismo en la Ley de Costas? Yo no me atrevería a decir tanto; indudablemente, el Registrador no es Juez ni tiene facultades jurisdiccionales, pero sí creo que puede decirse a la vista de la Ley de Costas que se le atribuyen funciones, si no estrictamente jurisdiccionales, si cercanas o que se van acercando. Es indudable de todos modos que la Ley de Costas piensa en el Registro como una pieza esencial en la protección del dominio marítimo-terrestre y, obviamente también, de protección de los terceros en cuanto al tráfico jurídico sobre las fincas que lindan con ese demanio.

ARMANDO TORRENT

Catedrático de la Universidad Complutense

(23) PAREJO GAMIR, *Aspectos...* cit., pág. 995.

(24) Así se pronuncia PAZ-ARES, “La reforma del Registro Mercantil”, en *Homenaje a Vallet de Goytisolo*, VI, Madrid, 1988, pág. 482.

Eficacia y alcance de la cláusula resolutoria en garantía del precio aplazado en la compraventa de bienes inmuebles *

I. INTRODUCCION

En la sociedad actual se destaca entre otras, la tendencia, en cierto modo irrefrenable, a adquirir bienes, que se ofrecen cada vez en mayor número y calidad a un público encandilado, al que se estimula por las empresas productoras con una serie de alicientes entre los que me interesa resaltar la facilidad de pago.

En una sociedad con dicho factor predominante, a la que se le ha denominado sociedad de consumo, es lógico que se fomente y facilite la adquisición de los bienes a personas que carecen de capacidad económica actual, ofreciéndose paralelamente una serie de medidas de financiación entre las cuales destaca el aplazamiento del precio en la compraventa de dichos bienes.

Esta tendencia que con carácter general afecta a los llamados bienes de consumo, no se para aquí, sino que se extiende por inducción a bienes inmuebles, que desde una posición tradicional se han considerado excluidos del consumo, pero que desde una profundización mayor en el concepto, y en la medida que se estimula el cambio continuado de estos bienes

* Este trabajo es desarrollo de la conferencia pronunciada en la Academia Sevillana del Notariado, en homenaje a don Angel Olavarria Téllez, el día 27 de junio de 1991.

con la pretensión de mejorar la calidad de vida, podría considerarse también, de alguna manera, comprendidos en el mismo.

Es cierto que el aplazamiento del pago del precio en la compraventa es un pacto usual en cualquier época histórica (1). Pero lógicamente en un momento como el actual con la característica y tendencia antes aludidas la compraventa con precio aplazado se convierte en una figura o pieza básica en cuanto medio de financiación habitual para la adquisición de bienes.

Lo que sucede es que cuando se compra por alguien que no tiene capacidad económica actual suficiente para adquirir al contado, se produce una situación de peligro para el vendedor, que se desprende del bien y no recibe a cambio la contraprestación o por lo menos la totalidad de la misma (2). Por eso los contratantes suelen establecer un pacto que compensa aquél desequilibrio fortaleciendo la posición del vendedor, que de otro modo corre el riesgo de perder la cosa y el precio o parte del mismo.

Y así, ya en el Derecho Romano se introdujo un pacto añadido a la venta, el llamado pacto de la *Lex commissoria* en virtud del cual si el precio no se paga *fundus inemptus sit o inemptus fierit*, es decir, quedaba sin efecto la venta, el fundo quedará como no comprado, y *si venditor inemptum eum esse velit* (3), pues se trataba de una garantía para el

(1) Ya veremos luego cómo en el Derecho romano y en nuestro Derecho histórico se contemplaba el aplazamiento y el refuerzo de la posición del vendedor a través de un pacto resolutorio.

(2) Ante tal desequilibrio inicial el Derecho ofrece resortes naturales o medios para restablecerlo y compensar aquel riesgo.

Ya en el Derecho romano, en la época postclásica, existen los contratos innominados que se perfeccionan por la realización de una de las prestaciones recíprocas, permitiéndose al incumplidor reclamar la prestación de la contraparte (*actio praescriptis verbis*) o pedir la resolución mediante una acción de repetición de lo entregado (*conditio causa data causa non secuta*). Pero ya con anterioridad se había admitido la acción de repetición para evitar el enriquecimiento injusto, acción que no tenía efectos reales.

La posibilidad de resolver el contrato en caso de incumplimiento cuando se originan obligaciones recíprocas se abre paso en el Derecho francés por influencia, quizá, del Derecho canónico y se consagra en el Código de Napoleón (art. 1.184), de donde ha pasado al Código Civil español, que con carácter general establece la llamada facultad resolutoria tácita en el artículo 1.124 y establece una serie de normas protectoras de la posición del vendedor en los artículos 1.466, 1.467 y 1.505.

Sin embargo, estas medidas protectoras resultan inoperantes cuando surge un tercero protegido frente al cual el vendedor queda inerte.

Por eso los contratantes suelen pactar un medio más eficaz y seguro que permita al vendedor cobrar el precio en cualquier caso, habiendo conseguido el mayor éxito entre las fórmulas utilizables el llamado pacto comisorio, que se puede considerar como normal en toda compraventa de bienes inmuebles con precio aplazado.

(3) En el *Digesto* se recoge un texto de Pomponio que dice: "cum venditor fundi in lege ita caverit: si ad diem pecunia soluta non sit, ut fundus inemptus sit" (18, 3, 2); y añadía "si venditur inemptum eum esse velit".

vendedor y, por tanto, tenía carácter potestativo para éste. Garantía eficaz que provocaba la resolución de pleno derecho, sin necesidad de *interpellatio* (4).

En nuestro Derecho histórico dicho pacto de *Lex commissoria* fue recogido y regulado, con el rigor y carácter que le diera el Derecho Romano, por el Código de Eurico, el Fuero Juzgo, el Fuero Real y Las Partidas (5). Los autores afirmaron el efecto resolutorio del mismo sin necesidad de notificación o requerimiento (6). Y la práctica recalcó el rigor del efecto resolutorio de pleno derecho (7).

Sorprendentemente el Código Civil no regula de manera directa y exclusiva el pacto comisorio, y sólo de modo incidental en el artículo 1.504, al disponer que en la venta de bienes inmuebles el comprador podrá pagar, aún después de expirado el término, interin no haya sido requerido judicialmente o por acta notarial, añade: y ello aún cuando se hubiera estipulado que por falta de pago del precio en el tiempo convenido tendrá lugar de pleno derecho la resolución del contrato. Es decir, con ocasión de establecer un requisito específico para la resolución por incumplimiento del pago del precio en la compra de bienes inmuebles: el requerimiento previo (requisito añadido a los de la resolución genérica establecida en el art. 1.124 CC) se alude al pacto comisorio para extender también al mismo dicha exigencia.

Y un fragmento de Ulpiano (*Digesto*, 18, 3, 2) “si volet venditor exercebit, non etiam invitus”.

(4) ULPIANO en *Digesto*, 18, 3, 4

(5) Ley 38-V-V: “Ótrosí dezimos, que si el vendedor, e el comprador ponen pleyto entre sí, que el comprador pague el precio a día señalado, e si non lo pagare aquel día, que sea desfecha por ende la vendida: que tal pleyto como éste es valedero e gana por ende el vendedor la señal, o la parte del precio que le fué dado, si el plazo non le fué fecha la paga, toda, o la mayor parte della: e desfazese la vendida. Pero con todo esto, en su escogencia es del vendedor, de demandar todo el precio, e fazer que vala la vendida; o de reuocarla, teniendo para sí la señal, o la parte del precio. segund que de suso es dicho. E después que ouiere escogido una destas cosas sobredichas, non se puede después arrepentir, de manera que dexe aquella, por auer la otra”.

(6) GREGORIO LÓPEZ, ANTONIO GÓMEZ, FEBRERO, GUTIÉRREZ, citados por RODRÍGUEZ ADRADOS en su trabajo “Algunos aspectos de la ‘Lex commissoria’”, en *RCDI*, 1968, pág. 56.

(7) RODRÍGUEZ ADRADOS (*ob. cit.*, pág. 56) dice: “Basten dos citas de formularios notariales, una del siglo XVIII y otra de las visperas del Código Civil” MELGAREJO: “Que si para tal día en que se destina el plano no se hiciere la paga, sin que haya menester pedírsela ni hacer ninguna diligencia judicial, esta venta sea en sí ninguna”. Y el mismo FEBRERO: “... y pasado dicho término sin hacer su total solución, queda por el mismo hecho cómo desde ahora la tengo anulada esta venta y ha de ser visto no habersele transferido el dominio de dicha casa o heredad ni haberse celebrado este contrato, sin que yo pueda ser compelido a restituir ni aun en parte tanto que me entrega en señal, y si intentare que se lo devuelva, no ha de ser oído en Tribunal alguno, sino antes bien repelido y condenado en costas”

Requisito, que no hacía sino aplicar el principio general establecido para la mora en el artículo 1.100, a la resolución de la venta de inmuebles por impago del precio.

Se separa nuestro Código Civil de la regulación tradicional en España según la cual vencido el plazo la venta se resolvía *ipso jure* y sin necesidad de requerimiento alguno, pues *dies interpellat pro homine*, y por lo tanto el vencimiento del plazo hacía las veces de requerimiento y constituía en mora (8).

Y es que el Código Civil siguió en este punto casi literalmente al Código de Napoleón que aceptando los precedentes del Derecho francés consagró el principio general de resolución de los contratos bilaterales por incumplimiento de uno de los contratantes (art. 1.184), y estableció para la compraventa de inmuebles una norma especial que exigía por un lado el requerimiento previo al comprador para constituirle en mora y por el otro prohibía al juez conceder desde entonces plazo alguno (9).

En el Derecho español la norma del artículo 1.504 introducía un cierto debilitamiento en la eficacia del pacto comisorio respecto al Derecho anterior, pues sin excluir los efectos automáticos de la resolución, los suspende hasta que el vendedor realice el requerimiento.

La doctrina posterior al Código Civil constató de manera sistemática

(8) GARCÍA GOYENA (*Concordancias*, reimpresión Zaragoza, 1974, pág. 759), comentando el artículo 1.433, precedente del actual 1.504, decía que de la Ley comisoria se trata en el Título III, Libro 18, del *Digesto*, y en la Ley 38, Título V, de la Partida 5.^a, y que en ambos derechos la venta se resolvía *ipso iure*, no pagándose el precio al plazo o tiempo convenidos, es decir, que el vendedor quedaba en libertad de recobrar la cosa o reclamar el pago del precio, aunque elegida una de las dos acciones no podía variar y recurrir a la otra.

En Derecho romano y el patrio, el día o plazo vencido *interpellat* hacia las veces de requerimiento y constituía en mora: nosotros habemos establecido lo contrario en el artículo 1.007 y lo aplicamos al caso de este artículo; pero si además concurriere la circunstancia prevista en el número 1 del artículo 1.007, se observará lo dispuesto en el mismo.

(9) La norma del artículo 1.656 del Código de Napoleón tiene una lectura distinta, sin embargo, a la de nuestro artículo 1.504 del Código Civil, ya que en Francia se había consagrado por la doctrina y la jurisprudencia por influencia, quizá, de la doctrina canónica, por un lado, la regla general de resolución de los contratos bilaterales por incumplimiento, no basada en un pacto expreso, sino en una cláusula sobrentendida, y, por otro, la mitigación y debilitamiento consiguiente de los efectos del pacto comisorio al permitirse que el Juez concediese nuevo plazo y exigir que la resolución se decretase judicialmente. Por tanto, el artículo 1.656 venía a fortalecer la posición del vendedor al impedir que el Juez pudiese decretar un nuevo plazo después de que el comprador le hubiera constituido en mora mediante el requerimiento.

En cambio, en España, en donde la norma tradicional era la resolución automática por vencimiento del plazo, el artículo 1.504 supone, por el contrario, un apoyo o fortalecimiento de la posición del comprador, el cual no obstante haber vencido el plazo puede pagar mientras no se le notifique la resolución.

la ruptura que el artículo 1.504 supuso respecto a nuestro Derecho anterior en el sentido de exigir, para que la resolución tenga lugar, un requerimiento al comprador y prorrogar entre tanto las posibilidades de pago por éste. Y que de este modo se excepcionaba también el principio tradicional *dies interpellat pro homine*, en armonía con el artículo 1.100 del Código Civil, precepto general, tomado igualmente del Código Civil francés que consagró aquella excepción al principio tradicional en materia de la mora o incumplimiento tardío. Pero que nada más había cambiado, pues no quedaban alterados los efectos de pleno derecho de la resolución (10).

Y los autores señalaron las diferencias que separan los artículos 1.124 y 1.504 del Código Civil, en el sentido de que éste último no exige para su ejercicio los requisitos que la doctrina considera aplicables al 1.124: que se trate de incumplimiento grave y culpable, que los efectos de la resolución del 1.504 tienen carácter real frente a los de la del 1.124 del Código Civil que tienen carácter personal, y que la resolución derivada del pacto comisorio se produce *ipso iure* y la intervención judicial tiene reducido su ámbito, si lo comparamos con el amplísimo en relación con el 1.124 del Código Civil; de ahí que el artículo 1.504 constituya un instrumento de autotutela eficaz.

Y se observa una cierta unanimidad doctrinal en considerar la cláusula resolutoria como un medio de autotutela privada con el cual se dota al vendedor de un mecanismo eficacísimo para garantizar el pago del precio aplazado, evitando todos los gastos, molestias y sinsabores propios de un pleito (11).

(10) Así RODRÍGUEZ ADRADOS, "Algunos aspectos de la 'Lex commissoria'", *RCDI*, 1968, pág. 57, quien añade que ni siquiera es seguro que se estimara demasiado dura la posición del comprador, y que es muy posible que la innovación se debiera a razones técnicas: congruencia con el artículo 1.007 del proyecto de 1851 que siguiendo el Código francés había arrumbado el principio *dies interpellat*.

TRAVIESAS, "Obligaciones recíprocas", *RDP*, 1959, págs. 273 y ss., sostiene que el pacto puede consignarse como cláusula del contrato, en cuyo caso se faculta al acreedor para exigir la resolución o como condición resolutoria, en cuyo caso la resolución se produce sin más con el impago.

En ambos casos para ejercitar la resolución bastará la comunicación a la parte contraria en el primer supuesto y el cumplimiento de la condición en el segundo.

Y RUIZ MARTÍNEZ, "Precio aplazado, artículos 11 de la Ley Hipotecaria y 59 de su Reglamento", *RCDI*, 1948, págs. 601 y ss., para quien no cabe la condición resolutoria porque irían contra el requerimiento del artículo 1.504, que es de orden público, y sólo se admite el simple pacto de resolución convencional, y señala la identidad sustancial del artículo 1.504 del Código Civil con el artículo 1.456 del Código italiano por la que podrá utilizarse la elaboración efectuada por la doctrina italiana, con provecho para interpretar nuestro artículo 1.504. (En el Derecho italiano se establece que si se conviene la resolución, ésta se verifica de derecho cuando la parte interesada lo declara a la otra, declaración que constituye la "sentencia".)

(11) Sostiene IRURZUN ("La cláusula y el pacto comisorio", *Estudios de Derecho*

Sin embargo, el problema se plantea cuando el comprador se opone a la resolución, pues entonces también está claro que el vendedor tiene que acudir a los tribunales, a los que en definitiva corresponde el control de si la resolución está bien hecha, aunque se considere que su intervención sea meramente declarativa y no constitutiva de la resolución ya realizada previamente a través del requerimiento.

Y es aquí justamente en este control judicial en donde surge una de las

Privado, tomo II, 1965) que el pacto comisorio es una forma de autotutela privada que tiene su fuente en el pacto añadido a un contrato sinalagmático y en el cual se estipula que en el caso de que una determinada obligación no sea cumplida en el modo y tiempo convenidos pueda el acreedor insatisfecho ejercer un poder privado de resolución, que se hace efectivo por medio de una voluntad unilateral recepticia.

También RODRÍGUEZ ADRADOS (*ob. cit.*, pág. 62), quien cita una frase de BORRICAND que dice: "La cláusula resolutoria no podía retirar al Juez todo poder de apreciación, pero el control judicial que se efectúa *a posteriori* no es de oportunidad (no puede apreciar si la resolución está justificada en equidad), sino de legalidad." Y muy especialmente a la doctrina italiana, concretamente a BARBERO, para el cual la valoración del Juez queda excluida por las partes en forma negocial Y a MOSCO, para quien la valoración de la gravedad de incumplimiento queda sustraída a la decisión del Juez.

Y ROCA SASTRE sostiene que la cláusula resolutoria es una verdadera condición resolucio potestativa que produce sus efectos de pleno derecho, *ipso iure* y no *officio iudicis*, quedando sin efecto la transmisión operada y volviendo automáticamente el dominio al patrimonio del vendedor, bastando para la reinscripción a favor del vendedor el sencillo procedimiento del artículo 59 del Reglamento Hipotecario (hace constar al Registrador la notificación de resolución, acompañando el título del vendedor) (*Derecho hipotecario*, t. II, 1968, págs. 755, 765 y ss.).

Y BADENES, *El contrato de compraventa*, t. II, pág. 858: "... una vez practicado el requerimiento carecen los Tribunales de facultades para apreciar causas justificadas de incumplimiento". Y cita la Sentencia de 3 de marzo de 1967 en la que se declara que el principio general del artículo 1.124 que autoriza a los Tribunales para señalar plazo si aprecian causas justificadas para ello cede y desaparece en la venta de bienes inmuebles ante el precepto terminante y específico del artículo 1.504, en cuya virtud una vez practicado el requerimiento ya no se admite aquella apreciación de causas justificadas de incumplimiento y prohíbe de forma clara y terminante la concesión de nuevo término. (En el caso de la sentencia, añade, había impago y requerimiento, y el comprador consignó el descubierto al momento de contestar la demanda. El Tribunal Supremo considera extemporánea la consignación, pues el contrato estaba ya resuelto por haberse cumplido los requisitos del artículo 1.504, por lo que la sentencia impugnada ha infringido dicho precepto al conceder implícitamente un nuevo término contra lo prohibido en tal precepto).

CAMY, *Comentarios a la Ley Hipotecaria*, vol. II, 1970, págs. 713 y ss., considera que frente a la resolución del artículo 1.124, en la del artículo 1.504 estamos ante una resolución de carácter contractual y que opera *ipso iure*. Y que basta la comunicación de resolución y que se presenten al Registrador los documentos siguientes: escritura del vendedor, la notificación y el documento que acredita se ha depositado el importe percibido por el vendedor, con la declaración que proceda, para reinscribir la finca a favor de éste.

MULLERAT, "El pacto comisorio en la compraventa de inmuebles", *ADC*, 1971, págs. 497 y ss., señala que dos son los requisitos para que se produzca la resolución: impago del precio y requerimiento, si bien se plantea el problema que va a ser decisivo,

cuestiones medulares acerca de la eficacia de la cláusula resolutoria en uno de los puntos básicos que pretendo aclarar en este trabajo: el de si el impago ha de ser culpable o imputable al comprador o por el contrario basta el hecho objetivo del mismo para que la resolución se produzca.

En la doctrina española que se ha ocupado monográficamente del problema se advierte una tendencia a destacar las diferencias entre los artículos 1.504 y 1.124, y consecuentemente a considerar que el primero es una norma especial que únicamente exige el impago como hecho objetivo, que por sí mismo es determinante de la frustración del interés del acreedor (12).

Sin embargo, la cantidad abrumadora de sentencias reiterando la exi-

como veremos, para resolver el alcance del artículo 1.504 de si el impago o retraso ha de ser culposos.

ALVAREZ VIGARAY, *La resolución de los contratos bilaterales por incumplimiento*, 1972, pág. 97: "Los efectos de la cláusula resolutoria son: hacer innecesario, en principio, la intervención judicial; el acreedor no tendrá que pedir la resolución ante los Tribunales, evitándose los gastos, discusiones y sinsabores propios del litigio, desde la notificación queda excluida la posibilidad de conceder plazos, y la resolución tiene efectos retroactivos."

G. CANTERO, *Comentarios al Código Civil*, Edersa, 1980, t. XIX, pág. 428. La voluntad de los contratantes se dirige a eliminar la intervención judicial, es decir, a que se produzca la resolución de pleno derecho o automáticamente. Hecho el requerimiento, el comprador pierde la facultad de hacer el pago fuera de plazo y el vendedor tiene libre la resolución sin necesidad de acudir al Juez, si bien caso de oposición tendrá que interponer la demanda para que se declare que el contrato se ha resuelto en virtud del requerimiento.

Y P. BRUTAU, *Fundamentos de Derecho civil*, t. I, vol. II, sostiene que en el caso de elevarse el incumplimiento de la contraprestación a la categoría de condición resolutoria expresa se producirá dicha resolución con los efectos automáticos de las verdaderas condiciones.

MIQUEL CALATAYUD, "Consideraciones sobre el impago del precio en la compraventa", *RCDI*, 1985, págs. 1526 y ss., para el que, partiendo de la necesaria inscripción en el Registro de las condiciones resolutorias y de la conversión de la falta de pago en una condición resolutoria explícita, los objetivos pretendidos (objetivación, eficacia resolutoria acrecida, totalización anticipada y eliminación de la instancia judicial) se consiguen plenamente. En lo que se refiere a la adveración del cumplimiento de la condición (impago) que corresponde al Registrador, es de aplicación el artículo 59 del Reglamento Hipotecario, según el cual, dice, inscrito y constatado incontestablemente el hecho del mismo, el Registrador ante quien se haya averado tal circunstancia objetivada y totalizada procederá previa la documentación pertinente a la reinscripción.

Con ello, dice, quedan totalmente conculcados los parámetros básicos que convierten al incumplimiento de fáctico en jurídico, con manifiesto peligro para la idea de la justicia por la evidente objetivación de la responsabilidad del comprador (pág. 1537).

(12) Así RODRÍGUEZ ADRADOS (*ob. cit.*, pág. 61), si bien reconocía en el año 1968 que el Tribunal Supremo en algunos casos aplicó a la resolución del artículo 1.504 criterios de equidad propios de la acción del artículo 1.124; sin embargo, cita la Sentencia de 28 de enero de 1944, que marca claramente las diferencias entre ambos preceptos, concretamente la imposibilidad de pagar en el caso del artículo 1.504 una vez transcurrido el plazo si ha mediado el requerimiento, y sostiene que las diferencias son evidentes,

gencia de una voluntad rebelde y deliberada para que la resolución 1.504 prospere, provocó que un sector importante termine aceptando, si bien siempre con ciertas reservas y reticencias, que la resolución del 1.504 sólo cabe si hay incumplimiento culposo o por lo menos un hecho obstativo que impida de manera absoluta el cumplimiento (13).

Hay que reconocer que el Tribunal Supremo a partir de la Sentencia

pues el artículo 1.124 exige dos requisitos que no son precisos para la resolución del artículo 1.504: incumplimiento grave y culpable.

BADENES en el año 1969 (*La compraventa*, t. II, págs. 864-865), después de recordar que en Derecho romano se admitió la resolución por retraso no imputable al deudor, en base al *Digesto* (22.9, 23.1), señalaba que la doctrina dominante estima que se precisa culpabilidad. Pero acepta la reflexión de PINTO en el sentido de no considerar procedente la exigencia de culpabilidad incluso en el supuesto del artículo 1.124 por oponerse a ello el principio *ubi lex non distinguit*, pues si el incumplimiento es imposible (supuesto del art. 1.124, párr. 2.º), ninguna culpa tiene en su ejecución el deudor, ya que nada puede hacer para realizarlo y porque el juego de la causa impone prescindir de la idea de culpabilidad. Y después de constatar la tendencia jurisprudencial a exigir una voluntad rebelde del comprador, concluyó diciendo que "esta reiterada doctrina no autoriza a afirmar en términos absolutos que, en todo caso, sin culpabilidad no hay resolución, pues hay que tener en cuenta otras sentencias en que se considera bastante que surja un hecho que de manera definitiva impida el cumplimiento.

Y BALERIOLA, "De nuevo sobre la resolución de la compraventa de inmuebles" (*RDN*, núm. 128, 1985, págs. 284 y ss.), sintetizando las reflexiones de R. ADRADOS, A. VIGARAY, MERINO HERNÁNDEZ, OGAYAR Y AYLLÓN, MOLINA GARCÍA y otros, señala que la única similitud entre el funcionamiento práctico de los artículos 1.124 y 1.504 radica en que en ninguno de los preceptos se exige demanda judicial para obtener la resolución. Lo que sucede es que si la contraparte no se allana a la resolución extrajudicial, habrá que acudir a los Tribunales. Pero la sentencia que se pronuncie es simplemente declarativa, no constitutiva. Ahí cesan las semejanzas. El artículo 1.124 concede amplias facultades a los Tribunales para decidir acerca de la resolución, en tanto que el pacto comisorio del artículo 1.504 o el mero régimen resolutorio de este precepto, aun sin pacto expreso, provocan la resolución rigurosamente siempre que se cumplan los requisitos previstos en el mismo y sin que los Tribunales puedan tener intervención alguna en este sentido. A lo que tiende el pacto es a eliminar la intervención judicial. Y que el régimen resolutorio del artículo 1.504 no exige los requisitos de incumplimiento grave y culpable que exige el artículo 1.124. Y cita la Sentencia de 3 de marzo de 1967.

Lo que sucede es que frente a tan sensibles diferencias el Tribunal Supremo, posiblemente asustado ante el riguroso automatismo del artículo 1.504, ha venido afirmando el carácter complementario de ambos preceptos, con lo que se opera una profunda confusión entre dos sistemas resolutorios claramente diferenciados.

(13) Así MULLERAT en el año 1971 se hace eco de esa importante jurisprudencia exigiendo una conducta culposa del comprador y estableciendo la complementariedad de los artículos 1.124 y 1.504, y afirma que el primero de los requisitos para aplicar este último precepto es el incumplimiento culpable (*ob. cit.*, pág. 502).

ALVAREZ VIGARAY en 1972 cita la Sentencia de 5 de junio de 1944 que declaró que el artículo 1.504 presupone que exista un verdadero y propio incumplimiento y que éste descansa en causas imputables al deudor. Pero nada se opone a que, pese a este principio, las partes acuerden que el acreedor con pacto comisorio podrá resolver a pesar de que el incumplimiento no le es imputable al deudor; tesis que puede deducirse a *sensu contrario* del artículo 1.105 del Código Civil. Por tanto, si se pacta que el deudor con

de 5 de julio de 1941 ha insistido de una manera reiteradísima como luego veremos, al analizarla especialmente, en la exigencia de un retraso culposo: voluntad rebelde al cumplimiento, matizada, es cierto por otras en las que se dice que dicha frase hay que entenderla, para no identificarla con impago doloso en el sentido de que basta el hecho obstativo del impago que produzca la quiebra de la finalidad económica del contrato.

Pero la mayoría de las sentencias se refieren a pactos establecidos en documentos privados y, por tanto, no se plantean el problema de la autotutela que significa la reinscripción a favor del vendedor, por vía extrajudicial, y sin más trámite que el establecido por el artículo 59 RH.

Ello permitió probablemente que las cláusulas resolutorias siguieran siendo el medio de garantía preferido por los vendedores, a pesar del fuerte recorte en su eficacia que suponía, en principio, la introducción del arbitrio judicial para valorar la gravedad o importancia del impago, con la consiguiente pérdida de rigor y automatismo resolutorio, aunque ello fuera por razones de equidad y de justicia.

Hasta que esta relatividad añadida o impuesta por el Tribunal Supremo a la eficacia del pacto comisorio, no caló en la Dirección General de los Registros y del Notariado, el problema no alcanzó la máxima gravedad, y no alarmó excesivamente. Los vendedores que elegían una fórmula segura de garantía de pago, después de haberse desprendido del bien vendido, cual era la que le dispensaba la cláusula resolutoria, contaban

pacto comisorio responderá incluso por caso fortuito, este acuerdo sobre responsabilidad es válido (*ob. cit.*, pág. 93).

Y GARCÍA CANTERO en 1980 consideró que, dada la falta de coincidencia entre los artículos 1.124 y 1.504, hay que señalar que la aplicación de este último es preferente y que así lo ha confirmado abundante jurisprudencia, citando la Sentencia de 3 de marzo de 1967 que consideró que una vez practicado el requerimiento resulta de mayor severidad el artículo 1.504 y determina la resolución sin admitir aquella apreciación de causas justificadas de incumplimiento y prohibiendo la concesión de nuevo término. Pero la preferente aplicación del artículo 1.504 no implica prescindir del artículo 1.124, antes bien, como ha dicho la Sentencia de 31 de octubre de 1968, ambos preceptos no se eluden, sino que se complementan (*ob. cit.*, pág. 426). Y más adelante (pág. 430) señala que la jurisprudencia ha declarado la necesidad de que haya una conducta culposa imputable al deudor.

Y RODRÍGUEZ GARCÍA, *La condición resolutoria, medio de garantía en las ventas inmobiliarias a plazos*, 1990, págs. 153 y ss, concluye que el automatismo resolutorio no tiene lugar. El vendedor se deslumbra por el espejismo de la cláusula, pero el automatismo no se va a producir, sino que está supeditado a la moderación que la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo realiza al interpretar los artículos 1.504 y 1.124. Por lo que no cabe la resolución automática mediante el acta notarial, sino que deberá obtenerse la oportuna sentencia judicial, y para ello deberá probarse la voluntad deliberadamente rebelde y que el incumplimiento es imputable al deudor. Considera el autor citado que la razón de esta falta de automatismo para ser implícitamente un problema de vivienda.

pese a aquella jurisprudencia que debilitaba su alcance, con que, de momento, el bien se podía reinscribir a su favor por el sencillo trámite del artículo 59 RH. Lo que suponía no sólo la recuperación formal o registral del dominio, con la posibilidad de hipotecar o vender de nuevo la finca, sino también un efecto psicológico añadido derivado de la protección hecha por el legislador en su favor a través de un sistema ágil de recuperar la propiedad aunque sólo fuera desde el punto de vista formal.

Pero una jurisprudencia registral iniciada por la Resolución de 29 de diciembre de 1982 afectó a la misma línea de flotación del esquema protector o de seguridad de la posición del vendedor ante el impago del precio aplazado.

No obstante, bien sea porque a veces las decisiones jurisprudenciales tardan en llegar a la sociedad, bien porque los juristas no hayan dado importancia decisiva a una sola resolución y más si su argumentación no resulta convincente, o bien porque pese a todo no se consideró que exista otra garantía más idónea, la incidencia que de momento ha tenido la referida Resolución de la Dirección General ha sido escasa en la práctica. Las cláusulas resolutorias siguen siendo el medio preferido por los vendedores para garantizar el pago del precio aplazado en la compraventa de bienes inmuebles, y constituye el instrumento que más éxito ha tenido en la realidad contractual. Hasta tal punto que es difícil encontrar un contrato de compraventa con precio aplazado, ya se haya formalizado mediante documento privado simplemente o en escritura pública, que no contenga pacto comisorio en garantía del cobro del precio.

La cláusula resolutoria se ha logrado convertir en una de las fórmulas jurídicas que más fortuna ha tenido. En la práctica notarial se ha extendido y perfilado de tal modo que ha desplazado a los otros dos medios de gran eficacia que el vendedor podía haber elegido: letras avaladas y la hipoteca para garantizar el impago (14).

Pero los peligros de relativización y, en consecuencia, de debilitamiento de su eficacia están ahí latentes, sobre todo después de la citada Resolución de 1982.

Realmente tres son los medios de garantía eficaces que el vendedor

(14) Lo usual es que el precio aplazado se represente por letras de cambio, sin perjuicio de la cláusula resolutoria añadida. Sin embargo, a veces y por razones distintas a las de la mera garantía (facilidad para obtener un préstamo el comprador, etc.), se prescinde del pacto resolutorio y se limita a garantizar el aplazamiento mediante letras de cambio avaladas por una entidad de crédito, letras que a veces ni se reflejan en la escritura, en la que, y dada la virtualidad que tal garantía puede tener, se suele consignar que el precio ha sido totalmente satisfecho, lo que origina lo que podíamos llamar una zona sumergida —la realidad del aplazamiento—, con todos los inconvenientes, sobre todo desde el punto de vista fiscal, que se pueden plantear.

puede elegir teniendo en cuenta la máxima dosis de seguridad para garantizar su posición: la representación del precio aplazado por letras de cambio avaladas por una institución de crédito, la hipoteca y el pacto comisorio.

Pero es este último el que de manera indiscutible ha triunfado frente a los otros dos, hasta tal punto que ni siquiera se discute o plantea normalmente la opción entre una u otra fórmula y se suele aceptar como natural y más ventajoso el pacto comisorio.

¿Cuál es la causa de esta predilección? La razón básica está en la ventaja que supone el automatismo que aquel pacto ofrece, eliminando en la mayoría de los supuestos la intervención judicial, y, consecuentemente, los gastos, molestias e inseguridad propios de un pleito.

Es claro que en caso de impago, si el precio está representado por letras de cambio, habrá que acudir al juicio ejecutivo correspondiente, con el problema de dilación y gastos connaturales a todo procedimiento judicial (15), además de los perjuicios que pudieran derivarse, cuando los plazos son largos y se retrasa el cobro, de la desvalorización monetaria que normalmente incidirá de manera negativa en la satisfacción del interés del vendedor garantizado. Sin olvidar también las consecuencias psicológicas aparte de las económicas que se derivan de la inseguridad que provoca la lentitud que en la justicia española resulta ya endémica.

Los mismos problemas se plantearán en el caso de la garantía hipotecaria (16).

Después de estas consideraciones resulta lógica la elección del vendedor. Con el pacto resolutorio cuenta, en principio, con un mecanismo sencillo de aplicación automática, que evita la intervención judicial. En definitiva, tiene en sus manos la autotutela, lo que supone, teniendo en cuenta lo antes dicho, una verdadera bendición para el vendedor.

Ya hemos visto como en nuestro Derecho anterior al Código Civil la eficacia y rigor del pacto comisorio no ofrecía duda como garantía del cobro del precio aplazado.

Hemos visto también como el Código Civil en su artículo 1.504 mitigó aquel rigor, pero sólo en el sentido de dar al comprador un respiro, desplazando el automatismo resolutorio del momento del impago al del requerimiento.

La doctrina así lo aceptó en un principio. Pero ante la insistencia del

(15) Aparte, habría que considerar el costo que supone no la letra en sí misma pero sí el aval bancario necesario para que la garantía ofrezca la mayor seguridad.

(16) El desplazamiento de la garantía hipotecaria por la cláusula resolutoria ha avisado al Fisco que atento siempre a la recaudación, somete al mismo trato ambos hechos imposables en el ITP (art. 7.3 de la Ley)

Tribunal Supremo en conectar y complementar el artículo 1.504 con la doctrina elaborada para el 1.124 e introducir un elemento de valoración que obstaculiza el efecto automático, cual es el grado de gravedad del retraso y de culpabilidad del comprador, después de afirmar el carácter privado y de autotutela que mantiene la cláusula resolutoria, advierte, como hemos visto, que el Tribunal Supremo ha relativizado su eficacia al imponer un control judicial no ya sobre la legalidad de la resolución ejercitada privadamente, sino sobre su oportunidad y, por tanto, sobre si está justificada en equidad, lo que deja abierta la puerta al arbitrio judicial.

Por último la Resolución de 29 de diciembre de 1982 al trasladar el esquema perfilado inicialmente por el Tribunal Supremo para el 1.504 al ámbito registral, introduce un elemento más añadido al debilitamiento de la posición del vendedor. Hasta entonces el mecanismo de reinscripción establecido en el artículo 59 RH no se había puesto en duda ni por la doctrina ni por la Dirección General de los Registros, que lo aplicó sencillamente (17).

A partir de esta resolución la doctrina, sobre todo en el ámbito notarial, reacciona de manera clara y pesimista, señalando que, a partir de 1982, la condición resolutoria en garantía del precio aplazado en la compraventa ha perdido su principal ventaja: la reinscripción del inmueble a favor del vendedor si necesidad de intervención judicial; planteándose incluso el problema de si ha perdido su utilidad y si deben buscarse fórmulas alternativas (18), y que incluso se podría pensar en una actitud

(17) Así Resolución de 3 de junio de 1961 en la que se declara que para llevar a cabo la nueva inscripción a favor del vendedor es preciso que éste presente su título y que se haga constar según el artículo 59 del Reglamento Hipotecario la notificación judicial o notarial hecha al comprador, y además para poder cancelar las cargas y gravámenes constituidos por éste deberá cumplir lo referido en el artículo 175 6º del Reglamento Hipotecario que exige la consignación del precio. También la de 13 de junio de 1962 que considera que el pacto comisorio juega como condición resolutoria, e inscrito en el Registro al amparo de los artículos 11 de la Ley Hipotecaria puede producir efectos contra terceros. Y también la Resolución de 31 de octubre de 1969 que resolvió precisamente un supuesto en que la autotutela del vendedor había provocado la reinscripción a su favor, pero luego una sentencia firme declaró improcedente la resolución, ordenando que se volviera a inscribir la finca a nombre de la compradora; a pesar de ello el Registrador denegó la inscripción de la sentencia pues el vendedor primitivo había vendido a su vez la finca con lo cual aparece la figura del tercero protegido por el artículo 34 de la Ley Hipotecaria.

(18) Así, ROMERO GIRÓN DELEITO, en *Boletín del Colegio de Granada*, 1983, págs. 384 y ss., señala que como figuras alternativas puede pensarse en las fórmulas de garantía convencional que vienen manejándose: opción de compra, pacto de reserva de dominio, hipoteca (que aconseja constituirla por vía de reserva o *deductio*, tal como autorizó la Resolución de 18 de septiembre de 1969). También CORDERO GARRIDO (*Boletín Colegio de Granada*, 1983, pág. 895) dice que la Resolución de 1982 sienta una

resignada de las partes a contentarse con el documento privado que permite al vendedor ostentar la titularidad formal o registral, con los inconvenientes que ello supone para el comprador (peligro de fallecimientos, embargos, etc) (19).

Después de todo lo dicho y a pesar del esfuerzo doctrinal en destacar el rigor del pacto comisorio, al aplicar la jurisprudencia del Tribunal Supremo y últimamente la Dirección General de los Registros los criterios de valoración y subjetivos elaborados para el 1.124 al artículo 1.504 del Código Civil y 59 RH, nos obliga a replantear la conveniencia o utilidad de la cláusula resolutoria, no sin antes hacer un esfuerzo interpretativo que pueda ofrecer luz en una cuestión cuya solución no está a mi juicio tan claramente decantada hacia tal relativización que el arbitrio judicial necesariamente produce.

Y éste es el objetivo principal de este trabajo.

II. EL PACTO COMISORIO COMO REFORZAMIENTO DE LA FACULTAD RESOLUTORIA PROPIA DE LAS OBLIGACIONES RECIPROCAS

La doctrina ha discutido acerca del carácter o naturaleza de la cláusula resolutoria. Dos son las tesis principales al respecto:

a) *El pacto comisorio como condición resolutoria*

Esta es la tesis seguida con más fundamento por ROCA SASTRE, quien parte de la letra del artículo 11.1 LH, que utiliza expresamente el término condición resolutoria, y también de los artículos 59 RH y 1.504 CC que hablaban de resolución de pleno derecho del contrato de compraventa de

doctrina claramente proteccionista del comprador, si bien parece exagerada en algún aspecto y llega a ocasionar evidentes perjuicios al vendedor. BALERIOLA (*RDN*, núm. 128, 1985, pág. 286) después de criticar abiertamente la doctrina del Tribunal Supremo afirma que el trasvase de los requisitos genéricos de la resolución *ex* artículo 1.124 al régimen del 1.504, fundamentalmente la doctrina de los factores etiológicos subjetivos, produce una confusión entre los sistemas resolutorios, claramente diferenciados en fundamentos, requisitos, etc, y, refiriéndose ya a la Resolución de 1982 propone, al igual que los autores antes citados, medios correctores que retuercen la posición del vendedor y una interpretación de la tan citada resolución acorde con la función de garantía eficaz que el pacto comisorio debe desempeñar.

(19) En este sentido ROMERO GIRÓN, *ob. cit.*, pág. 385.

inmuebles, siempre, claro está, previa declaración en este sentido por el vendedor, que debe ser hecha al comprador, ya que el pacto envuelve una condición resolutoria potestativa por parte del vendedor impagado. De modo que el efecto resolutorio solamente se produce si éste decide optar por la resolución. Y la condición resolutoria cumplida tiene un efecto destructivo o aniquilador del acto, que se produce de modo automático cuando se da el supuesto que constituye el *factum*, que aquí sería el impago; si bien tal condición resolutoria que implica el pacto resolutorio está supeditado al *si volet* del vendedor, pues se inserta en la compraventa en provecho del vendedor sirviéndole de garantía al efecto. El vendedor por una razón de equidad no puede estar sujeto al automatismo inicial de la condición resolutoria cumplida que podría redundar en perjuicio de él, lo cual es inadmisibile. Por lo tanto, la entrada en función de la condición resolutoria incrustada en el pacto comisorio depende de un doble hecho: el impago del precio (*factum*) y el *si volet* del vendedor. En otro caso se caería en el absurdo de dejar al arbitrio del comprador el cumplimiento del contrato, lo que entraría en contradicción con los artículos 1.115 y 1.256 CC (20).

De esta tesis deduce ROCA la principal consecuencia: la resolución se produce *ipso iure* y no *officio iudicis* y con eficacia real (son la venta y la transmisión las que resultan inoperantes, como no hechas) (21).

(20) *Derecho hipotecario*, t. II, 1968, págs. 750 y ss

(21) Apoya ROCA SASTRE su tesis también en textos de Derecho romano, cuyo significado es más que dudoso. Así, parte de un texto de ULPIANO (*Digesto*, 18, 3, 1) en el que se dice que “si se hubiera vendido un fundo con cláusula resolutoria más parece que la compra se disuelve bajo condición que se contrae bajo condición”, por lo que el pacto puede interpretarse como simple pacto de resolución (*sit inemptus*) o como condición, pero predominó el criterio de ver en la fórmula un pacto de resolución en sentido clásico (esto es, como condición resolutoria, que al no ser admitida en el Derecho romano clásico, se empleaba el giro de pacto de resolución), y no verificado el pago se entienda cumplida la condición y la cosa se consideraba *inempta*. Y que en el período del *ius commune*, con inicios ya en Justiniano, la aversión del Derecho romano a la revocación real de la propiedad *ex tunc* fue superada y el pacto comisorio dejó de considerarse estrictamente como pacto resolutorio en sentido clásico y se contempló en el seno del mismo la existencia de una verdadera condición resolutoria *si volet venditor*. La misma denominación del pacto comisorio revela el carácter de condición resolutoria que campea en el mismo y que significa —como dice BISCARDI— o que es una cláusula que deviene ejecutiva (*committitur*) en caso de impago o que es una sanción al incumplimiento contractual y, por tanto, su aplicación se conecta con el presupuesto de un acto ilícito del comprador (*commisum*) lo que se confirma al permitir que el vendedor opte por la resolución.

A esta interpretación de ROCA hay que oponer en primer lugar la poca claridad de los textos romanos para deducir de ellos tal doctrina. El mismo ROCA reconoce que fue una cuestión discutida en Derecho romano, pues su jurisprudencia osciló entre la concepción de la *emptio condicionalis* y *emptio pura* con pacto anejo de resolución. Y RASI

La tesis de la condición resolutoria ha sido afortunada y admitida por un sector doctrinal amplio (22). Y de ella se puede deducir con toda facilidad el efecto de automatismo, que los autores han recabado para la misma como elemento determinante de su verdadera fuerza (23).

ve en el pacto de la Ley comisorio un pacto resolutorio bajo condición suspensiva de índole potestativa. Y ALVARO D'ORS (*Derecho privado romano*, 1968, pág. 432) afirma que la consensualidad de ciertos contratos (compraventa) permitían que la *obligatio* pudiera extinguirse por el mismo consentimiento resolutorio y que esta resolución pudiera pactarse previamente supeditada a una condición o término, es decir lo que se sometía a condición no era el contrato, sino la facultad resolutoria: *non esse sub conditione distractam sed resolvi emptionem sub conditione* (D., 18, 3, 1).

Pero, además, la última matización hecha por ROCA y recogida de BISCARDI, acerca del significado del término *commissorio*, explica a mi juicio la clave del pacto comisorio y de su esencia, que es su conexión básica con la misma estructura contractual: se ha producido un hecho ilícito por el comprador con todas las implicaciones que ello supone, entre ellas y más principalmente la eliminación del automatismo objetivo absoluto (impago sin más). Por eso otro texto de SCAEVOLA (D., 18, 3, 8) dice "en el día establecido el comprador testificó que está dispuesto a pagar el precio restante y consignó una bolsa sellada conteniendo dinero, pero faltó la vendedora. Al día siguiente fue notificado el comprador ante testigos a nombre del fisco, para que no pagase el precio a la mujer antes de satisfacer al fisco. Se preguntó si los fondos pueden ser reivindicados por la vendedora. Respondió que el comprador no ha incumplido la cláusula".

El impago no es, pues, un hecho objetivo y fatalmente determinante de la resolución. Y así un texto del *Digesto* (18, 3, 4) dice: "Marcelo duda si la cláusula comisorio tiene lugar si el comprador requerido para el pago no pagase o bien si no hubiese ofrecido el precio. Y yo pienso que el comprador debe ofrecerlo, si quiere desligarse de la fuerza de la cláusula comisorio, pero si no tuviera a quien ofrecer el precio podrá estar seguro (ULPIANO)".

(22) Así SANZ (*Instituciones*, II, págs. 434 y ss.), para quien el efecto del pacto comisorio responde al juego propio de la condición resolutoria. También GARCÍA CANTERO, *ob. cit.*, pág. 428, para el que hay que entender con la mejor doctrina —y cita a ROCA SASTRE— que el pacto envuelve una condición resolutoria potestativa por parte del vendedor impagado, porque el efecto resolutorio sólo se produce si el vendedor decide optar por la resolución y no por el incumplimiento, al estar inspirado en su beneficio exclusivo.

Sin embargo, no explica GARCÍA CANTERO, cuando estudia los requisitos para su ejercicio, por qué no basta cualquier incumplimiento por el comprador de su obligación de pagar el precio, ya que sigue la tesis jurisprudencial de exigir una conducta culposa y voluntad deliberadamente rebelde al cumplimiento. Ni tampoco explica por qué tratándose de una condición resolutoria, con efectos automáticos, se hace depender su ejecución del cumplimiento por parte del vendedor de sus propias obligaciones.

MIQUEL CALATAYUD, "Consideraciones sobre el impago del precio en la compraventa", *RCDI*, 1985, págs. 1.526 y ss., señala que por mor de la autonomía de la voluntad, al impago del precio se le da el carácter de condición resolutoria explícita, como dice el artículo 11 de la Ley Hipotecaria. El incumplimiento del comprador se convierte convencionalmente en una *condictio facti* resolutoria, o sea, en el suceso futuro e incierto a que se refiere el artículo 1.113 del Código Civil. Con ello se pretende objetivar el incumplimiento, totalizarlo globalmente, atribuirle eficacia resolutoria absoluta, y eliminar la intervención judicial.

Sin embargo, se pregunta el autor sobre la licitud de dicha conversión del impago en condición; y considera que aparte de los límites genéricos de justicia y equidad derivados

Hay que reconocer que la tesis de la condición resolutoria tiene a su favor la expresión misma del artículo 11 LH cuando habla de *condición resolutoria explícita* para garantizar la falta de pago del precio. También la situación del artículo 1.124 en sede de obligaciones condicionales, a pesar de que su mecanismo de funcionamiento está más claramente alejado del juego condicional y su fundamento en el sinalagma funcional propio de las obligaciones recíprocas y finalmente en la misma causa del contrato (24).

Sin embargo, resulta difícil entender como condición en sentido técnico la contenida en el pacto resolutorio, ya que el hecho básico condicionante forma parte de la estructura misma del contrato. El cumplimiento del pago del precio es esencia misma de la compraventa y la resolución derivada del incumplimiento no es más que una consecuencia de la ruptura del sinalagma funcional, y encaja mejor en la teoría de la causa, que en el ámbito de las condiciones en sentido propio. Y la facultad del vendedor para resolver no puede convertirse en una condición, ya que de este modo todas las facultades, por su propia esencia, remitirían a la misma, pues su ejercicio depende siempre del libre arbitrio del titular (25). Por otra parte,

del 1.255 del Código Civil, y el posible abuso de derecho, los mismos artículos 1.504 y 1.505 del Código Civil demuestran que la conversión no se ha producido, por lo menos totalmente, pues ambos limitan el automatismo, ya que la moratoria legal en ellos prevista es obstáculo insuperable para que el impago se considere evento condicionante normal. Y no vale el argumento de que se trata de una codición potestativa, que no resiste el más somero análisis. El evento pretendidamente condicionante es el incumplimiento que sólo muy latamente puede calificarse de potestativo, pues es un acto debido del deudor. Lo que sucede es que su incidencia desencadena en favor del vendedor las facultades del 1.124, sin que ello presuponga ejercicio de tal condición, pues éstas se cumplen o no pero no se ejercen. Por tanto, en el campo del Derecho civil puro parece claro que la conversión en evento técnicamente condicionante del impago no se produce en modo alguno.

Sin embargo, admite este autor, que en el campo registral sí es factible la conversión por imperativo del artículo 11 de la Ley Hipotecaria.

(23) Así P. BRUTAU (*Derecho General de obligaciones*, pág. 161), para quien la facultad resolutoria produce el efecto automático propio de la condición resolutoria.

(24) No hay que olvidar que si bien el origen remoto de la condición resolutoria implícita está en un momento tardío del Derecho romano, que introdujo para los contratos innominados la posibilidad de que el que incumplía su obligación reclamase la restitución de la cosa a través de la *conditio causa data causa non secuta*, pues, en un principio, había una desconexión entre las obligaciones derivadas de la compraventa: el vendedor sólo podía reclamar el pago del precio y el comprador la entrega de la cosa; más cercana y directamente está en el Derecho intermedio, y en el pacto comisorio mismo, que llegó a sobreentenderse en los contratos bilaterales, como sabemos.

(25) Como dice P. BRUTAU (*ob. cit.*, pág. 124) la condición sólo existe cuando los sujetos interesados la añaden a los elementos normales de la obligación. Y advierte que sería preferible que el lenguaje se ajustara a tal criterio para evitar la confusión que existe en el uso de la palabra condición que se emplea a veces para calificar una

hay que señalar que el condicionamiento recíproco, propio de las obligaciones bilaterales, nada tiene que ver con la condición en sentido técnico, que no está estructuralmente incrustada en la esencia del contrato, a diferencia de las facultades derivadas del mismo, y ello aunque las partes traten de reforzar mediante pacto añadido los efectos de dichas facultades, pues el pacto no puede desnaturalizar lo que es esencia (equilibrio de prestaciones) propia de los contratos sinalagmáticos.

Desde otro punto de vista, el apoyo de dicha tesis en el artículo 1.504 es bien débil ya que desde este precepto lo único que se deduce es que los contratantes pueden pactar la resolución de pleno derecho, pero ello no significa que sea consecuencia de su carácter condicional (aunque la condición produzca también tal efecto).

b) *La cláusula resolutoria como facultad*

Pese al impacto que la configuración del pacto comisorio como condición resolutoria ha tenido en la doctrina y en la jurisprudencia (26), la mayoría de los autores que se han ocupado monográficamente del tema critican tal configuración. Así IRURZUN niega que pueda haber condición

circunstancia de la que necesariamente dependen los efectos legales como es el caso de las obligaciones recíprocas. Sin embargo, el mismo autor, aplica el término condición cuando se refiere a la condición resolutoria expresa, es decir, cuando se eleva a tal el incumplimiento de la contraprestación, en cuyo caso dice, se producirá la resolución con los efectos automáticos propios de las verdaderas condiciones (*ob. cit.*, pág. 161).

ROCA SASTRE para salvar el obstáculo que suponen los artículos 1.115 y 1.256 del Código Civil a su tesis, acude a la relevancia que tiene la opción del vendedor, lo que impide que quede al arbitrio del deudor el cumplimiento de la prestación, y traslada el peso del juego condicional a la voluntad o arbitrio del vendedor, configurándolo como condición resolutoria potestativa del acreedor. Y cita a CASTÁN en apoyo de su tesis, autor éste que considera lícita y válida la obligación sujeta a condición potestativa del acreedor.

A mi juicio, hay que entender que la tesis de CASTÁN es aceptable siempre que el evento condicionante, dependiente de la voluntad del acreedor, no sea la misma facultad derivada de la obligación, pues en éste caso, no sería una condición propia.

(26) Sentencias de 3 de diciembre de 1956, 14 de junio de 1984, 4 de abril de 1990, entre otras; Resoluciones de 3 de junio de 1961, 13, 18 de junio y 27 de septiembre de 1962, 23 de diciembre de 1964, 11 de enero de 1964. El término *condición resolutoria* es el habitualmente empleado por el Tribunal Supremo y en la práctica contractual, incluso la notarial. Y es que, como dice, P. BRUTAU (*ob. cit.*, pág. 154) la palabra condicionar es la que expresa más claramente el efecto de que se trata, a pesar de que no exista ninguna condición en sentido propio.

Sin embargo, como veremos, la Dirección General de los Registros en sus últimas resoluciones, aunque utilice el término condición resolutoria, pone de relieve la conexión que la facultad resolutoria tiene con la causa del contrato.

resolutoria, porque el artículo 1.504 no lo permite al exigir que el vendedor impagado requiera de pago al comprador, lo que impide que las partes puedan pactar que el impago del precio aplazado resuelva la compraventa de pleno derecho. Los artículos 1.504 CC y 59 RH impiden este automatismo propio de toda condición resolutoria al exigir tal previo requerimiento. De ahí que no sea el impago la fuente directa de la resolución, sino que ésta arranca de la declaración unilateral del vendedor, que con ella ejercita su poder de resolución que el repetido pacto le atribuye. Se trata pues de un poder o derecho de resolución establecido por pacto y no una condición resolutoria. Es una forma de autotutela privada que tiene su fuente en el pacto añadido al contrato sinalagmático (27).

También RODRÍGUEZ ADRADOS señala que es difícil entender como condición propia el impago, que no es evento externo sino que está *in obligatione*, de manera que elevarlo a condición sería tanto como dejar el contrato al exclusivo arbitrio del comprador, cuando siempre, desde el Derecho Romano, ha sido el vendedor el que ha podido optar entre exigir el pago o ejercitar el pacto comisorio; esta opción suprime todo automatismo y nos aleja del mecanismo de la verdadera condición. Y más hoy, con el artículo 1.504 CC en que el impago es un elemento más del supuesto de hecho, que no produce por sí la resolución; es el requerimiento el que de manera inmedita la origina. Se trata para este autor de una cláusula resolutoria expresa y ocupa un lugar intermedio entre la verdadera condición resolutoria y la llamada condición resolutoria tácita (28).

En el mismo sentido la Resolución de 8 de enero de 1921 dice expresivamente que las estipulaciones contractuales relativas a prestaciones esenciales, como es la del precio en la compraventa, no producen los efectos de las condiciones propiamente dichas y si bien suelen denominarse así, deben ser relegadas al campo de las condiciones impuras y producir en cada caso los efectos que la Ley señala.

La doctrina italiana ha perfilado el alcance de la cláusula resolutoria con gran precisión, configurándola como un derecho potestativo a provocar la resolución. Como dice BARBERO, la voluntad de los contratantes se dirige a eliminar la intervención judicial, es decir, a que se produzca la resolución de pleno derecho o automáticamente, y que la estipulación de la cláusula no es más que el presupuesto de la eficacia inmediata de la declaración de valerse de ella. El incumplimiento, que como tal, debería ser el evento puesto en condición no explica por sí sólo el efecto resolutorio, que está ligado a la declaración, que constituye la "sentencia" pero no

(27) *Ob. cit.*, págs. 1 y ss.

(28) *Ob. cit.*, págs. 58 y ss.

condición: es más un requisito legal, *conditio iuris*, de la eficacia de la cláusula (29).

En la doctrina española se puede decir que es ésta hoy la tesis predominante (30).

Por su parte el Tribunal Supremo en alguna sentencia, como la de 5 de noviembre de 1979 se hace eco de la misma y califica el pacto comisorio expreso como derecho potestativo actuado por el vendedor para resolver el contrato como garantía convenida del aplazamiento del precio.

Sin embargo, los autores, por lo general, quizás porque han puesto su atención y punto de mira en el automatismo y eficacia del pacto, ya lo configuren como condición resolutoria ya como potestad independiente, no han calado a mi juicio suficientemente en la esencia de la cláusula resolutoria. Y por eso les produce cierta perplejidad la aplicación conjunta que el Tribunal Supremo hace de los artículos 1.124 y 1.504, que considera complementarios, en la mayoría de los casos.

c) *La cláusula resolutoria como pacto de reforzamiento de la facultad resolutoria genérica de las obligaciones recíprocas*

1. Ya he dicho anteriormente que el *impago* no puede equipararse al evento propio de la condición, objetivo, fatal y distanciado de la propia estructura del contrato. El impago es incumplimiento de la principal obli-

(29) *Sistema istituzionale del Diritto privato italiano*, 1958, pág. 488.

También NATOLI —citado por R. ADRADOS— que la califica como derecho potestativo a provocar la resolución Y MOSCO para quien el incumplimiento no es más que el presupuesto necesario para que la declaración de voluntad del acreedor produzca su efecto resolutorio.

(30) Así BALERIOLA (*ob. cit.*, págs. 292 y ss.) que la configura como una potestad resolutoria, pero se plantea además para una mejor definición y comprensión si es un auténtico derecho subjetivo o mera facultad, concluyendo que se trata de una *potestad* que es algo más que una facultad y algo menos que un auténtico derecho subjetivo, potestad que goza de una especial régimen, de una cierta apariencia de autonomía, así como de accesoriedad al crédito, y que tiene su fundamento en la causa del negocio y pone de manifiesto la frustración del fin negocial, y que con pacto expreso o sin él, es pura consecuencia del sinalagma genético y funcional. Y rechaza su transmisibilidad autónoma o accesoria del crédito, y acepta como vía segura completa la cesión unitaria y global del contrato, que explica el complejo juego de obligaciones restitutorias y liquidatorias que se derivan de la resolución.

Por su parte, A. VIGARAY, *ob. cit.*, pág. 90, considera que según la Sentencia de 16 de noviembre de 1956 la estipulación del pacto comisorio en el contrato conforma cuando menos el régimen de resolución del artículo 1.124 y, por lo general, refuerza todos los efectos de la resolución de dicho artículo, produciendo consecuencias especiales más enérgicas que las contenidas en esta norma. Y que la consideración de que el pacto

gación del comprador, por lo que está estructural y funcionalmente conectado con la obligación del vendedor, de manera que cuando se produce no puede desligarse, aislarse del esquema sinalagmático que preside el contrato de compraventa, y sus efectos nunca podrán ser *per se* los mismos que los que produce el cumplimiento del evento determinante de una condición (objetividad y automatismo absolutos), como claramente matizó la ya citada Resolución de 8 de enero de 1921.

De ahí que ya en Derecho Romano la cláusula comisoria quedaba paralizada cuando el comprador no pudo ofrecer el precio por causa del vendedor, o cuando éste se negaba a aceptarlo. Y en el Derecho intermedio era necesario el requerimiento o puesta en mora del comprador, exigencia que pasó al Derecho francés, eliminando el principio romano *dies interpellat*.

Por esto los artículos 1.504 CC y 59 RH imponen al vendedor el requisito del requerimiento, para que pueda constatarse claramente, como veremos, la imputabilidad del incumplimiento, así como la comunicación al comprador de la opción que ha tomado por la resolución, pues no sería ni lógico ni justo que ésta se produjera por el impago del precio sin más, pues como se ha visto, tal resolución se configuró siempre como una opción del vendedor, que lógicamente hay que notificar, lo que se aviene mal con una construcción de la cláusula resolutoria como condición.

Para salvar el escollo ROCA SASTRE acude a la condición potestativa del acreedor, lo que no deja de ser un subterfugio para convertir el impago en elemento determinante, pero de segundo grado, subordinado a la elección del vendedor o lo que es lo mismo; traslada el peso de la condición a la determinación resolutoria, si bien sobre la base y fundamento del hecho nuevo y sobrevenido, que es el impago. Lo que implica un reconocimiento de que es aquella facultad u opción la que posee la fuerza resolutoria.

Justo es reconocer que el término condición resolutoria ha triunfado en la jurisprudencia y en la práctica contractual y notarial, quizás por ser más expresivo, y por la carga intencional que en él subyace con el fin de conseguir los efectos automáticos y más drásticos, que a la condición son naturales.

Pero, como veremos, el fundamento de la facultad resolutoria no puede estar en una condición o evento añadido, sino en el sinalagma funcional,

comisorio expreso no es una verdadera condición resolutoria sino un pacto de resolución es cosa admitida hoy por la generalidad de la doctrina.

También R. GARCÍA (*La condición resolutoria, medio de garantía de las ventas de inmuebles a plazos*, pág. 150), que acepta expresamente la tesis de IRURZUN.

Y BADENES (*ob. cit.*, pág. 856) recoge la definición de este último autor.

lo que explica entre otras consecuencias la dependencia del ejercicio resolutorio del cumplimiento por parte del vendedor de sus propias obligaciones, dependencia reconocida incluso por autores que siguen la tesis de la condición resolutoria.

2. Más exactamente se aproximan a mi juicio, a la esencia del pacto comisorio los autores que la configuran como derecho potestativo a provocar la resolución, siendo el impago simplemente presupuesto necesario para que aquel derecho pueda actuarse. Pacto que sustituye o previene la valoración judicial que es excluida por las partes en forma negocial.

Sin embargo, la aceptación sin más de este perfil no comprende toda la esencia y mecanismo funcional del pacto comisorio, pues alejan la resolución del sinalagma que es, como veremos, su fundamento.

Ambas construcciones doctrinales, la de la condición resolutoria y la de la cláusula o pacto añadido independiente, potencian excesivamente su autonomía y automatismo y se distancian del fondo o esencia del mecanismo resolutorio.

En este sentido conviene resaltar que los autores que con más fuerza han defendido tanto la tesis de la condición como la del derecho potestativo no incluyen dentro de los requisitos necesarios para el ejercicio de la facultad resolutoria el cumplimiento por parte del vendedor de sus propias obligaciones (31).

3. *A mi juicio, para llegar al meollo del pacto comisorio hay que conectarlo con la facultad resolutoria que aparece legalmente consolidada como potestad naturalmente ínsita en los contratos que generan obligaciones recíprocas.* El sinalagma funcional impone una protección al que ha cumplido su prestación, que consiste en un poder optar por insistir en el cumplimiento o de considerar que la relación obligacional inicial ha

(31) Así ROCA SASTRE (*ob. cit.*, págs. 758 y ss.) y CAMY (*ob. cit.*, págs. 715 y ss.) al estudiar los requisitos para el ejercicio de la condición resolutoria, omiten tanto el cumplimiento por el vendedor de sus obligaciones, como que el retraso sea injustificado.

También los autores que inicialmente han seguido la tesis del derecho potestativo eluden dicho requisito y se acogen a la escasa jurisprudencia del Tribunal Supremo que destaca las diferencias y la independencia entre los artículos 1.124 y 1.504. Así RODRÍGUEZ ADRADOS (*ob. cit.*, págs. 61 y ss.), y BADENES (*ob. cit.*, págs. 863 y ss.).

Pero es preciso reconocer que en trabajos más recientes, tanto los autores que siguen esta tesis, como los que la consideran condición, aceptan como requisito necesario para la resolución el cumplimiento por parte del vendedor de sus obligaciones. Así entre los primeros, BALERIOLA (*ob. cit.*, pág. 311) y entre los segundos G. CANTERO (*ob. cit.*, pág. 433) y MULLERAT (*ob. cit.*, pág. 515) para quien es preciso, para que opere la eficacia resolutoria con el automatismo que impida al juez conceder nuevo plazo, que el vendedor no se halle en mora, exigencia que se deriva del principio de que ningún obligado es moroso si el acreedor no cumple sus propias obligaciones, que se asienta en el último párrafo del artículo 1.100.

desaparecido, pues la prestación que él ha realizado ha quedado sin causa que la justifique (32).

La cláusula resolutoria lo más que hace es reforzar la facultad resolutoria genérica propia de las obligaciones recíprocas, que nuestro Código Civil acoge en el artículo 1.124 para cuando uno de los obligados no cumple su obligación; de manera que aquélla resulta modalizada o matizada, en sentido de reforzada en sus efectos como consecuencia del pacto comisorio añadido.

La misma redacción del artículo 1.504, en el que, como hemos visto, se alude al pacto de resolución de pleno derecho, como una incidencia del supuesto general, para anudar a ambos (facultad resolutoria implícita y pacto comisorio) la exigencia de requerimiento, es *reveladora* de que el automatismo que se ha venido predicando del pacto comisorio, no es, como veremos, una consecuencia fatal del cumplimiento de una condición (impago del precio), ni de una potestad autónoma con plenitud de efectos resolutorios en base a la autonomía de la voluntad, sino de un pacto de reforzamiento de aquella facultad genérica (estipulación de resolución de pleno derecho), tal como dice el 1.504 (que da el mismo tratamiento a ambos supuestos: a la facultad resolutoria genérica y al pacto comisorio). Y por ello tendrá siempre el freno y límites derivados del sinalagma funcional del que no deja de ser un resorte o mecanismo de aplicación del mismo. La resolución, pues, no se produce de pleno derecho, aunque se pacte, sino después del requerimiento (art. 1.504) (primer límite al automatismo). Tampoco se produce la resolución si el vendedor ha incumplido a su vez su obligación principal (límite derivado del carácter sinalagmático del contrato, al que hay que referir necesariamente la facultad resolutoria). Y por último tampoco procede la resolución cuando el impago del comprador constituye una incidencia mínima y desproporcionada con los efectos destructivos y aniquiladores de la facultad resolutoria (límite deri-

(32) P. BRUTAU (*ob cit.*, pág. 155) refiriéndose a la condición resolutoria tácita señala que en el efecto condicionante de la reciprocidad no existe ninguna condición en sentido propio, ni tan siquiera una de las llamadas condiciones *iuris*. Lo que existe es el efecto condicionante que entre sí han de tener necesariamente las prestaciones esenciales y recíprocas de la relación obligatoria que se trate. La prestación del vendedor sólo estará justificada si se cumple la del comprador, lo que implica que en esta fase de cumplimiento la falta de correspondencia entre prestación y contraprestación debe proporcionar a la parte perjudicada la protección más enérgica posible.

LUIS SELVA, "La cláusula resolutoria ante la venta de inmuebles", en *Boletín Colegio de Registradores*, 1986, págs. 1927 y 1928, después de razonar que el pacto comisorio no es una condición resolutoria, señala que el artículo 1.504 es un precepto especial de preferente aplicación al artículo 1.124, que añade, si hay pacto, una excepción al principio de tutela judicial, pues la resolución, si no hay oposición, se produce entonces fuera del Juzgado.

vado de los principios de la buena fe y equidad que deben presidir el justo equilibrio de las prestaciones en las obligaciones recíprocas).

A mi entender en la *entraña* de la cláusula resolutoria, está la facultad que con carácter general establece el artículo 1.124, pero reforzada en un doble campo como ahora veremos, y referida y concretada a la compraventa de bienes inmuebles; y por tanto hunde sus raíces en la causa misma del contrato. Lo que explica claramente la razón de las múltiples sentencias del Tribunal Supremo que aplican conjuntamente los artículos 1.124 y 1.504.

Así lo entendió ya el propio Tribunal Supremo en Sentencia de 1 de mayo de 1946 cuando declaró que la facultad resolutoria genérica del artículo 1.124 se eleva de rango y categoría, convirtiéndola en resolución de pleno derecho, cuando los contratantes la recogen en un pacto perfectamente válido y de indudable licitud como lo es el establecido en la compraventa para el supuesto de que el comprador no abone el precio estipulado. Y en la Sentencia de 16 de noviembre de 1956 afirmó que cuando se añade el pacto a la facultad resolutoria del 1.124 puede la Ley dar un especial significado a la cláusula y atribuirle especiales consecuencias, además de las generales, concedidas por la misma.

Esta configuración del pacto comisorio explica las dos consecuencias fundamentales propias de su funcionamiento que son las siguientes:

1.^a Que al ser sustancialmente potestad derivada del sinalagma, tendrán, como ya hemos anticipado, su ejercicio, y concretamente, su automatismo los límites consustanciales a la bilateralidad o correspectividad de las prestaciones.

2.^a El reforzamiento que el pacto comisorio supone en relación con la natural facultad resolutoria del contrato de compraventa, se manifiesta a su vez en un doble campo:

a) En el de los *efectos que produce*, que tienen carácter real y *erga omnes*, de modo que cuando la misma se ejecuta, la venta y la transmisión resultan inoperantes y con carácter retroactivo (33). Así lo reconoce el

(33) En este sentido ROCA SASTRE (*ob. cit.*, págs. 164 y ss.), y R. ADRADOS (*ob. cit.*, págs. 61 y 94) para el que la condición resolutoria expresa del artículo 1.504 funciona como un derecho real de garantía del pago del precio aplazado, que produce efecto *erga omnes* y se ejerce directa e inmediatamente sobre la cosa cualquiera que sea su poseedor, de ahí, que como la hipoteca, tenga un rango registral, que en principio es negociable.

Conviene recordar lo afirmado por la Resolución de 17 de enero de 1933 en el sentido de que no surge aún la figura del derecho real, porque la cosa vendida no queda especialmente, ni de modo directo, afecta al pago del precio aplazado, ni aquella puede perseguirse contra cualquier tercer poseedor, si bien no es dable reconocer que el pacto

Tribunal Supremo, entre otras, en Sentencias de 7 de junio de 1986, 4 de febrero de 1988 y 7 de diciembre de 1990, en las que afirma el carácter real y destructivo de la resolución derivada del pacto comisorio, con carácter *ex tunc* y asimila sus efectos a los que produce la condición resolutoria cumplida (34).

Es claro que si el pacto resolutorio se inscribe en el Registro de la Propiedad, sea cual fuere la posición que se adopte acerca de su alcance en general, surtirá efectos en perjuicio de terceros tal como lo manda terminantemente el artículo 11 LH; y la reinscripción en favor del vendedor, que regula el artículo 59 RH, presupone la extinción de las cargas posteriores, cumpliéndose lo dispuesto en el artículo 175.6.º RH sobre consignación del precio entregado.

b) En el *rigor y relativo automatismo*, consecuencia de una *cierta objetivación*, que imprime al incumplimiento. Lo que provocará una mayor eficacia en la medida que será más fácil su ejercicio privado, como autotutela, y sin intervención judicial (35).

Automatismo que no deriva de la existencia de una condición, tal

comisorio ocasiona una acción que alcanza a todo tercero, por constar claramente en el Registro

(34) Es interesante la doctrina de la Sentencia de 7 de diciembre de 1990 que distingue por un lado la obligación contractual derivada de la resolución y, por el otro, la extracontractual derivada de la ocupación indebida, de donde se deduce una doble responsabilidad: la dimanante del impago, y la de la demora arbitraria en el desalojo de la casa, que se traduce en una posesión de mala fe, cuya sanción está en el artículo 455 del Código Civil

(35) Dentro del pacto comisorio es más reducido el ámbito de la intervención judicial frente al amplísimo que tiene respecto a la acción *ex l* 124 del Código Civil

Ya hemos visto la opinión de los autores acerca del automatismo del pacto comisorio y de la significación de la intervención judicial, que debe quedar limitada a una declaración de si está o no bien hecha la resolución practicada ya en virtud de la potestad resolutoria. BALERIOLA (*ob. cit.*, pág. 285) recoge en síntesis las principales diferencias entre la acción del 1.124 y el pacto comisorio así: a lo que tiende el pacto comisorio es a eliminar la intervención judicial, pues si el vendedor notifica al comprador su intención resolutoria al amparo del pacto comisorio *ex artículo* 1.504 y el comprador no acepta la resolución y opone alguna excepción, y como consecuencia se llega a una intervención judicial, el Juzgado debe limitarse a determinar si se han cumplido o no los requisitos del 1.504, para caso afirmativo declara conforme a derecho la resolución notificada por el acreedor. Así lo declara, entre otras, la Sentencia del 3 de marzo de 1967, que considera que una vez practicado el requerimiento, éste determina la resolución sin admitir la apreciación de causas justificadas de incumplimiento.

En Sentencia de 14 de junio de 1988 afirmó por el contrato queda definitivamente resuelto por la declaración unilateral de voluntad contenida en el acta, no precisando para producir plenos efectos, de una declaración judicial previa. La facultad resolutoria puede ejercerse pues no sólo en vía judicial sino mediante declaración no sujeta a forma, a reserva de que sean los Tribunales quienes examinen y sancionen su procedencia cuando es impugnada, lo que supone que la decisión judicial no produce la resolución contractual, sino que proclama la procedencia de la ya operada.

como hemos visto ya (a pesar de que dicho efecto ha sido uno de los principales argumentos esgrimidos por los autores que defienden su carácter condicional) (36) ni de la virtualidad de una potestad resolutoria concebida autónomamente, sino del pacto añadido en tal sentido, que refuerza la facultad resolutoria, y que alcanza su mayor eficacia, si se inscribe en el Registro de la Propiedad.

Con la inscripción y a consecuencia del fin y funcionamiento del Registro que mira a la seguridad del tráfico por encima de consideraciones éticas o de equidad, ciertos frenos que, como veremos, relativizan el automatismo, no podrán ser tenidos en cuenta, sin perjuicio de la posterior corrección judicial, si procede.

En este sentido es importante destacar las consideraciones hechas en la Sentencia de 19 de junio de 1989 que distingue los *efectos sustantivos* del pacto comisorio, cuyo automatismo queda suspendido al permitirse el pago después del vencimiento hasta que se efectúe el requerimiento, pero siempre supeditado a que haya habido un craso incumplimiento o intención trasgresora; de los *efectos registrales* que se mueven en otro plano y que son los que se desprenden de los artículos 11 LH y 59 RH (automatismo registral), sin perjuicio de que los Tribunales decidan finalmente si la resolución está o no bien hecha, en todo caso.

De esta sentencia podría deducirse como luego veremos una diferenciación entre el automatismo en el plano sustantivo (sujeto a una cierta relativización) y registral (más expeditivo y riguroso).

Pero la facultad resolutoria, por mucho que se refuerce por pacto, incluso si el pacto se inscribió en el Registro y se le inyecta la fuerza que

(36) Hasta tal punto que un autor como P. BRUTAU, después de criticar aunque no con excesiva fuerza, la configuración del pacto comisorio como condición resolutoria, afirma tajantemente que los efectos que produce son los propios de las verdaderas condiciones (*ob. cit.*, pág. 161).

Hay que reconocer aquí, que el Tribunal Supremo a veces, para aplicar rígidamente el artículo 1.504 sostiene que si hay pacto comisorio no es procedente aplicar el 1.124, pues en tal caso su reglamentación no entra en juego, pues entonces la cláusula que regula el ejercicio de la resolución dispone que el incumplimiento de la prestación funcione como *condición resolutoria*, y la resolución se produce *automáticamente* y no por la facultad de resolver que otorga el 1.124 (Sentencia de 4 abril 1990, que cita las de 23 noviembre 1964, 8 mayo 1965, 24 febrero 1966 y 30 marzo 1976). Y añade dicha Sentencia de 4 de abril de 1990 que la resolución puede ejercitarse ya en vía judicial o fuera de ella, a reserva de que si se impugna la declaración de resolución por la otra parte, quede sometida al examen y sanción de los Tribunales que declararán si es o no ajustada a derecho, pues los efectos de la resolución han de ser instados y obtenidos por la vía judicial, pero la resolución del contrato es acto del contratante que considera incumplido el mismo por el otro y puede solicitarse mediante voluntad unilateral de quien ha cumplido, siendo la resolución que la acoge programación simple de la resolución ya operada. También en este último sentido, la Sentencia de 14 de junio de 1988 (referida en nota 35), pese que en este caso se trataba de facultad resolutoria *ex* 1.124.

el mecanismo registral supone, nunca podrá saltar las consecuencias esenciales a la estructura o mecanismo de funcionamiento de las obligaciones recíprocas, en las que una es causa de la otra. Lo que impedirá que eludiendo o desconociendo tal esquema, que constituye médula del contrato, pueda potenciarse al máximo la autonomía de la voluntad por encima de lo que constituye estructura causal básica del mismo.

Precisamente en el alcance de esta objetivación del incumplimiento que pueda conseguirse a través del pacto añadido sin romper el equilibrio que la causa presupone, radica la cuestión *medular* determinante de la fuerza que el pacto comisorio tendrá en definitiva como medio de garantía.

Para su estudio distinguiré los distintos frenos o límites que se derivan del sinalagma funcional y en qué medida pueden ser neutralizados por el reforzamiento que supone el pacto comisorio. Concretamente: 1) Facultad de suspender el pago por el comprador en base al 1.502 CC. 2) Exigencia de que el vendedor cumpla sus obligaciones. 3) Impago imputable al comprador.

Veamos cada uno de ellos y la influencia que el pacto comisorio puede ejercer sobre los mismos.

1) *La facultad de suspender el pago del precio establecido en el artículo 1.502 CC y su incidencia en la fuerza del pacto resolutorio.*

Dispone este artículo que si el comprador fuere perturbado en la posesión o dominio de la cosa adquirida, o tuviere fundado temor de serlo por una acción reivindicatoria o hipotecaria *podrá suspender el pago del precio* hasta que el vendedor haya hecho cesar la perturbación o el peligro.

En principio, si se dan los presupuestos de dicha norma, la facultad resolutoria del vendedor queda paralizada, incluso si existe pacto comisorio, como veremos, pues el comprador tiene la protección que le dispensa el artículo 1.502 (37). Lo que ha sido confirmado por el Tribunal Supremo entre otras en Sentencias de 30 de marzo y 22 de mayo de 1990.

(37) En este punto conviene recordar el criterio restrictivo con que la doctrina y la jurisprudencia interpretan los presupuestos de dicho precepto. Sólo el temor fundado en el futuro ejercicio de una acción reivindicatoria o hipotecaria puede autorizar al comprador la suspensión, sin que sea bastante la suspicacia de un comprador desconfiado o pesimista, ni debe servir de pretexto para abusos maliciosos y resistencias injustificadas (Sentencias de 25 junio 1964 y 30 octubre 1965). Habiendo declarado además el Tribunal Supremo que no procede invocar el artículo 1.502 ante la amenaza de una acción de exceso de cabida (Sentencia de 20 diciembre 1898). Ni por el hecho de no estar inscrita la finca en el Registro (Sentencia de 11 octubre 1974). En cambio consideró fundada la suspensión por no haberse subsanado los defectos de titulación y la falta de linderos de la finca (Sentencia de 8 julio 1903) y por haberse trabado embargos sobre las fincas (Sentencia de 22 mayo 1990).

En la de 30 de marzo de 1990 denegó la resolución ejercitada en virtud de pacto comisorio por considerar aplicable el artículo 1.502, pues se había vendido como libre la finca y estaba gravada con hipoteca pese a que el préstamo garantizado estaba pagado (38). Y en Sentencia de 22 de mayo de 1990 no admitió tampoco la resolución pues el vendedor había incumplido, al hipotecar la finca después de vendida sin la previa notificación convenida, y además se habían trabado sobre ella diversos embargos (39).

Ahora bien, *el artículo 1.502 permite que se pacte que "no obstante*

La doctrina considera que cuando la suspensión se funda en la perturbación real y efectiva puede tener su causa en otra acción distinta de las referidas en el 1502, como la de nulidad o resolución de un acto anterior e incluso en los interdictos de retener y recobrar la posesión. Así BADENES (*ob. cit.*, pág. 839) y GARCÍA CANTERO (*ob. cit.*, pág. 416).

(38) El comprador una vez conocida la cancelación consignó el precio pero el vendedor no la admitió, y el Tribunal Supremo consideró que la carta de pago no afecta al comprador que no tiene por qué conocerla.

Es también interesante lo afirmado por el Tribunal Supremo en Sentencia de 25 de junio de 1964 en el sentido de que la decisión de suspender el pago del precio debe ser notificada al vendedor pues ni puede ser indefinida, ni puede subsistir cuando el vendedor afianza la devolución del precio. Lo que supone un recorte en el ejercicio de dicha facultad para evitar que se utilice abusivamente.

(39) En dicha sentencia el Tribunal Supremo consideró que el artículo 1.502 se puede extender no sólo al ejercicio de la acción reivindicatoria e hipotecaria, sino que se puede justificar cierto retraso en los pagos cuando existe en potencia un peligro perturbativo en relación con la propiedad pacífica de la cosa, como pueden ser los embargos, que justifican el retraso, no sólo por el artículo 1.502, sino por el artículo 1.124, pues se pactó la entrega libre de cargas.

También en Sentencia de 13 de marzo de 1986 se denegó la resolución, pues el piso vendido estaba gravado con una hipoteca a pesar de que se vendió como libre. En el caso confluía también la falta de titulación suficiente necesaria para obtener un crédito hipotecario, previsto en el contrato para pagar el precio aplazado.

En cambio, en Sentencia de 17 de abril de 1989 no admitió la alegación del comprador para paralizar la resolución, a pesar de que la finca se había vendido como libre, pero tenía conocimiento de la existencia de la hipoteca y lo consideró negligente por no haber comprobado la extensión de la misma examinando el Registro de la Propiedad.

En Sentencia de 28 de abril de 1989 tampoco admitió la suspensión del pago al amparo del 1.502 del Código Civil. Se había alegado la existencia de un préstamo que gravaba la nave vendida y la existencia de una acción reivindicatoria, pero se probó que el préstamo no era hipotecario y que la acción se refería a un trozo de 68 metros cuadrados de terreno de paso, y no afectaba a la sustancia de lo vendido. Volvió a declarar que el 1.502 debe interpretarse restrictivamente.

Y en Sentencia de 7 de diciembre de 1989 igualmente consideró insuficiente la alegación del comprador de que el inmueble estaba pendiente de inscripción en el Registro y que no se habían satisfecho las cargas fiscales, ya que el vendedor no había dificultado la inscripción, y el incumplimiento de obligaciones fiscales no altera ni limita los efectos del contrato en los aspectos civiles.

En Sentencia de 5 de noviembre de 1987 declaró que el supuesto de defectos de construcción no es posible comprenderlo en el 1.502.

cualquier contingencia de aquella clase el comprador estará obligado a verificar el pago”.

De esta manera, con una estipulación en tal sentido, el comprador no podría paralizar el juego de la cláusula resolutoria y ampararse para eludirla en el artículo 1.502 (40).

Pero aunque la validez de un pacto concebido en tales términos no debe plantear dudas inicialmente, pues la redacción del artículo es clara y tajante, en la medida que afecta al núcleo medular del contrato que es sinalagma funcional o equilibrio de prestaciones, pudiera plantear problemas su alcance e incluso la consideración de posibles límites sobre todo en un momento como el actual en el que las circunstancias económicas y sociales son muy diferentes y distantes de aquellas que conformaron la base del precepto.

En efecto, ya no se trata de ventas que tratándose de inmuebles se realizaban en pie de igualdad y con carácter excepcional (la venta de la casa o finca era un acto fundamental para el vendedor que se desprendía de un bien a veces vinculado a su familia, quizás de siglos, y para el cual probablemente era vital, y también para el comprador que invertía a lo mejor todos sus ahorros, conseguidos con el esfuerzo de toda su vida).

Muy distintas son las circunstancias actuales, que perfilan una sociedad mercantilizada, con una desvalorización de los bienes inmuebles como elementos de arraigo y poder. E incluso los mismos movimientos de la población, que no está apegada permanentemente a un pueblo, facilitan que al cambio de vivienda o de finca, en general, se le dé mucha menor importancia, y que tales bienes se conviertan en un elemento más en el proceso de intercambio.

Por otra parte, la igualdad de los contratantes se ve aminorada en las llamadas compras sobre plano y sobre todo por las necesidades acuciantes en materia de vivienda. De ahí que cualquier pacto que desequilibre jurídicamente la igualdad haya de admitirse con muchas cautelas o reservas.

Hecha esta reflexión previa trataré de resolver aquí las dos cuestiones siguientes:

a) ¿Puede entenderse que el pacto comisorio supone una exclusión tácita de la facultad *ex* artículo 1.502?

A mi juicio es dudoso que se pueda excluir tácitamente una facultad, como es la del artículo referido, cuyo fundamento está en la equidad y en

(40) Sobre la licitud del pacto referido y en general de la cláusula *solve et repete*, ver BADENES (*ob. cit.*, págs. 847 y ss.), quien sostiene su eficacia sólo cuando se trata de un incumplimiento parcial, pues si el vendedor incumple totalmente, la admisión de tal pacto sería tanto como imponer la ejecución de una obligación *sine causa*

la misma estructura causal del contrato de compraventa. Pero lo que desde luego me parece claro es que dicha exclusión no puede deducirse del simple pacto de *Lex commissoria* pues en él, lo que se establece, es el reforzamiento de la resolución *para caso de impago* muy concretamente y sin más. Y, por tanto, con el mismo fundamento en el sinalagma funcional y en la corresponsividad, que es a su vez, como hemos visto el del 1.502, y no parece que pueda neutralizarse tácitamente en principio (41).

b) Pero ¿podrá, entonces, mediante pacto expreso excluir el vendedor la facultad *ex* 1.502 incluso en los casos de ventas en las que las partes tienen una posición desigual, y en especial en aquéllas a las que afecta la legislación de defensa del consumidor?

Las modernas legislaciones, y la nuestra también, son sensibles a la protección de la parte que se considera más débil. Y así la Ley de 19 de julio de 1984 que desarrolla el mandato constitucional establecido en el artículo 51.1 y 2 y 53.3 de la Constitución, que eleva la defensa de los consumidores a principio general e informador del ordenamiento jurídico, *dispone* en su artículo 10.1 que "*las cláusulas, condiciones o estipulaciones que con carácter general, se apliquen a la venta de productos deberán cumplir los siguientes requisitos: c) buena fe y justo equilibrio de las contraprestaciones, lo que entre otras cosas excluye: 3.º las cláusulas abusivas, entendiendo por tales las que comporten en el contrato una posición de desequilibrio entre los derechos y las obligaciones de las partes en perjuicio de los consumidores.*

Y el artículo 10.4 sanciona con la nulidad de pleno derecho, considerando como no puestas, las estipulaciones que incumplan los anteriores requisitos. Y cuando las cláusulas subsistentes determinen una situación no equitativa de la posición de las partes en la relación contractual, será ineficaz el contrato mismo.

Y el Real Decreto de 21 de abril de 1989 que desarrolla la Ley en relación con la vivienda (considerada como uno de los productos de uso ordinario y generalizado), en su artículo 10 establece que los documentos contractuales de compraventa de viviendas deberán responder a los principios de buena fe y al justo equilibrio de las contraprestaciones.

En este marco, ¿es válida la estipulación que elimine la facultad de suspender el pago del precio en el supuesto del 1.502?

La doctrina y la jurisprudencia están de acuerdo en señalar que el fundamento de este precepto está en el carácter bilateral del contrato de

(41) Admite el pacto tácito en contra GARCÍA CANTERO (*ob. cit.*, pág. 419), quien cita en favor de su tesis a SCAEVOLA y, en contra, a MANRESA

compraventa, y que constituye una aplicación de la *exceptio non adimpleti contractus* (42).

Si éste es el fundamento de la facultad concedida por el artículo 1.502, su eliminación por pacto, supondría un desequilibrio contractual en beneficio del vendedor, y en la medida en que éste sea un empresario que se dedique a la venta de viviendas, entrarán en juego las normas prohibitivas antes señaladas pues un pacto que elimine tal facultad afecta evidentemente el equilibrio de las prestaciones en perjuicio del consumidor, sin que éste pueda renunciar válidamente a sus derechos, pues, a ello se opone el artículo 2.3 de la Ley de 19 de julio de 1984.

Por lo tanto, y en lo que se refiere a viviendas especialmente y en general a inmuebles adquiridos por quien tenga el carácter de consumidor con arreglo a dicha Ley, hay que concluir que no puede reforzarse el automatismo de la cláusula resolutoria por vía de un pacto de exclusión del derecho de suspender el pago del precio *ex* artículo 1.502 CC, y mucho menos entender dicho pacto implícito y válido en el pacto comisorio (43).

2) *Otra de las consecuencias fundamentales del sinalagma que caracteriza a la compraventa es que la facultad resolutoria del artículo 1.124 queda paralizada cuando por su parte el vendedor no ha cumplido su obligación.* No resultaría justo que se exigiera del comprador una pulcritud y diligencia que el vendedor no ha tenido, si se aplica todo el rigor de una resolución automática y sin más miramientos.

Por lo tanto en la medida —tal como vengo sosteniendo en este trabajo— que la cláusula resolutoria es una cualificación de la facultad genérica del 1.124, que a su vez enraiza con la causa de la compraventa, es lógico sostener que tampoco puede ejercitarse con éxito la cláusula resolutoria expresa si el vendedor no ha cumplido sus obligaciones principales.

La mayoría de los autores, incluso los que critican la aplicación al 1.504 de la doctrina elaborada por el Tribunal Supremo para el 1.124, en lo que se refiere a exigencia de imputabilidad y conducta culposa del comprador, admiten sin discusión, como presupuesto lógico y previo para

(42) Así CASTÁN (*Derecho civil*, t. 4, pág. 193). P. BRUTAU (*ob. cit.*, pág. 203) BADENES (*ob. cit.*, pág. 841) GARCÍA CANTERO (*ob. cit.*, pág. 418), quien añade el fundamento de equidad en el caso de que se base en el temor de perturbación. Y el Tribunal Supremo en Sentencias de 25 de junio de 1964 y 8 de mayo de 1965.

(43) Ya veremos luego como la limitación de los efectos automáticos del pacto comisorio se aplicó por la jurisprudencia del Tribunal Supremo principalmente en el caso de adquisición de viviendas, antes de que la Constitución proclamase el derecho básico de los consumidores. Como dice R. GARCÍA (*ob. cit.*, pág. 156) el fundamento en que el Tribunal Supremo se basa para no conceder automatismo resolutorio al 1.504 parece ser implícitamente un problema de vivienda.

el ejercicio del pacto comisorio, el cumplimiento del vendedor (44). Y esta es la tesis mantenida de modo reiterado y sin excepción por el propio Tribunal Supremo (45).

Desde el año 1.985 hasta hoy en todas las sentencias en las que se alega incumplimiento del vendedor se hace la declaración de carácter general de que la acción resolutoria ha de estar apoyada en un previo acatamiento y observancia de cuanto al vendedor le incumbe por el sinalagma funcional (entre otras, Sentencia de 2 febrero 1990), y que no cabe aislar el artículo 1.504 del 1.124, que se complementan (entre otras, Sentencia de 26 octubre 1987) (46).

Sin embargo, el problema se plantea a la hora de decidir qué tipo de incumplimiento neutraliza el pacto comisorio.

El Tribunal Supremo ha señalado que basta que el vendedor haya cumplido sus obligaciones básicas, y que no importa que haya incumplido *alguna accesoria o haya incurrido en incumplimiento de extremos circunstanciales e intrascendentes* (Sentencias de 8 mayo 1965, 18 noviembre 1970, 27 diciembre 1971 y 26 junio 1985).

Y se destacan tres tipos de incumplimiento del vendedor que paralizan la resolución, y son las siguientes:

a) *Obligación de entrega*. Se ha considerado cumplida la obligación de entregar la cosa con la entrega material de la misma y también con la mera disposición a verificarla y disponibilidad a otorgar escritura pública aunque ésta no sea accesible al Registro (Sentencia de 19 mayo 1988).

Pero denegó la resolución en los siguientes supuestos: 1) Cuando el piso vivienda no tenía las condiciones de habitabilidad racionalmente confortables (se trataba de humedades que persistieron a pesar de los arreglos), que equivalen a un pleno incumplimiento, o falta de entrega o entrega de cosa distinta (Sentencia de 26 octubre 1987) (47).

(44) Así BALERIOLA (*ob. cit.*, pág. 311) que lo considera mecanismo propio de la resolución de las obligaciones en general. MULLERAT (*ob. cit.*, pág. 515) dice. Para que el automatismo propio de la facultad resolutoria opere con eficacia se precisa que el vendedor a su vez no se halle en mora y tenga cumplidas puntualmente la totalidad de las obligaciones que hubiere asumido en el contrato. Y GARCÍA CANTERO (*ob. cit.*, pág. 432).

(45) R. GARCÍA cita (*ob. cit.*, pág. 295) cuarenta y ocho sentencias del Tribunal Supremo desde 28 de junio de 1883 a 17 de septiembre de 1985, en tal sentido.

Como señala la Sentencia de 20 de junio de 1990, el éxito de la acción resolutoria depende de que el que la ejercite haya cumplido su obligación salvo que hubiera ocurrido como consecuencia del incumplimiento anterior del otro, si bien entonces, el *quid* está en determinar quién incumple primero.

(46) Ver nota 59.

(47) Por tanto —dice la sentencia—, no se trata de entrega con vicios ocultos cuando ha existido pleno incumplimiento por inhabilidad del objeto o insatisfacción

Sin embargo, en reiteradas sentencias matizó el Tribunal Supremo que los defectos sin entidad suficiente, no impiden la resolución y suponen una mera ejecución defectuosa de la prestación debida por no demostrarse que provocaban la inhabilitabilidad del edificio ni que imposibilitaban obtener de él la utilidad que le es propia (Sentencia de 22 octubre 1987) (48). En Sentencia de 26 de enero de 1987 el Tribunal Supremo no admitió la alegación del comprador (graves defectos de construcción), pues recibió la cosa sin protesta alguna y dejó transcurrir el tiempo e incluso realizó obras sin dirigir al vendedor queja alguna y consideró que el importe de los trabajos de reparación realizados (ascendían a 399.150 pts.) no suponían una parte importante en relación con el precio impagado (1.800.000).

2) También denegó la resolución en Sentencia de 2 de febrero de 1990 porque la extensión de la finca era inferior a la pactada. (Se trataba de VPO y se había fijado además un precio superior al legal). Sin que admitiese que tales anomalías quedaban compensadas por conocerlas la compradora y no haber hecho reserva o protesta alguna, frente a lo que sobresale sus permanentes reclamaciones.

Y cuando no entregó el local en el plazo señalado, pese a tenerlo terminado y haber abonado el comprador una parte importante del precio y haber aceptado letras por el resto (Sentencia de 29 febrero 1988).

3) Tampoco se cumple la obligación de entrega cuando los compradores no tienen la posesión pacífica, que estaba sometida a controversia, al no ajustarse lo construido a las normas urbanísticas, siendo ilegal la construcción lo que podría provocar la pérdida de la cosa dada la posibilidad de demolición (Sentencia de 17 junio 1988) (49).

total del comprador en razón de la naturaleza, funcionalidad y destino de la cosa comprada. Se trata de falta de entrega o entrega de cosa distinta.

(48) En el mismo sentido la Sentencia de 5 de noviembre de 1987 (se trataba de humedades en el cuarto de baño y grifos con ruidos, cuya reparación se valoró en 120.000 pesetas y que consideró de escasa importancia).

En Sentencia de 6 de noviembre de 1987 se alegó la deficiente calidad de los mármoles, madera y decoración, por importe de 150 000 pesetas, que consideró sin importancia e insuficiente para paralizar la resolución, declarando que el leve incumplimiento del vendedor que entre la cosa con pequeñas deficiencias no le convierte en incumplidor, y menos cuando la compradora nunca había hecho reclamación alguna antes del proceso, y que el comprador podía haber alegado una posible rebaja pero no el total impago (el precio era de 10 000.000 de pesetas).

Y en Sentencia de 7 de noviembre de 1988 declaró que no basta que no se ajuste a las condiciones de oferta basada en la publicidad sin perjuicio de que ésta forma parte esencial de la oferta, como proclama el artículo 8 de la Ley 26/84, y origina responsabilidad en el oferente, si bien en el caso debatido no se demostró el incumplimiento del constructor.

(49) La Sentencia de 30 de mayo de 1990 denegó también la resolución por considerar incumplida la obligación de entrega, cuando la urbanizadora no cumplió su

b) *Obligación de proporcionar la titulación por el vendedor.* La doctrina del Tribunal Supremo se puede sintetizar así:

1) La regla general es que la falta de escritura no excusa el deber de pagar (no paraliza la resolución), pues su falta sólo entraña incumplimiento cuando su otorgamiento es exigencia contractual a la que se subordina el pago (Sentencia de 20 diciembre 1989) (50). Y que el vendedor cumplió a pesar de faltar la titulación suficiente para la inscripción y de lo establecido en la Ley 490 de la Compilación Navarra, pues el estado de indocumentación era sabido por los compradores (Sentencia de 7 mayo 1987) (51).

2) En cambio no admitió la resolución por considerar que el vendedor que no otorgó escritura había incumplido su obligación, en Sentencia de 15 de noviembre de 1989, pues se había pactado que la entrega del precio se haría simultáneamente al otorgamiento de la escritura. Y también cuando el otorgamiento de la escritura tiene especial trascendencia por haberse pactado que para el abono del resto del precio se intentaría la concesión de un préstamo hipotecario, que sin la escritura no se podía obtener (Sentencias de 14 julio 1988, 18 abril 1989 y 9 mayo 1990) (52).

obligación de urbanizar en el plazo señalado por la Comisión Provincial de Urbanismo, lo que impidió realizar sobre la parcela comprada la edificación.

(50) El otorgamiento de la escritura no tiene el carácter de obligación esencial sobre todo si así no se desprende de lo pactado, pues hay razones que justifican el no otorgamiento por el vendedor sin que por ello exista un propio incumplimiento (Sentencia de 28 de abril de 1989) (en el caso debatido parecía razonable que el vendedor no otorgase escritura mientras no se abonase el precio vencido y no pagado)

En Sentencia de 21 de febrero de 1986 no consideró suficiente para denegar la resolución la falta de titularidad registral de la finca

Sin embargo, en la Sentencia de 7 de mayo de 1986 consideró justificado el impago, cuando el comprador no se niega, sino que supedita el pago al previo cumplimiento de otorgamiento de escritura. (Pero en el caso no fue ésta la razón decisiva para denegar la resolución, pues el vendedor había incumplido la obligación de sustituir una letra de cambio por varias habiéndose negado a devolver la letra sustituida).

(51) En Sentencia de 26 de noviembre de 1987 no consideró incumplida la obligación del vendedor que no había otorgado escritura pública que hiciera posible la inscripción y titularidad administrativa, pues se había supeditado el otorgamiento al pago del precio (a pesar de haberse alegado que la inscripción era necesaria para obtener la autorización administrativa para abrir un hotel). Y en Sentencia de 26 de junio de 1990 tampoco consideró incumplida la obligación del vendedor que no otorgó escritura pues es cierto que se había pactado que el vendedor facilitaría la escrituración para que pudiese el comprador obtener un crédito hipotecario, pero siempre y cuando se pagase simultáneamente al otorgamiento de la escritura.

(52) También se consideró incumplida la obligación del vendedor por no haberse otorgado la escritura por ambos cónyuges, no habiéndose justificado el título de la propiedad antes de pagar (Sentencia de 23 enero 1986) En tal caso no puede apreciarse en el comprador incumplimiento rebelde y contumaz pues fueron uno y otro los que faltaron a sus respectivas obligaciones.

c) Existe un grupo de *sentencias relativas a VPO que consideran incumplida la obligación del vendedor cuando la venta se hizo por un precio superior al legal* (Sentencia de 5 noviembre 1985), aunque fuera conocido del comprador que no hizo protesta alguna, pero luego reclamó la devolución (Sentencia de 2 febrero 1990). En la de 15 de febrero de 1991 se afirma claramente que no se puede calificar de conducta incumplidora, pues no se ha frustrado la finalidad del contrato, el negarse el comprador a pagar las cantidades a cuya devolución tendría derecho como exceso de precio indebidamente pactado (53).

3) *Por último es preciso para que se produzca la resolución que el comprador haya incumplido su obligación de pagar el precio en el plazo señalado, obligación que es justamente la que se pretendía garantizar con el pacto resolutorio, y, por tanto, el elemento central o medular del problema que estamos analizando.*

El *quid* está en determinar si el efecto añadido por el pacto comisorio excluye o elimina toda consideración o valoración de las causas que pudieran provocar el impago, es decir: si basta con que se produzca el hecho objetivo del impago, sea cual fuere la gravedad del incumplimiento, e impide pues esta valoración, que se sustrae al juez por la cláusula añadida. O si por el contrario y puesto que se trata de la facultad natural de las obligaciones recíprocas, el refuerzo del pacto no alcanza ni modifica la doctrina aplicable al artículo 1.124 en el sentido de que el incumplimiento debe ser grave y culpable.

Y en torno a este dilema se plantea con toda su gravedad el problema de la verdadera eficacia del pacto comisorio.

Para su estudio conviene distinguir los siguientes aspectos: 1) Análisis de la posición doctrinal al respecto. 2) Análisis de la jurisprudencia. 3) Ensayo de un esquema que ofrezca un criterio más seguro para la aplicación de la cláusula resolutoria.

1. Para los autores que parten de la concepción del pacto comisorio como condición resolutoria, es natural el efecto automático de la misma

En Sentencia de 7 de mayo de 1986 consideró justificado el impago, pues el comprador no se negó a pagar sino a supeditar el pago a que el vendedor presentase el título de propiedad en la Notaría e hiciese la declaración de obra nueva para que pudiera inscribirse. En Sentencia de 13 mayo 1986 se alegó la falta de titulación, pero también que la finca estaba gravada con hipoteca, y el Tribunal Supremo consideró que el vendedor había incumplido su obligación.

(53) En Sentencia de 18 de febrero de 1991 aclara o matiza, que en cambio procede la resolución cuando a pesar de haberse pactado un precio superior al legal, no llegó a pagarse siquiera el máximo autorizado.

y sin intervención judicial, y que se produzca por el *factum* determinante de la condición que es el impago, seguido de la manifestación de voluntad de resolver por parte del vendedor. Se ha producido el evento condicionante (54).

Y la resolución opera de pleno derecho como consecuencia del juego propio de la condición resolutoria.

Pero también, para los que sostienen que el pacto comisorio es una potestad resolutoria que nada tiene que ver con la condición en sentido técnico, el pacto comisorio reduce el ámbito de la intervención judicial, pues impide al juez apreciar si la resolución está justificada en equidad y debe limitarse a determinar si se han cumplido o no los requisitos del 1.504 (impago y requerimiento) para, en caso afirmativo declarar conforme a derecho la resolución (55).

(54) Así, ROCA después de analizar la naturaleza y efectos de la resolución *ex* artículo 1.124, de carácter personal, basada a su juicio en la equidad, propia de los contratos con obligaciones de carácter recíproco, y por responder a una corresponsabilidad de prestaciones su incumplimiento ha de ser culposo. Y su carácter esencial es su no automatismo, lo que demuestra que en ella no opera condición resolutoria alguna: el Tribunal decretará la resolución si no hay causas justificadas que le autoricen para señalar plazo. En cambio, en el pacto comisorio, como condición resolutoria que es, su efecto destructivo o aniquilador se produce de modo automático al darse el *factum* objetivo de la condición: el impago, más el *si volet* del vendedor (págs. 745 y ss., *ob. cit.*)

En el mismo sentido CAMY, *ob. cit.*, págs. 714 y 726, para quien el caso del pacto comisorio hay una resolución de carácter contractual que opera *ipso iure* como condición resolutoria, por lo que la comunicación no puede recoger manifestación alguna del conminado, al que no se le pregunta por qué no ha pagado ni se conmina a que pague.

(55) Así R. ADRADOS (*ob. cit.*, págs. 61 y ss.), quien después de recordar el rigor de nuestro Derecho histórico respecto de la eficacia del pacto comisorio, que operaba la resolución de pleno derecho y sin necesidad de *interpellatio*, destaca también las diferencias con el artículo 1.124, en el sentido de que no es preciso en el supuesto del pacto comisorio ni incumplimiento grave ni culpable, y que a pesar de que en casación ambos preceptos 1.124 y 1.504 se suelen alegar infringidos conjuntamente, y el mismo Tribunal Supremo ha aplicado a la resolución del 1.504 criterios de equidad de la acción del 1.124, sin embargo la distinción de ambas acciones se marca en las Sentencias de 28 de enero de 1944 y 1 de mayo de 1946 que al distinguir la resolución expresa de la del artículo 1.124 señalan que el pacto se traduce prácticamente en la imposibilidad de pagar, en el caso del artículo 1.504, transcurrido el plazo, si ha mediado la notificación. Y cita en apoyo de su tesis a BORRICAND para quien el control judicial que se efectúa *a posteriori* no es un control de oportunidad sino solamente de legalidad. Y a BARBERO para quien la valoración del Juez es prevenida y excluida por la valoración de las partes en forma negocial. Y a MOSCO para quien la valoración de la gravedad del incumplimiento queda sustraída a la valoración del Juez.

En el mismo sentido BALERIOLA, quien añade que pese a tan sensibles diferencias entre el 1.124 y 1.504, que vienen a explicar la constante afirmación jurisprudencial de la especificidad e incluso preponderancia del 1.504, el Tribunal Supremo posiblemente asustado ante el vigoroso automatismo del 1.504 ha venido afirmando también el carácter no excluyente y complementario de ambos preceptos, en torno fundamentalmente a la apreciación de la existencia o no del propósito de incumplir, con lo que se opera una

Sin embargo, la reiteradísima jurisprudencia del Tribunal Supremo conectando los preceptos 1.124 y 1.504, sobre todo en lo que se refiere a la exigencia de un verdadero incumplimiento imputable al deudor provocó que un sector doctrinal matice, no sin una dosis crítica, el rigor del automatismo en el sentido de exigir una conducta culposa en el deudor, o como mínimo un hecho obstativo que impida el cumplimiento, con independencia de la culpa (56).

Otros autores se hacen eco de la jurisprudencia del Tribunal Supremo conectando los artículos 1.124 y 1.504 en el sentido referido, pero admiten la validez de un pacto excluyendo la responsabilidad del deudor (57).

profunda confusión entre dos sistemas resolutorios diferenciados en sus respectivos fundamentos, requisitos, elementos operativos, etc. (*ob. cit.*, pág. 286).

Como señala LUIS SELVA (*ob. cit.*, pág. 1.933) "Los más siguen la conocida tesis doctrinal y jurisprudencial que parte del examen de la voluntad del comprador incumplidor, justificando la resolución solamente si el incumplimiento descansa en causas a él imputables, o si se aprecia —frase ya de estilo en la Sala Primera— "una voluntad deliberadamente rebelde de no pagar"

Pero —añade— esto no debiera ser así. El artículo 1.504 encuentra su razón de ser precisamente en aquello que lo diferencia del 1.124: en la imposibilidad del deudor de ser favorecido por nuevo plazo, una vez requerido, y sea cual sea la causa del impago. El plazo se establece, normalmente, en beneficio del comprador (especialmente si no se devengan intereses) en la compraventa con precio aplazado. El comprador asegura su negocio con el plazo. El vendedor con la garantía del pago dentro de él, sin que, sin su voluntad, pueda ampliarse más allá del concedido. Lo que no cabe es la resolución imprevisible o sorpresiva".

(56) Así MULLERAT (*ob. cit.*, pág. 483), que parte del carácter de condición resolutoria que el pacto comisorio tiene, y, sin embargo, a la hora de estudiar los requisitos de su aplicación y concretamente el impago del precio, no se sustrae al peso de la jurisprudencia y dice que el Tribunal Supremo de acuerdo con autores como MUCIUS SCAEVOLA, SABATER y BADENES exige responsabilidad por parte del comprador y, concretamente, una voluntad deliberadamente rebelde a realizar el pago (pág. 500). Aunque no muy convencido de tal dulcificación jurisprudencial, añade que siguiendo a PINTO hay que decir que, no obstante, la clara y reiterada doctrina jurisprudencial, ésta no autoriza a afirmar que, en todo caso, sin culpabilidad ni rebeldía del comprador no haya posibilidad de resolución, pero termina manifestando finalmente que el primero de los requisitos de aplicación del artículo 1.504 es el incumplimiento por parte del comprador y de forma culposa (pág. 502). En parecidos términos BADENES (*ob. cit.*, págs. 864 y 865).

GARCÍA CANTERO (*ob. cit.*, pág. 428) después de sostener que el pacto comisorio es una condición resolutoria potestativa que se dirige a eliminar la intervención judicial, es decir, a que se produzca la resolución de pleno derecho o automáticamente, no se plantea problema alguno de crítica o, por lo menos, de contradicción y acepta sin más la exigencia de una conducta culposa por el comprador, tal como lo ha declarado el Tribunal Supremo.

(57) Así ALVAREZ VIGARAY (*ob. cit.*, pág. 93) dice que el Tribunal Supremo en Sentencia de 5 de junio de 1944 ha declarado que el artículo 1.504 exige, al igual que el 1.124, un verdadero y propio incumplimiento y que éste descansa en causas imputables al deudor; pero añade, que nada se opone a que pese a este principio, las partes acuerden que el vendedor pueda resolver a pesar de que el incumplimiento no sea imputable al deudor. Tesis que puede deducirse *a sensu contrario* del artículo 1.105 del Código Civil.

En resumen, se puede afirmar que la doctrina en general es favorable a la defensa del automatismo y eficacia del pacto comisorio en consonancia con nuestro derecho tradicional. Y ello pese a la tesis jurisprudencial, que los autores consideran dulcificadora, de asimilación de ambas resoluciones *ex* 1.124 y 1.504. Y que es reacia a admitir definitivamente y sin reservas la tesis menos evolucionada de que el impago debe ser *culposo*. Si bien hay que reconocer que algunos autores después de defender tajantemente el automatismo y eficacia *ipso iure* del pacto comisorio *se rinden* a la exigencia de incumplimiento imputable al deudor, ante la reiteradísima jurisprudencia, en tal sentido.

2.A. *Análisis de la jurisprudencia del Tribunal Supremo.*

El artículo 1.504 CC y, más concretamente, el pacto comisorio al que dicho precepto alude, han sido objeto de una copiosa jurisprudencia, cuya doctrina podemos sintetizar así:

a) Que la resolución por incumplimiento del comprador a tenor del artículo 1.504 es una modalidad singular de la facultad genérica regulada en el artículo 1.124 para toda clase de obligaciones bilaterales (Sentencias de 10 y 28 octubre 1985 y 21 febrero 1986), tanto en aquellos casos en *los que no se ha pactado* cláusula resolutoria, ya que el artículo 1.504 es específico para la venta de bienes inmuebles en todo caso de resolución incluso la derivada del 1.124 (58), como también en aquellas otras en *los que se ha pactado expresamente* el pacto comisorio. En los dos supuestos, no se acepta la resolución si no se dan las previsiones establecidas para ambos preceptos 1.124 y 1.504 (Sentencias de 19 junio 1979, 26 enero 1980, 7 marzo 1983, 25 junio y 28 octubre 1985, 13 marzo, 7 mayo y 30 octubre 1986, 18 marzo 1988, 19 julio, 15 septiembre y 13 octubre 1989 y 15 febrero 1991) (59).

Algunos autores han criticado esta interconexión de ambos preceptos, pues responden, a su juicio, a fundamentos y caracteres diversos (60).

O sea que si se establece que el deudor con pacto comisorio responderá incluso por causa fortuita, este acuerdo sobre las responsabilidades vale.

(58) Recordemos que el artículo 1.504 sólo de pasada alude al pacto resolutorio

(59) R. GARCÍA (*ob. cit.*, págs. 302 y ss.) hace un exhaustivo análisis de la doctrina jurisprudencial hasta el año 1985 y recoge 44 sentencias que declaran la complementariedad de los artículos 1.124 y 1.504, limitando los efectos de éste por la aplicación del primero, al hacer penetrar los mismos en la aplicación del artículo 1.504

(60) Así R. ADRADOS, que destaca la distinción de las acciones derivadas del artículo 1.124 y 1.504 (*ob. cit.*, pág. 61). ROCA SASTRE, cuya concepción del pacto comisorio como condición resolutoria le lleva a distanciar ésta de la acción *ex* artículo 1.124

Yo he sostenido aquí que el fundamento y naturaleza de ambas acciones son los mismos; en los dos supuestos, como he tratado de demostrar, existe una facultad resolutoria que se integra en la misma causa del contrato, de la que no puede desvincularse, ni bajo la consideración de que se trata de un elemento condicionante, ni de que supone una potestad resolutoria diferenciada y con distinta potencialidad. El pacto comisorio es sencillamente el reforzamiento de la facultad resolutoria propia de las obligaciones recíprocas.

Es más, desde el punto de vista histórico el origen de la facultad *ex* 1.124 está en el mismo pacto comisorio, pues como sabemos, en el Derecho intermedio aquel pacto se había convertido en cláusula de estilo que acabó por sobreentenderse en los contratos con obligaciones recíprocas, siendo acogida legalmente esta derivación por el Código de Napoléon, desde el cual pasó a nuestro Código Civil, que regula en su artículo 1.124 la facultad resolutoria como connatural a las obligaciones recíprocas. Y sin que los antecedentes históricos más remotos que marcan caminos distintos para la acción resolutoria derivada de los contratos con sinalagma, deban tenerse en cuenta hoy, si consideramos la concepción moderna sobre la estructura del contrato, desde cuya perspectiva se concibe como un mecanismo de funcionamiento propio del sinalagma funcional y en completa dependencia de la causa.

Esta tesis viene avalada por la reiteradísimas doctrina jurisprudencial, que antes hemos citado (61).

Justo es reconocer, sin embargo, que existen sentencias aisladas que prescinden tajantemente de aquella conexión, y declaran que basta el requerimiento y el impago para que se produzca la resolución, sin que se pueda invocar el artículo 1.124 cuando existe pacto comisorio, y que el artículo 1.504 es especial respecto del artículo 1.124, y entra en juego

(*ob. cit.*, págs. 732 y ss.). Y BALERIOLA, para quien el Tribunal Supremo realiza una profunda confusión entre dos sistemas resolutorios distintos (*ob. cit.*, pág. 286).

(61) Es cierto que el Tribunal Supremo en Sentencia de 29 de diciembre de 1989 consideró que para el ejercicio de la acción resolutoria lo fundamental es la voluntad de resolver cuando se trata de una actuación del comprador deliberadamente obstativa al cumplimiento, y configura el pacto de resolución como condición resolutoria potestativa por parte del vendedor impagado. Pero seguidamente y de un modo un tanto desconcertante cita la Sentencia de 5 de noviembre de 1979 que califica el pacto comisorio como derecho potestativo actuado por el vendedor para resolver el contrato, como garantía convenida del aplazamiento del precio, doctrina que se aplica también aunque las partes no hayan convenido el pacto comisorio. Pero detrás de cualquier calificación se puede considerar constante la doctrina del Tribunal Supremo en el sentido de ligar la cláusula resolutoria al sinalagma.

cuando tras el requerimiento hecho por el vendedor se pone de manifiesto una simple voluntad negativa a pagar (62).

Así, las Sentencias de 30 de septiembre de 1987, 8 de febrero de 1988 y 26 de noviembre de 1990. Hay que advertir que en el caso resuelto por la primera el plazo había vencido en 1979, y en 1982 no se había pagado todavía. En la Sentencia de 8 de febrero de 1988 el vendedor había requerido de pago y después de transcurrido el plazo con largueza volvió a requerir ahora de resolución. Y en la de 26 de noviembre de 1990 declara terminantemente que la resolución de una compraventa de inmuebles con fundamento en el artículo 1.504 exige como presupuestos la falta de pago y requerimiento resolutorio, y ambos han sido probados.

Pero tales sentencias en modo alguno desvirtúan la tesis aquí mantenida, pues se refieren a casos de impago grave y prolongado claramente demostrado, para los cuales no necesitaba entrar el Tribunal Supremo en valoraciones de tipo subjetivo, pues el craso e injustificado incumplimiento era evidente, para determinar la resolución. Y ninguna de tales sentencias debe interpretarse en el sentido de impedir el juego natural de la facultad resolutoria en base a una objetivación absoluta del incumplimiento del comprador, que lo haga indiferente al funcionamiento sinalagmático, y concretamente a la consideración de si el vendedor cumplió o no por su parte sus obligaciones.

b) Consecuentemente con lo anterior se mantiene por el Tribunal Supremo también de forma reiterada, que si el vendedor no cumplió sus obligaciones principales no puede exigir del comprador el cumplimiento de las suyas y, por tanto, ejercitar con éxito la resolución, pues ésta debe quedar apoyada en un previo acatamiento u observancia de cuanto al vendedor le incumbe teniendo en cuenta el sinalagma funcional. Y lo que determina la resolución no es el hecho objetivo del impago sino el incumplimiento, por lo que habrá de aplicar la doctrina elaborada en general para el incumplimiento de las obligaciones recíprocas, que exige que el acreedor que pretenda la resolución haya cumplido él mismo sus obligaciones (63). Y también cuando se dan los supuestos del artículo 1.502, tal como hemos visto anteriormente, se deniega la resolución, pues el impago resulta fundado en los peligros que dicho precepto trata de paliar (64).

(62) R. GARCÍA (*ob. cit.*, pág. 306) cita entre las sentencias que desvinculan el pacto comisorio del artículo 1.124 las siguientes: Sentencias de 3 de marzo de 1967, 22 de diciembre de 1978 y 29 de mayo de 1982.

(63) Ya hemos visto lo que para el Tribunal Supremo es obligación principal del vendedor a tales efectos, especialmente en lo que se refiere al otorgamiento de escritura pública, cuya omisión se alegó en la mayoría de los casos para excepcionar la acción resolutoria.

(64) Sentencia de 30 de marzo y 22 de mayo de 1990.

Lo que sucede es que en ambos casos, incumplimiento por el vendedor de sus obligaciones y de justificada suspensión de pago *ex* l.502, el Tribunal Supremo considera que no existe un incumplimiento imputable al comprador, que no existe una voluntad rebelde al cumplimiento o que el fin del contrato no resulta frustrado. Es decir, el Tribunal Supremo traslada ambos supuestos, que constituyen otros tantos límites o frenos de la cláusula resolutoria derivados del sinalagma funcional, al de la imputabilidad del impago o justificación del mismo, por el comprador, englobándolos en este último supuesto.

Hasta aquí, por lo que llevamos dicho acerca de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, se puede afirmar que no contradice sino que avala la tesis que sostengo sobre la naturaleza y efectos de la cláusula resolutoria pactada: equivalencia básica con la facultad *ex* l.124, consecuente inoperancia de la resolución si el vendedor no ha cumplido sus obligaciones; y reforzamiento de los efectos del l.124 por el pacto comisorio añadido que tienen carácter real y *erga omnes* de modo incontestable si accede al Registro de la Propiedad.

Pero queda por resolver el problema cuya solución ha provocado que algún sector de la doctrina se rindiese en favor de una mitigación o debilitamiento del rigor del pacto comisorio, a pesar de mantener inicialmente su automatismo resolutorio, y es el del refuerzo que el pacto comisorio supone en el sentido de objetivar al máximo el incumplimiento del comprador, que voy a tratar a continuación:

c) *El Tribunal Supremo* ha sostenido insistentemente que el incumplimiento de la obligación de pago por el comprador debía serle *imputable*, de acuerdo con la doctrina general del incumplimiento de las obligaciones recíprocas, y muy especialmente que la resolución no procedía si el comprador no había tenido *una voluntad deliberadamente rebelde al cumplimiento* (65).

(65) R. GARCÍA cita veintisiete sentencias desde 1950 a 1985 en las que el Tribunal Supremo declara, siempre con la misma frase, "voluntad deliberadamente rebelde", la exigencia de culpabilidad (*ob. cit.*, pág. 304).

Sin embargo, hay que reconocer que el Tribunal Supremo en los últimos años, sin dejar de mencionar la acuñada frase voluntad deliberadamente rebelde, lo hace precisamente para matizar y reducir su alcance en el sentido de que la concurrencia de dicha voluntad rebelde, esta *prima facie* demostrada por el hecho del impago, máxime si el deudor ha incurrido en una *prolongada inactividad* (Sentencias de 18 y 28 octubre 1985, 21 febrero 1986 y 5 junio 1989), o que basta el hecho del incumplimiento obstaculizador del fin normal del contrato, sin que sea menester indagar si concurre un específico elemento volitivo dirigido a vulnerar la obligación asumida, y basta la inexorable realidad de un incumplimiento sustancial no provocado por el acreedor (Sentencias de 28 noviembre 1985, 30 octubre 1986 y 9 octubre 1987), o simplemente cuando se obliga al vendedor a acudir a la vía judicial para obtener el cumplimiento, ante el largo tiempo de inactividad y adeudándose una suma importante (Sentencia de 12 mayo 1988).

Veamos cuál es el sentido y alcance de esta exigencia continua por parte del Tribunal Supremo:

1) Es cierto que de manera machacona e insistente viene exigiendo la voluntad deliberadamente rebelde al cumplimiento por parte del comprador haya o no pacto comisorio. ¿Qué quiere decir con esta frase el Tribunal Supremo?

En principio y literalmente entendida supone introducir una valoración judicial sobre el comportamiento del comprador, es decir, de las causas y razones que han determinado el incumplimiento, y que no bastaría el impago voluntario o doloso sino que habrían de concurrir *deliberación* (plena conciencia) y *rebeldía* (66).

Pero en el caso del incumplimiento por *impago* ¿cómo se puede apreciar tal voluntad deliberada y rebelde? Pues en la realidad, el comprador que no paga, lo hace o porque tiene una causa justificada para ello (el vendedor no ha cumplido o existe un serio temor de perder la cosa) o simplemente porque su situación económica no le permite pagar en ese momento. Pero una rebeldía al cumplimiento sin más parece impensable en la realidad, a no ser que el comprador pretenda resolver el contrato porque ya no le interese la cosa comprada, o se haya arrepentido de la compra, y acuda a este medio, lo que supondría entonces una mera rebeldía (67).

Lo que pretende el Tribunal Supremo es introducir un elemento de equidad impidiendo resoluciones contractuales basadas en retrasos sin importancia, y que en nada pueden afectar al interés del acreedor. El Tribunal Supremo con la ampulosa frase voluntad deliberadamente rebelde se propone simplemente proteger o salvar al comprador que demora brevemente el pago por causas razonables (68). Y también, como antes he

Ya veremos a lo largo de este trabajo, como últimamente el Tribunal Supremo va objetando y concretando las causas que justifican el impago, reduciendo así el ámbito del arbitrio judicial.

(66) En este sentido ver Díez PICAZO ("El retardo, mora y resolución en los contratos sinalagmáticos", *ADC*, 1969, págs. 390 y ss.).

(67) Otra cosa es que se simule la rebeldía (impago sin justificación alguna) para provocar la resolución de acuerdo con el vendedor, con el fin de encubrir un mutuo disenso, sobre todo por razones fiscales. (Aunque tratándose de ventas sujetas a ITP el art. 43 del Texto refundido del Impuesto sólo admite la devolución cuando existe una declaración judicial o administrativa, sujetando el mutuo disenso a nueva imposición, si la venta está sujeta a IVA la regulación de este Impuesto es más benévola, y así el artículo 17.4 de la Ley reguladora prevé que cuando con arreglo a derecho o a los usos de comercio queden sin efecto las operaciones gravadas la base se modificará en la cuantía correspondiente).

(68) JORDANO BAREA ("Cumplimiento tardío y facultad resolutoria tácita", *ADC*, 1951, págs. 304 y ss.) señalaba que en las obligaciones recíprocas si a pesar del retardo,

dicho, cuando el impago se debe a causas que no le son reprochables (incumplimiento del vendedor o peligro de incumplimiento al amparo del 1.502 CC) (69).

Pero el alto Tribunal no ha tenido suerte en el hallazgo de una frase afortunada, y sigue utilizando la “voluntad deliberadamente rebelde” como un latiguillo, del que no logra desprenderse, aunque sea para negar su virtualidad, como luego veremos, o englobar en ella los dos supuestos de impago directamente derivados de la ruptura del sinalagma funcional (incumplimiento del vendedor y suspensión *ex art.* 1.502 CC), y, por tanto, como punto de referencia negativo: *no hay voluntad deliberadamente rebelde* cuando el impago se debe a causas imputables al vendedor o cuando el retraso no tiene importancia (supuesto este último al que se refieren las Sentencias de 15 septiembre 1989, 13 octubre 1989 y 14 febrero 1991, en las que se dice que no existe voluntad rebelde de impago por tratarse de un mero retraso explicado, justificado y subsanado).

En dichas sentencias no pierde ocasión el Tribunal Supremo para matizar —sin que ello fuere pertinente al caso— el significado de la frase voluntad deliberadamente rebelde en el sentido de que basta una conducta voluntaria y no sanada por causa justa que la origine, obstativa al cumplimiento (70).

Y, en Sentencia de 15 de febrero de 1991, reconoce ya y declara que con la mirada puesta en la realidad social, la equidad y la justicia (art. 3.1 y 2 CC) hay que considerar que la voluntad deliberadamente rebelde no aparece en la letra ni en el espíritu del 1.124, sino que ha de ser cohesionada con la posibilidad de que existan actos del deudor que permitan *inducir* el incumplimiento.

el cumplimiento de una de las partes aún tiene interés para la otra, ésta no podrá pedir la resolución y los Tribunales podrán valorarlo sobre la base de los principios de equidad y buena fe

(69) Por ello DÍEZ PICAZO afirmaba en 1969 (*ob. cit.*, pág. 396) que las cosas son probablemente mucho más sencillas, y que la máxima jurisprudencial no debe ser entendida de modo literal, pues colocado en el marco donde nació (aparece por primera vez enunciada en las Sentencias de 5 y 9 julio 1941) no significa una exigencia positiva, sino que se trataba de formular o englobar casos en que la acción resolutoria debía ser desestimada.

(70) Desde el punto de vista técnico, sería bueno, a mi juicio, que el Tribunal Supremo distinguiera los tres supuestos de denegación de la resolución: incumplimiento por el vendedor de sus obligaciones principales, suspensión del pago *ex artículo* 1.502 del Código Civil, y retardo sin importancia. Sólo en este último caso se podría aplicar, en principio y pertinentemente la frase voluntad deliberadamente rebelde, como fundamento para justificar la resolución, cuando el retraso sea injustificado. Siquiera, como hemos anticipado, el Tribunal Supremo acude ya a criterios más definidos y objetivos (inactividad prolongada, retraso duradero y de importancia) citando aquella frase sólo para a partir de ella (de la que le cuesta prescindir) a través de su corrección o matización llegar a una relativa objetivación y reducción de su generalidad.

2) De ahí que en otros fallos corrige aquella afirmación tajante admitiendo que aunque no medie culpa, procede la resolución cuando se produzca *un hecho obstativo que de modo absoluto e irreformable impida el cumplimiento de la obligación* (71).

Pero nos encontramos de nuevo ante una declaración igual de ampulosa y confusa. ¿En qué puede consistir ese hecho obstativo que de manera irreformable impida el cumplimiento en el caso de impago por el comprador?

a) En primer lugar conviene observar que tal hecho obstativo referido al impago tiene difícil encaje, como no se entienda como oposición decidida y definitiva a un requerimiento de pago previamente hecho por el vendedor (72).

Ante tal requerimiento se pone al comprador en la tesitura de tener que razonar el impago, oponerse a él o simplemente callarse, y entonces sí que podía hablarse de un hecho optativo en el caso de negativa sin más o incluso de mero silencio.

Pero hay que reconocer que el impago más que un hecho es *una omisión* o mejor dicho una conducta negativa. Por eso el Tribunal Supremo en Sentencia de 8 de febrero de 1988 después de señalar que el 1.504 es especial respecto al 1.124 considera que aquél entra en juego cuando tras el requerimiento hecho por el vendedor se pone de manifiesto su voluntad de simple negativa a pagar el precio. (El vendedor había requerido al comprador para que en el plazo de ocho días pagase el primer

(71) Bien es cierto que normalmente utiliza alternativamente ambas frases.

D. PICAZO (*ob. cit.*, pág. 390) cita las Sentencias de 5 y 9 de julio de 1941 y 12 de abril de 1945 en las que se exigen, alternativamente, ambos requisitos: o voluntad deliberadamente rebelde o hecho obstativo, cuya aplicación dicho autor trata de coordinar.

R. GARCÍA cita las siguientes sentencias en las que se produce el cambio de terminología. Sentencias de 19 de junio de 1979 y 26 de enero de 1980

También la Sentencia de 25 de junio de 1985 utiliza dicha expresión. En la de 22 de octubre de 1985 se dice que la exigencia de una voluntad deliberadamente rebelde no ha sido señalada de modo exclusivo sino que unas veces lo ha colocado como alternativa de la ejecución por parte del comprador de un hecho obstativo que de un modo absoluto definitivo e irreformable impida el cumplimiento (y cita, entre otras, Sentencias de 1 febrero 1966, 14 noviembre 1968 y 13 mayo 1972), pero añade que en otras lo decisivo, en todo caso, es que queda acreditada una verdadera omisión de su prestación por el comprador. En la de 4 de octubre de 1986 afirmó que el artículo 1.504 no basta para suprimir la doctrina general del 1.124 que exige la concurrencia de voluntad obstativa al cumplimiento, que exista propio incumplimiento y que éste sea imputable al deudor.

(72) En este punto empieza a vislumbrarse la importancia que puede tener el requerimiento de pago entendido como tal y no como mera notificación, para provocar la posibilidad de resolución al permitir la verificación de ese hecho obstativo al pago

plazo, y habiendo dejado transcurrir dicho plazo con largueza volvió a requerirle ahora de resolución) (73).

b) Lo que sí cabría entender por hecho obstativo es sencillamente la imposibilidad sobrevenida de la prestación, y no sólo por culpa o dolo (que estaría recogida por la primera exigencia: voluntad deliberadamente rebelde) sino también la fortuita (74).

De donde se podría deducir que la resolución procede o cuando la prestación ya no es posible (hecho obstativo) o cuando es culposo el incumplimiento pero todavía es posible, es decir, cuando se produce un incumplimiento culposo no definitivo: en mero retraso.

Pero al llegar a este punto conviene advertir que la imposibilidad sobrevenida tiene difícil aplicación al supuesto de impago del precio, pues tratándose de dinero, ¿cómo entender la imposibilidad de la prestación a él referida? Pues a la deuda de dinero, todavía con más fundamento que a la de género, se le puede aplicar la regla de que *genus non perit*, o mejor, el principio general de que toda persona es responsable de su solvencia, como señaló LARENZ (75). En efecto, el dinero no se puede destruir o perder y, por eso, el Tribunal Supremo en Sentencia de 27 de abril de 1943 consideró la deuda pecuniaria como genérica cuya extinción por imposibilidad sobrevenida no está amparada en el artículo 1.105 CC conforme al principio *genus numquam perit* implícito, a *contrario sensu*, en el artículo 1.182 en relación con el 1.170, párrafo 1.º, CC.

Tratándose de dinero el deudor podrá obtenerlo siempre, pero entonces cabe plantear el problema de si se puede seguir hablando de imposibilidad

(73) En Sentencia de 13 de octubre de 1989 corrige la expresión y dice que una constante doctrina de esta sala viene exigiendo como requisito necesario para acordar la resolución la constancia de una voluntad deliberadamente rebelde al cumplimiento, pero que una doctrina jurisprudencial reciente ha venido a matizar tal concepto aclarando que no es preciso que el contratante incumplidor actúe con el ánimo deliberado, bastando con que pueda atribuirsele una *conducta voluntaria* —y no sanada por una causa justa que la origine— *obstativa* al cumplimiento del contrato en los términos que se pactó. (El comprador había abonado una gran parte del precio aunque de una manera no ajustada a la Ley: se consignó un cheque y pretendió abonar el resto una vez fue demandado, por lo que su conducta no puede calificarse como voluntariamente obstativa al cumplimiento)

(74) En este sentido Díez PICAZO (*ob. cit.*, pág. 393), quien señala que la imposibilidad sobrevenida no pertenece a la teoría de los riesgos como la mayor parte de nuestra doctrina tradicional cree sino al ámbito del 1.124. El artículo 1.182 del Código Civil, libera al deudor cuya prestación resulta imposible, pero nada dice sobre la repercusión que ejerce en las obligaciones recíprocas. Si en el artículo 1.124 el “no cumplirse” se lee como un hecho escueto y objetivo, el problema se resuelve de una forma plenamente coherente con la naturaleza sinalagmática del vínculo.

(75) Citado por P. BRUTAU (*ob. cit.*, pág. 357).

sobrevenida no sólo cuando la cosa se destruye o perece, sino cuando por cualquier accidente o circunstancia imprevista se haya hecho extraordinariamente difícil o sumamente oneroso el cumplimiento de la prestación todavía posible en sentido objetivo.

A mi juicio, tratándose de dinero, la deuda no puede considerarse extinguida por la mayor o menor dificultad para obtenerlo por lo antes dicho, y tal como lo ha reconocido el mismo Tribunal Supremo en Sentencia de 5 de junio de 1989 al considerar que la actividad pasiva durante casi dos años por parte del deudor, sin más que el dato no imputable a la contraparte de que carecía de medios económicos no impide la resolución, pues tal circunstancia debió prevenirse antes de hacer surgir legítimas expectativas en los recurrentes (76).

3) Pero el Tribunal Supremo da un paso más hacia la objetivación del incumplimiento en aquellas sentencias en las que se trata en concreto del retraso en el cumplimiento (que es justamente el supuesto del impago del precio, no basado en la conducta de la contraparte). Empezó sosteniendo que el mero retraso no es *en algunos casos* equivalente al incumplimiento porque no siempre implica que se haya *frustrado el fin práctico perseguido por el negocio* (77). Lo que a contrario suponía que en general el retraso será resolutorio (78).

(76) P. BRUTAU (*ob. cit.*, pág. 241) dice que podría discutirse si la obligación ha de declararse extinguida o quizás sujeta a revisión, y cita una sentencia del Tribunal Supremo de Filipinas que consideró que la deuda de dinero no podía entenderse extinguida por la mayor o menor dificultad de obtenerlo, a pesar de que había alegado las pérdidas sufridas por la guerra.

(77) DÍEZ PICAZO en el año 1969 (*ob. cit.*, pág. 394), al estudiar en concreto la doctrina jurisprudencial sobre el retraso resolutorio, advierte como el Tribunal Supremo ha hecho al respecto una afirmación muy relativa y matizada: que el mero retraso no es *en algunos casos* equivalente a incumplimiento porque el retraso no siempre implica que se haya frustrado el fin práctico perseguido en el negocio. ni permite atribuir a la parte adversa un interés jurídicamente protegible en que se decreta la resolución. Y señala que el origen de tal doctrina se encuentra en la Sentencia de 5 de enero de 1935 (se trataba de un caso de incumplimiento de obligaciones recíprocas, no de un retraso en el impago del precio de la compraventa de inmuebles *ex art. 1.504*), que añadió que el retraso en el caso debatido no podía justificar la resolución porque la otra parte no sufrió perjuicio alguno, y se había requerido para la resolución después de que el pago se había realizado. DÍEZ PICAZO, al explicar la referida doctrina jurisprudencial, sostiene que el caso de frustración de fin del contrato (que no de prestación, que es posible todavía) es el del término esencial; pero que mayores dificultades plantea determinar cuando existe un "interés atendible en que se decreta la resolución", que literamente encierra un claro arbitrio judicial, y que el "perjuicio" en que se basa la sentencia citada puede ser presupuesto del derecho a recibir una indemnización, pero nunca de la facultad de resolver. Señalaba también DÍEZ PICAZO que, aunque en el origen histórico de la resolución hay un amplio margen de discrección del Juez que asoma en el inciso final del

El Tribunal Supremo abandonando el argumento de la voluntad deliberadamente rebelde, aunque siga citándolo para negar su virtualidad, últimamente utilizada, como base y fundamento de la resolución, la frustración del fin normal del contrato, si bien como veremos, procura no dejar en una nebulosa el problema de su fijación y concreta y define cuando dicha frustración se produce.

Por otra parte, esta orientación permite afirmar que el Tribunal se acerca al meollo del problema al conectar el retraso resolutorio con la causa del negocio (frustración del fin del contrato) y, por tanto, con la esencia del sinalagma funcional (79). Si la prestación ya no tiene interés para la contraparte aunque sea posible, por ser esencial el pago en el tiempo previsto, queda justificada plenamente la resolución, lo que únicamente planteará el problema de cuando el término puede considerarse esencial, que luego analizaremos en su conexión con el pacto comisorio.

Sin embargo, en los demás casos, es decir, cuando no se puede considerar esencial el plazo, todavía queda un amplio margen al arbitrio judicial, que se pondrá de manifiesto al valorar cual sea el interés atendible

artículo 1124, nuestra jurisprudencia, a lo largo de casi noventa años, ha ido realizando una labor de objetivación que merece ser continuada.

Verdaderamente en torno a este problema gira todo el peso de la eficacia de la cláusula resolutoria. Se trata de conseguir una determinación de las causas de retraso justificado (pues la regla debe ser, en caso del pacto comisorio, por el refuerzo que supone, el retraso resolutorio), sin perjuicio de reconocer que una objetivación absoluta, podría chocar con la equidad y buena fe que deben presidir la ejecución contractual. Aunque, como trataré de demostrar, se puede alcanzar una aproximación aceptable, que dé seguridad a las transacciones inmobiliarias y se cohonesten los intereses de las dos partes contratantes.

(78) Tenía razón Díez PICAZO (*ob. cit.*, págs. 396 y ss.) cuando decía ya en el año 1969 que el examen pormenorizado de la jurisprudencia parece demostrar que las cosas ocurren de manera diferente en vía de máxima y en la realidad jurídica. En vía de máxima la resolución por retraso parecía excepcional: sólo si se ha frustrado el fin o hay un interés atendible. *De facto*, es al revés: el retraso es por regla general resolutorio y excepcionalmente se trata de salvar ciertas hipótesis de la resolución fundando el salvamento en razones de mayor o menor fuerza dialéctica. Y sistematiza los siguientes casos. *a)* cuando se paga antes de que se efectúe el requerimiento (lo cual en materia de pacto comisorio es natural por exigencia del 1.504), *b)* cuando el acreedor se había negado a recibir el pago (la *mora accipiendi* impide la resolución), *c)* cuando el acreedor admite el pago, y *d)* cuando se debe a causas no imputables al obligado.

(79) El Tribunal Supremo ha puesto el dedo en la llaga al conectar el problema del impago con el sinalagma de una manera directa, en Sentencia de 5 de marzo de 1986, en la que afirma que basta un incumplimiento que por acción u omisión desobedezca los términos del contrato, que altere el justo equilibrio de las prestaciones en los contratos sinalagmáticos, y en la Sentencia de 18 de mayo de 1987, en la que declara que la voluntad de no cumplir se pone de manifiesto con las reiteradas reflexivas y conscientes omisiones de pagar el precio, lo que define la actitud proclamada por la jurisprudencia, de exteriorización de intencionalidad, y *altera profundamente el equilibrio en que se asienta la causa contractual*.

que la parte acreedora pueda tener en que se decrete la resolución. En este punto le faltaba al Tribunal Supremo todavía un largo camino que recorrer hasta alcanzar un grado de objetivación aceptable (80).

4) Pero en la evolución jurisprudencial se observa una tendencia a estrechar ese margen de arbitrio a través de una mayor concreción y claridad en la determinación de las causas que provocan una verdadera frustración contractual, y que de manera evidente suponen ya un incumplimiento.

Así en las importantes Sentencias de 20 y 28 de noviembre de 1985 y 9 de octubre de 1987 afirma con toda precisión que basta con que se produzca *el hecho del incumplimiento* (obstaculizador del fin normal del contrato, frustrando las legítimas expectativas de la otra parte, que se ve privada de alcanzar el fin económico perseguido con el vínculo negocial), *sin que sea menester indagar si concurre un específico elemento volitivo* dirigido a vulnerar la obligación, sino que basta la incuestionable realidad de un *incumplimiento sustancial* no provocado por el acreedor, como sucede cuando se deja de pagar *una parte importante* del precio (81).

En la de 12 de mayo de 1988 declaró que no se puede exigir una aplicación literal de una voluntad deliberadamente rebelde, que sería tanto como exigir dolo (se resiste a abandonar dicha frase), y que es suficiente apreciar incumplimiento cuando se frustra el fin contractual por la conducta del comprador o cuando se obliga al vendedor a acudir a la vía

(80) Se preguntaba Díez PICAZO (*ob. cit.*, pág. 395) cual podía ser ese "interés atendible" que justifique el retraso resolutorio. Y contesta que no puede ser el perjuicio que es presupuesto para una indemnización pero no para la resolución (a pesar de que la Sentencia de 5 enero 1935 recurrió a dicha idea del perjuicio).

Y prescinde de acudir a máximas abstractas para, utilizando un método de muestreo, investigar y sistematizar los casos concretos resueltos.

La tesis de Díez PICAZO respecto al perjuicio parece corroborada por Sentencia de 2 de febrero de 1990 en la que se afirma que, salvo en el supuesto de craso incumplimiento sin posibilidad restauradora, el comprador mantiene su adquisición, al margen del resarcimiento de los perjuicios irrogados.

Anteriormente JORDANO BAREA (*ob. cit.*, págs. 307 y ss.) había sostenido que el incumplimiento ha de ser grave, y, por tanto, una verdadera inexecución, por no satisfacer ya plenamente el interés del acreedor.

Y que, por tanto, ha de tratarse de una violación sustancial del contrato, para que produzca la resolución.

(81) En la Sentencia de 20 de noviembre de 1985 se había prolongado el impago durante seis años y la cantidad era importante, se pagaron cuatro millones y medio de veinticinco millones y medio (actitud de la que claramente se desprende un proceder contrario al fin normal del contrato).

En la de 28 de noviembre de 1985 se produjo el impago de varias letras, con necesidad de ejercitar la acción ejecutiva para su cobro en algunos casos, lo que patentiza esa actitud obstaculizadora al fin normal del contrato. Y en Sentencia de 9 de octubre de 1987 se había dejado de pagar una parte importante del precio, lo que patentiza esa actitud obstaculizadora del fin normal del contrato.

judicial para obtener la resolución ante el largo tiempo de inactividad (dos años y medio) y adeudándose una suma importante.

En la de 5 de junio de 1989 vuelve a declarar que para la resolución del contrato no se requiere una actitud dolosa, que es lo que apunta la frase voluntad deliberadamente rebelde, sino que es suficiente que se frustre el fin del contrato para la contraparte, y —añade— que haya un incumplimiento inequívoco y objetivo, sin que sea preciso una tenaz y persistente resistencia obstativa, bastando frustrar las legítimas aspiraciones de la contraparte; y que la omisión del comprador puede consistir —como ocurrió en el caso debatido— en una prolongada *inactividad o pasividad del deudor* (durante más de dos años).

Y en la Sentencia de 20 de diciembre de 1989 afirma el Tribunal Supremo que las últimas sentencias (y cita la de 12 mayo 1989) mitigando el rigor del lenguaje que se deriva de la frase voluntad deliberadamente rebelde, que parece sólo identificable con impago doloso, aplica la resolución a los casos en que se da el hecho obstativo del impago, la quiebra de la finalidad económica del contrato, y, por último —*aquí está una aproximación a la objetivación del incumplimiento*—, el impago duradero, prolongado e injustificado (y cita las Sentencias de 26 enero 1988, 29 febrero 1988 y 8 febrero 1989). En el caso se había dejado de pagar 3.900.000 pesetas durante largo tiempo.

5) Verdaderamente, si el incumplimiento (impago) es duradero y prolongado, y el vendedor cumplió por su parte sus propias obligaciones, es difícil que se pueda apreciar justificación alguna. Por eso el Tribunal Supremo prescinde ya, en una serie de sentencias, de toda argumentación genérica, para basar el fallo en causa concreta y determinada, con lo que va reduciendo el ámbito del arbitrio judicial.

Y así en Sentencias de 18 de octubre y 2 de noviembre de 1985 sostuvo que el ánimo infractor (craso incumplimiento) queda demostrado por el mero hecho de la ineffectividad del precio; doctrina ésta que se repite en Sentencia de 28 de octubre de 1985 en la que se declara que basta que quede acreditada una verdadera omisión de la prestación, que no implique mero retraso, sino dejar de cumplir la prestación principal indefinidamente, lo que se produce cuando el retraso es prolongado y de parte importante del precio (se había dejado de pagar cuatro de seis millones y retrasado de abril de 1977 a septiembre de 1988); añadiendo la de 21 de febrero de 1986: máxime si ha incurrido en prolongada inactividad. Y en la de 18 de abril de 1989 declara que el impago sustancial de parte del precio, el prolongarse tal situación y la dejación definitiva de dicha obligación son suficientes para decretar la resolución (82).

(82) A salvo que intervengan circunstancias demostrativas de que al comprador no

6) En algunas sentencias llega a una total objetivación del impago afirmando que basta para que se produzca el efecto resolutorio, el hecho del impago y el requerimiento por el que se señalaba un plazo al comprador para abonar el precio y, en su defecto, se le notificaba la resolución (Sentencias de 26 enero 1987 y 30 septiembre 1987, en la que añade que el 1.124 no se puede invocar cuando hay pacto comisorio, que se rige por el artículo 1.504) (83). En Sentencia de 8 de febrero de 1988 reitera la especialidad del 1.504, que entra en juego cuando tras el requerimiento por el vendedor se pone de manifiesto la voluntad de simple negativa a pagar por el comprador (84).

Y, por último, la de 26 de noviembre de 1990 en la que sencillamente considera como requisitos suficientes para que se produzca la resolución, el impago y el requerimiento de pago y resolución.

A lo largo de este análisis jurisprudencial se observa una tendencia evidente a objetivar el impago por causa de resolución basada en el pacto comisorio, pudiendo concluirse que en los casos resueltos por todas las sentencias que denegaron la resolución (analizadas por mí desde 1985 hasta hoy) la causa justificada alegada por el comprador para eludirla y acogida por el Tribunal Supremo ha sido en la casi totalidad, *el incumplimiento por parte del vendedor de sus obligaciones*. Y que sólo en *tres sentencias* se denegó la resolución (a pesar de que el vendedor había cumplido sus obligaciones) por considerar que el *retraso era justificado*. Y son la de 15 de septiembre de 1989, que rechazó la resolución porque el comprador no pagó dos plazos (dos meses), pues se había ausentado por

le es reproachable la falta de prestación, *que han de ser alegadas y probadas oportunamente*.

La Sentencia de 19 de junio de 1989 entendió que no hay incumplimiento cuando no se alegan ni prueban circunstancias demostrativas de un irrespetuoso proceder del comprador con lo acordado y, por lo tanto, con las pautas de la buena fe que ha de presidir la ejecución contractual. Pero se trataba de una mera declaración incidental formulada con ocasión de afirmar la exigencia del previo requerimiento de pago que debe preceder a la resolución. Doctrina que se repite en la Sentencia de 2 de febrero de 1990. Pero en ambas la *ratio decidendi* había sido que el vendedor había incumplido su obligación principal.

Esta exigencia de alegar y probar no puede ni debe tenerse pues en consideración ya que el Tribunal Supremo de manera terminante consideró, en contra, que basta el impago para que se produzca la resolución, en Sentencias de 18 y 28 de octubre de 1985, 26 de febrero y 26 de junio de 1986, en las que se afirma claramente que el incumplimiento no rebelde *hay que acreditarlo*.

(83) En el caso se trataba de un impago de parte importante durante tiempo prolongado: había vencido en el año 1979 y en el 1982 todavía no se había pagado.

(84) El vendedor había requerido de pago para que en el plazo de ocho días lo efectuas, y transcurrido dicho plazo con largueza volvió a requerirle, ahora de resolución.

trabajo a los Estados Unidos, pero inmediatamente hizo la transferencia un hermano que había recogido la cédula. Se acreditó por el comprador que estaba al corriente en el pago de los plazos y que no hubo incumplimiento rebelde e indefinido sino mero retraso explicado, justificado y subsanado.

La Sentencia de 13 de octubre de 1989 que tampoco admitió la resolución (a pesar de que el vendedor había cumplido) pues el comprador había abonado un 96 por 100 del precio y pretendió abonar el resto una vez fue demandado, a pesar de que no lo hizo ajustadamente a derecho (había consignado un cheque), antes de contestar a la demanda, habiendo contestado al requerimiento de forma que el asunto se resolvería de manera amistosa.

Y la Sentencia de 14 de febrero de 1991 que rechazó la resolución porque el impago se debió a un error en el número de cuenta en la que se domiciliaron las letras (85).

En las tres sentencias se trataba pues de un retraso puro, sin más, es decir, independientemente de la actuación del vendedor (86).

En definitiva, sólo considera incumplimiento del comprador cuando se produce un impago importante en la cantidad y en el tiempo. Y que únicamente está justificado el impago (además de los casos en los que el vendedor incumple) cuando hay un mero retardo sin importancia.

(85) Solamente una Sentencia de 18 de marzo de 1988 realiza una afirmación que resulta inaceptable. Reconoce que el comprador tuvo una conducta morosa que se convirtió en habitual retraso, pero que no traspasó el marco del mero retraso y su comportamiento no entra en la órbita de la deliberada rebeldía. El comprador había pagado siempre con retraso venciendo el último plazo el 31 de octubre de 1982, y el 13 de diciembre en acto de conciliación reiteró su propósito de resolver.

Es esta una extraña sentencia que rompe el equilibrio en favor del comprador, e introduce el arbitrio judicial sin que aparezca claro el fundamento de la equidad y buena fe.

(86) En otros casos que denegó la resolución por considerar el retraso justificado, se basó en la dificultad del cumplimiento, a la que no era ajeno el propio vendedor. Así, en Sentencia de 6 de marzo de 1987 no se admitió la resolución pues el precio no se había concretado todavía. Se trataba de una venta de VPO en la que se estableció que el precio se fijaba provisionalmente en una cantidad, a resultados de la cédula de calificación definitiva. Otorgada la calificación definitiva el comprador no aceptó el precio y lo impugnó, y esta pendiente de resolución. En Sentencia de 3 de diciembre de 1988 tampoco estaba clara la forma de pagar el último plazo por lo que el litigio o discusión o diferencia de interpretación eliminan la voluntad obstativa.

En Sentencia de 21 de julio de 1990 se dice que la voluntad obstativa al cumplimiento no existe cuando se cuestiona el importe adeudado, al haberse efectuado novación y no estar clara la cantidad debida. Añade el Tribunal Supremo que la declaración sobre el cumplimiento o incumplimiento de las obligaciones es una cuestión fáctica, cuando ello depende sólo de que se hayan realizado y omitido ciertos actos, pero puede constituir cuestión de derecho cuando la base para determinar el incumplimiento está más que en los actos, en la trascendencia jurídica de los mismos

Por lo tanto, a la valoración de esta importancia del retraso queda reducida la relatividad del pacto comisorio, y constituye el último reducto en el proceso de objetivación del impago, que el Tribunal Supremo ha llevado a cabo sobre todo en los últimos tiempos, y a cuyo análisis y posibilidad de mayor refuerzo dedicaremos la última parte de este trabajo.

Por todo ello el camino que actualmente sigue el Tribunal Supremo es digno, a mi juicio, de encomio, dada su ponderación y carácter progresista (87), siquiera podría perfeccionar los conceptos y términos técnicos empleados olvidándose de aquellas dos frases ampulosas y que ya nada significan: voluntad deliberadamente rebelde y hecho obstativo que de manera irreformable impide el cumplimiento.

Le basta fundar la justificación del retraso como luego veremos en los principios de equidad y justo equilibrio de las prestaciones que deben presidir la contratación y más concretamente en el abuso del derecho. Sin perjuicio de que, como veremos luego, se puede, sin merma de estos principios, avanzar un paso más en el refuerzo del pacto comisorio y objetivación del impago, admitiendo que el requerimiento del 1.504 es un requerimiento de pago y no mera notificación, como luego pretendo demostrar, pues entendido como mera notificación de resolución siempre se originará la duda de si es intempestiva y abusiva.

Las anteriores consideraciones podrían inspirar una cierta tranquilidad, a pesar de la voz de alarma dada por los autores, procedentes sobre todo del ámbito notarial, más atentos quizá a la realidad social que impuso una generalización de la cláusula resolutoria pactada como recurso eficaz de garantía del precio aplazado.

No se puede dejar de reconocer, sin embargo, que su temor resulta justificado desde el año 1982, al pretender la Dirección General de los Registros aplicar al pacto comisorio los criterios que inicialmente había formulado el Tribunal Supremo, pero sin recoger las matizaciones y evolución que, como hemos visto, se operó en los últimos tiempos.

2.B. Análisis de la jurisprudencia de la Dirección General de los Registros y del Notariado.

En el ámbito puramente registral la eficacia del pacto comisorio aparece regulada de manera mucho más clara y definida en los artículos 11 LH y 59 RH. De ambos preceptos se desprende, por un lado la eficacia real, *erga omnes*, que se consigue con la inscripción (art. 11), y, por otro,

(87) Por carácter progresista entiendo aquí la consecución de una más justa y equitativa protección de los intereses de las partes, y, como consecuencia, de una mayor paz social, en la medida que produce más seguridad en las transacciones

un mecanismo sencillo y ágil de realización de la garantía en caso de impago a través del procedimiento de los artículos 59 y 175.6.º RH. Con esta regulación, el automatismo y la eficacia del pacto comisorio queda perfectamente definida y reforzada al configurarse como un instrumento de autotutela que permite conseguir la efectividad de la garantía de modo extrajudicial, con todo lo que ello significa en ahorro de tiempo, gastos y molestias derivadas del pleito.

La Dirección General de los Registros hasta el año 1982 había admitido el rigor tradicional de la cláusula resolutoria inscrita, que la convertía en un enérgico mecanismo de protección del vendedor (88).

La Resolución de 17 de noviembre de 1978 consideró que los artículos 1.504 CC, 11 LH y 59 y 175.6.º RH introducen un enérgico sistema de autotutela a favor del vendedor que le permite obtener la reinscripción de los bienes transmitidos en caso de incumplimiento por el comprador de su obligación de pagar el precio a través de un procedimiento caracterizado por su automatismo (89).

La doctrina hipotecarista como hemos visto, ante la clara y terminante redacción de los artículos 11 LH y 59 RH no vaciló primero en calificar la cláusula resolutoria como condición (con lo que facilitaba el camino para explicar sus drásticos efectos), ni en reconocer su automatismo y rigor resolutorio (90).

Sin embargo, en Resolución de 29 de diciembre de 1982 se introduce un cambio radical, que permite afirmar a sus comentaristas que, después de la misma, la cláusula resolutoria ha perdido su principal ventaja: la reinscripción del inmueble a favor del vendedor sin necesidad de intervención judicial (91).

(88) Ver nota número 17.

(89) Precisamente por ese rigor del automatismo consideró que debía ser mirado con todo tipo de cautelas a fin de salvaguardar los derechos de todos los interesados y terceros y evitar que el vendedor, en particular en los casos en que se ha pactado cláusula penal, por su sola voluntad y sin intervención de los Tribunales pueda decidir unilateralmente una cuestión, en la que el artículo 175.6.º del Reglamento Hipotecario sólo le autoriza a realizarla si devuelve los plazos recibidos mediante consignación bancaria o en Caja de Ahorros.

(90) Así ROCA SASTRE, CAMY y MIQUEL citados (ver notas 11 y 22).

(91) Así ROMERO GIRÓN (*ob. cit.*, pág. 384). Y CORDERO GARRIDO (*Boletín Colegio de Granada*, 1983, pág. 895) quien manifiesta que la Resolución de 1982 sienta una doctrina claramente proteccionista del comprador, si bien parece que exagerada en algún aspecto y llega en ocasiones a producir evidentes perjuicios al vendedor.

También BALERIOLA (*ob. cit.*, págs. 288 y 289).

En cambio MIQUEL (*ob. cit.*, pág. 1.538) considera que la Dirección General por razones de equidad ha admitido que la cuestión queda automáticamente reconducida al ámbito judicial a base de simples alegaciones de disentimiento, y considera que, pese a su *alegalidad*, es alentadora para conseguir una revisión del artículo 11 de la Ley

La tesis que la referida Resolución de 1982 sostiene es la siguiente:

1.º Que para que el vendedor pueda proceder a la reinscripción del inmueble a su nombre habrá que tener en cuenta no sólo si se han cumplido los requisitos y formalidades del artículo 59 RH, sino también si se han realizado por el vendedor aquellas otras obligaciones derivadas de la propia cláusula pactada, como podría ser, en su caso la consignación, de acuerdo con el artículo 175.6.º RH.

Hasta aquí resulta lógica y congruente con el mecanismo que he perfilado sobre el pacto comisorio, y, por ello, y en la medida en que éste está integrado en la médula causal del contrato que genera obligaciones recíprocas, se exige que el que pretenda resolver tenga por su parte cumplidas las obligaciones principales. En el caso de la cláusula resolutoria inscrita la reinscripción, desde aquella perspectiva no ofrecerá más dificultad que la devolución de las cantidades satisfechas, tal como rigurosamente exige la Dirección General a partir de la Resolución de 17 de septiembre de 1978, pues el deber de entrega y de escrituración, que son los principales del vendedor, resultan cumplidos de la misma inscripción (92).

2.º Más importancia tiene la siguiente afirmación: "Es preciso no olvidar la reiterada jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo de que para el ejercicio de la acción resolutoria derivada del 1.124 o de la resolución prevista en el 1.504 es necesario el exacto cumplimiento por parte del vendedor de sus obligaciones, *así como una voluntad deliberadamente rebelde a dicho cumplimiento por parte del comprador*, y, por tanto, si al hacerse el "requerimiento" *no se allana el requerido, sino que se opone categóricamente a él*, a tal resolución contractual no se puede dar eficacia sin que sea estimada y declarada por los Tribunales, y es mediante ésta, cuando no existe conformidad en las partes, como debe obtenerse y pro-

Hipotecaria en el sentido de que exija la adverbación judicial, pero que no cabe duda de su confrontación total con el sistema vigente (pág. 1.538).

(92) En cuanto al posible incumplimiento como consecuencia de defectos de la finca, posteriormente surgidos, que, en ocasiones, el Tribunal Supremo consideró suficientes para paralizar la resolución, escapa, a mi juicio, a la consideración registral, y sólo podría definirse en una etapa posterior, mediante la correspondiente decisión judicial. Pero ello no debe paralizar la autotutela que supone la reinscripción, sin que tales alegaciones puedan tenerse en cuenta por el Registrador, pues a dichos aspectos no puede alcanzar la calificación. En otro caso la eficacia de la cláusula resolutoria quedaría seriamente afectada, en contra de lo pretendido por el legislador en los artículos 1.504 del Código Civil, 11 de la Ley Hipotecaria y 59 y 175 6.º del Reglamento Hipotecario, pues la alegación de posibles defectos, siempre difíciles de valorar en cuanto a si tienen importancia suficiente para paralizar la resolución, escapa al mecanismo propio de nuestro sistema registral.

Como luego veremos, es preciso distinguir los planos sustantivo y registral, tal como lo hizo el Tribunal Supremo en Sentencia de 19 de julio de 1989

ducirse la declaración resolutoria". Y que solamente cuando no se opone el comprador y se consigna conforme al artículo 175.6.º RH es cuando se puede reinscribir el inmueble a favor del vendedor y cancelar el asiento a favor del comprador.

Para el análisis de estas declaraciones conviene distinguir dos aspectos. Por un lado, el tratamiento o configuración que da a la cláusula resolutoria, y por otro, la exigencia concreta, para lograr su efectividad, de que el comprador no se oponga al requerimiento.

En relación con la primera cuestión, hay que reconocer que la Dirección General ha hecho un esfuerzo importante para enfocar y adentrarse en la esencia del pacto comisorio. Es curioso comprobar como en ninguno de sus considerandos utiliza el término *condición*. Y sí, en cambio, facultad resolutoria y pacto comisorio, cuyo funcionamiento conecta con la causa del contrato, al recoger explícitamente la doctrina jurisprudencial en tal sentido asimilando la acción *ex* 1.124 con la resolución del 1.504 a los efectos de exigir el exacto cumplimiento por el vendedor de sus propias obligaciones, lo que, en definitiva, no es más que un reconocimiento del fundamento del pacto resolutorio en el sinalagma funcional. Y ésta es la tesis que aquí en este trabajo vengo defendiendo.

Por otra parte reconoce explícitamente también el automatismo del pacto comisorio "ya que puede el vendedor, en base al artículo 1.504, por su propia voluntad y sin intervención de los Tribunales decidir unilateralmente la resolución del contrato pactado" (93). Aunque dicho automatismo y extrajudicialidad lo limita en el sentido ya expuesto de que no bastan los requisitos del 59 RH sino que el Registrador ha de tener en cuenta si el vendedor ha realizado las obligaciones derivadas de la propia cláusula pactada, como podría ser en su caso la consignación *ex* 175.6.º RH.

Hasta aquí la Dirección General se pronuncia con fundamento y cautela. Pero no puede decirse lo mismo cuando afirma, citando la Sentencia de 16 de noviembre de 1979, que si al hacerse el "requerimiento" no se allana el requerido, sino que se opone, a tal resolución no se puede dar eficacia sin que sea estimada y declarada por los Tribunales.

En primer lugar hay que decir que una cosa es el reforzamiento que el pacto comisorio significa respecto a la facultad resolutoria genérica en el plano sustantivo, y otra que dicho reforzamiento toma un perfil distinto cuando accede al Registro, pues entonces su automatismo y extrajudicialidad tienen su apoyo en la regulación clara que los artículos 11 LH y 59 RH le dispensan. Además, la cita de las sentencias, en especial la de 16

(93) Si bien lo hace para señalar la trascendencia que ello tiene al objeto de aplicar la cancelación *ex* artículo 82.2 de la Ley Hipotecaria, que dado su rigor debe ser examinado con todo tipo de cautelas.

de noviembre de 1979 no es un argumento muy convincente pues hay que tener en cuenta las características de la resolución ejercitada por vía judicial, ya que el Juez puede aplicar criterios de equidad, buena fe, etc., mientras que el Registrador tiene las limitaciones propias del funcionamiento del Registro, que le impiden entrar en consideraciones o juicios de valor, pues escapan a su facultad calificadora. Por otra parte el hecho de no allanarse el comprador al requerimiento es justamente el presupuesto de la acción judicial para ejercitar la resolución; y, por último, que en la sentencia referida la *ratio* para no admitir la resolución fue que el requerimiento era impreciso y que el vendedor había incumplido sus obligaciones.

En cuanto a la declaración de la neutralización de la resolución extrajudicial con la mera oposición, es ir muy lejos, más que el mismo Tribunal Supremo que exige prueba de que el impago sea justificado. Supone también desconocer el reforzamiento que el pacto comisorio significa y el fortalecimiento y eficacia que el mecanismo registral le inyecta; y debilitar un instrumento básico para el tráfico inmobiliario y la seguridad jurídica, tal como ha reconocido el Tribunal Supremo en Sentencia de 4 de febrero de 1991. Además, la mera oposición sin causa que la justifique, no es sino el reconocimiento de la voluntad obstativa al cumplimiento, y, por tanto, la verificación del incumplimiento.

Y sin que valga el argumento de que la cancelación automática, a que se refiere el párrafo segundo del artículo 82 LH, supone un procedimiento que debe ser examinado en su aplicación con todo tipo de cautelas, dado el rigor con que se produce; ya que precisamente para el supuesto de resolución por pacto comisorio el propio legislador ha diseñado el marco y requisitos para que la cancelación automática tenga lugar, en el artículo 59 RH y su complementario artículo 175 RH que establece en concreto, en su regla sexta, los requisitos que se deben cumplir para que pueda aplicarse el artículo 82.2 al supuesto de ventas sujetas a condiciones rescisorias o resolutorias. La aplicación de este último precepto es lógica, pues aunque se refiere a condiciones resolutorias y rescisorias habrá que entenderlo referido también a la resolución en virtud de pacto comisorio, tanto por la equivalencia de sus efectos (art. 1.124, último párrafo), como por congruencia con la terminología empleada por la Ley Hipotecaria en su artículo 11.

Bien está, que de acuerdo con la configuración que ha diseñado la Resolución de 1982 para la cláusula resolutoria, que acerca su fundamento al sinalagma y, por tanto, también su conexión con la causa, el Registrador califique aquellos presupuestos que se derivan del título y documentos presentados y del propio Registro (escrituración, existencia de cargas no

declaradas *ex art.* 1.502, pago o extinción de la obligación). Pero muy distinto es que pretenda que el Registrador al igual que un Juez penetre en las causas justificadoras del impago, basadas en consideraciones o juicios de valor (equidad), que escapan a su función calificadora, y que desnaturalizarían un mecanismo diseñado perfectamente para la seguridad del tráfico inmobiliario, a cuyo fin justamente responde la misma existencia y finalidad del Registro de la Propiedad.

En este sentido se podría decir que la Dirección General de los Registros ha hecho una aplicación desajustada, a mi juicio, tanto de los artículos 11 LH y 59 RH, cuya redacción y fundamento resultan claros, a través de una doctrina unánimemente aceptada acerca de su funcionamiento, como de la propia jurisprudencia del Tribunal Supremo.

Y no tiene en cuenta lo siguiente:

1.º Que la mayoría de las sentencias que han accedido a la resolución como consecuencia del pacto comisorio se refieren a supuestos de incumplimiento por parte del vendedor de sus propias obligaciones.

2.º Que también una gran parte de dichas sentencias resolvieron casos de aplicación de la facultad resolutoria *ex* 1.124 sin el refuerzo del pacto comisorio, que referida al impago del precio de inmuebles ha de complementarse necesariamente con la exigencia del requerimiento del artículo 1.504. (Es decir, en la mayoría de los casos no se trataba de pacto comisorio, sino de acción resolutoria *ex* artículo 1.124, y, por lo tanto, como hemos visto, sin el refuerzo determinante del automatismo que el pacto comisorio le añade.)

Convendría dejar claro que el artículo 1.504 se limita a establecer un requisito común a la acción *ex* 1.124 y el pacto comisorio, y que la regulación del 1.504 no debe identificarse con este pacto, como muchas veces se hace, pues a él alude solamente como un supuesto más que la norma contempla.

3.º Que el mismo Tribunal Supremo ha matizado y mitigado el significado de la tan repetida como inconsistente frase voluntad deliberadamente rebelde, *para reducirla* simplemente al mero hecho de la ineffectividad del precio y, en definitiva, a un retraso duradero y prolongado, cuando no y de una manera totalmente objetivada, al impago (sin más consideraciones valorativas), tal como hemos tenido ocasión de ver (sobre todo si se le ha dado al comprador la oportunidad de cumplir a través de un requerimiento de pago).

4.º Que existen Sentencias anteriores a 1982 que desconectan el artículo 1.504 del 1.124 y, muy concretamente, las de 3 de marzo de 1967, 22 de diciembre de 1978 y 29 de mayo de 1982, en las que, de manera terminante, se dice que una vez practicado el requerimiento, en los casos

regidos por el artículo 1.504 “se determina la resolución sin admitir aquellas aplicaciones de causas justificadas de incumplimiento”.

La doctrina reaccionó con sorpresa y críticamente contra la citada Resolución de 1982 e intentó dulcificar sus efectos, señalando que *no basta cualquier oposición del comprador* sino que ha de manifestar que falta uno u otro de los presupuestos de la resolución (94) y que la falta de culpabilidad ha de probarse (95).

En efecto, el comprador que se opone al requerimiento deberá manifestar la causa del impago, sin que sean relevantes más que aquéllas, que como he anticipado, puedan ser calificadas por el Registrador, según los documentos presentados y los datos del Registro (art. 18 y 99 LH y 174, párrafo 1.º, RH) (entrega, escrituración, cargas no declaradas, acción reivindicatoria anotada, embargos anteriores, pago, novación o extinción), y sin que aquél pueda entrar a enjuiciar si ha habido o no una voluntad deliberadamente rebelde. Por el contrario, una mera oposición sin causa equivaldría a una constatación del incumplimiento o de la misma voluntad deliberadamente rebelde. Pero además, ha de probar la causa alegada, pues como el Tribunal Supremo tiene declarado la voluntad infractora del

(94) Así ROMERO GIRÓN (*ob. cit.*, pág. 386) quien añade que el requerimiento del vendedor sólo será eficaz si éste ha cumplido su obligación y así lo manifiesta y acredita en el acto, y que la oposición del comprador ha de ser congruente con la resolución del vendedor: no puede oponerse categóricamente sin expresión de causa y sólo puede manifestar para enervar la resolución el hecho del pago, su novación u otro que desvirtúe el impago.

En los mismos términos CORDERO GARRIDO (*ob. cit.*, pág. 896), quien matiza que la relación sinalagmática no produce en el comprador más obligación que la del pago del precio, hecho puro y simplemente objetivo que se compadece mal con una interpretación excesivamente amplia de la voluntad deliberadamente rebelde. Es decir, no debe tenerse en cuenta más voluntad rebelde que la relacionada con el pago y como hecho objetivo que es, se puede decir que sólo el pago es expresión de tal voluntad. Por tanto, no debe tener trascendencia otra oposición que no sea el pago, novación o compensación.

(95) Como dice ROMERO GIRÓN (*ob. cit.*, pág. 382), si el vendedor ha de probar en el requerimiento el cumplimiento de sus obligaciones, lógico es también que lo haga el comprador, para no romper el equilibrio en su favor. Y para evitar que esta prueba resulte dificultosa debería preverse en la escritura el medio de prueba [expedición por el vendedor de recibos por cada plazo, constancia del pago parcial en el Registro por nota (art. 58 RH), acta de pago parcial, etc.] Y que no hay que olvidar que la oposición del comprador cualquiera que sean las limitaciones, tiene el breve plazo de dos días hábiles que establece el Reglamento Notarial. Concluyendo que, aunque la condición resolutoria ha perdido gran parte de su eficacia puede decirse que, en caso de que prospere la interpretación apuntada, aun resulte ventajosa frente a otras fórmulas alternativas (pág. 390).

Y CORDERO GARRIDO (*ob. cit.*, pág. 897) considera que si se establecen con medios de pago letras de cambio bastará para acreditar el impago, el protesto, lo que excluye toda oposición salvo novación o compensación que deberá acreditarse fehacientemente.

comprador viene determinada por el hecho mismo del impago, siempre que no medien causas demostradoras de que no le es reproachable la falta de prestación, lo que ha de ser *oportunamente alegado y probado*. (Sentencias de 29 abril, 18 y 28 octubre 1985 y 26 junio 1986).

Hoy habrá que tener en cuenta, además, la doctrina que se desprende de la Sentencia de 19 de junio de 1989 que distingue, aunque con escasa claridad, justo es reconocerlo, los dos ámbitos sustantivo y registral en los que se mueve (planos distintos) el pacto comisorio. El sustantivo a través del 1.504 y el adjetivo formal propio del mundo tabular a través del artículo 59 RH, y reconoce que las ordenaciones en principio pueden no coincidir en lo relativo al alcance de sus efectos (puede que se planteen discrepancias entre los efectos jurídicos derivados del mundo real o sustantivo y del mundo registral o formal), en cuyo caso no hay duda que será el mandato judicial en el que coordine esas consecuencias (96). Se trataba de declarar la nulidad de la reinscripción realizada a pesar de la oposición del comprador. No dio lugar a la misma porque había un tercero registral.

Esta sentencia a pesar de su confusa y compleja redacción, nos puede orientar en el sentido de que la inscripción de la cláusula resolutoria añade un aspecto nuevo, que no puede ser otro que un mayor rigor y automatismo, en consonancia tanto con su regulación registral concreta (art. 11 LH y 59 RH) como con la misma finalidad y objetivos que el Registro de la Propiedad persigue.

Verdaderamente, si la Dirección General de los Registros en el futuro tiene en cuenta la evolución operada por el Tribunal Supremo hacia una objetivación del impago y la exigencia de que cualquier causa justificatoria debe probarse, así como la distinción realizada por la sentencia antes referida, debería atemperar su solución en un tema crucial para la seguridad del tráfico como es el de la garantía del precio aplazado en la compra de inmuebles, ya que si persistiera en la doctrina de la Resolución de 1982,

(96) En el plano sustantivo reitera la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo sobre el 1.504 en el sentido de que, salvo un craso incumplimiento o una intencionalidad transgresora sin posibilidad restauradora, el comprador mantiene su adquisición, entendiéndose que no hay incumplimiento cuando no se alegan ni prueban circunstancias demostrativas de un irrespetuoso proceder del comprador con lo acordado y, por lo tanto, con las pautas de la buena fe. En el Derecho hipotecario, el artículo 82.2 ° contempla las cancelaciones automáticas o sin consentimiento del titular, y encaja y coordina con el artículo 59 del Reglamento Hipotecario, del que se desprende que se debe propiciar la viabilidad de esta cancelación en la que basta el requerimiento de pago y el impago para que funcione el automatismo.

Y que no si no coinciden ambas soluciones, la sustantiva (improcedencia de la resolución) y la hipotecaria (automatismo), hay que dar primacía a la decisión judicial (art. 1 LH).

podría originar un debilitamiento de la fuerza de la cláusula resolutoria y su desplazamiento como medio eficaz de garantía, en beneficio de otras fórmulas cuyos efectos y resultado final presentan serios inconvenientes (opción de compra o simplemente la no escrituración); a pesar de que siempre se había considerado como el más idóneo instrumento para garantizar el precio aplazado en la compraventa de bienes inmuebles.

Parece lógico, pues, pensar que ante tal tendencia jurisprudencial y la crítica tan fundada de los comentaristas, que han llegado incluso a considerar la posibilidad de obviar la escritura pública (97), rectifique la tesis iniciada por aquella Resolución, pues contrasta con la jurisprudencia del Tribunal Supremo de sentido progresista, sobre todo en los últimos años que ha elaborado una doctrina interpretativa del pacto comisorio equilibrada y ajustada, a través de matizaciones sucesivas, no exentas de una dosis importante de autocritica, con la que ha llegado a una elogiable solución, en la medida que potencia el rigor y la fuerza del pacto comisorio, a la vez que respeta la equidad, que impone en ciertos casos un freno a la resolución (98).

Pero resulta alentador que la Dirección General de los Registros no haya vuelto a repetir la tan criticada tesis mantenida en Resolución de 1982. Por el contrario, en resoluciones posteriores ha destacado la fuerza y automatismo del pacto comisorio, a la vez que ensancha su campo de aplicación a los intereses, y da entrada en el Registro a la cláusula penal, si bien remite —a mi juicio acertadamente— la ejecución de ésta a la decisión judicial (99).

(97) Así ROMERO GIRÓN (*ob cit.*, pág. 385) para quien podría considerarse más ventajoso para el vendedor no otorgar escritura, con lo que la posición del comprador en el documento privado sería francamente débil y precaria.

(98) El pacto comisorio produce sus efectos de manera automática, siempre que el vendedor haya cumplido sus obligaciones y el comprador haya omitido el pago de forma duradera y prolongada. Sólo ante un retardo mínimo y justificado procede el pago posterior al requerimiento.

(99) Hay que reconocer que, con posterioridad a la tan comentada Resolución 1982, la Dirección General no ha vuelto a hacer la declaración tan criticada de la exigencia de voluntad deliberadamente rebelde, ni tampoco que basta que el comprador se oponga para paralizar la reinscripción.

En las de 3 y 4 de diciembre de 1986 y en la de 24 de marzo de 1987 afirma que el 1.504 posibilita la resolución automática por impago del precio, automatismo que sólo queda justificado por la frustración del fin básico perseguido, por la quiebra del equilibrio fundamental, pero no cuando el propósito determinante del negocio queda consumado, aunque no sus consecuencias accesorias (se trataba de extender el pacto comisorio al ITE).

En las de 16 y 17 de septiembre de 1987 y 19 de enero de 1988 reproduce solamente el considerando de la Resolución 1982 referido a la exigencia de que el vendedor haya cumplido sus obligaciones “como podría ser la consignación”, en su caso, sin que quepa

3. *Ensayo de un esquema que ofrezca un criterio más seguro para la aplicación de la cláusula resolutoria.*

Hemos visto cómo el pacto comisorio reforzaba la facultad resolutoria genérica en un doble campo: en el de los efectos y en el de su automatismo, pero que en el sinalagma funcional en el que se integra y del que no puede desconectarse impedía que dicho automatismo fuese absoluto y sin frenos.

Analice su incidencia en relación con la aplicación del artículo 1.502, con la correlativa obligación por parte del vendedor y, por último, con la obligación de pago del comprador. Y he mantenido que solamente a éste último aspecto afecta de modo natural el reforzamiento del pacto comisorio, y que de acuerdo con la jurisprudencia más evolucionada sólo un retraso duradero y prolongado provocará la resolución, quedando como único reducto que relativiza la eficacia y automatismo del pacto comisorio el del simple retraso sin importancia, cuya determinación exige una valoración por los tribunales acerca de si justifica o no la paralización del efecto resolutorio.

Y llegado a este punto cabe plantear las siguientes cuestiones:

a) ¿Se puede entender que el pacto comisorio, si así se estipula expresamente, puede reforzar la facultad resolutoria en el sentido de que el hecho objetivo del impago sin más, desencadena la resolución?

disminuir nada en base a una cláusula penal, cuando pueda tener lugar la corrección judicial del 1.154 del Código Civil.

En Resolución de 4 de febrero de 1988 exige la consignación total incluso cuando el comprador se da por reintegrado, cuando el bien ha sido gravado con posterioridad, pues debe hacerse en favor de todos los titulares implicados. Y afirma que la resolución como acto unilateral está sujeta en los requisitos (la consignación), forma (acta notaria) y efectos, a un régimen rígido. Y que su automatismo y extrajudicialidad no puede predicarse totalmente de las consecuencias accesorias estipuladas como es la efectividad de la cláusula penal, sujeta a corrección por los tribunales (art. 1.154 CC).

La Resolución de 5 de febrero de 1990, a pesar de la rigidez con que la Dirección General interpreta el pacto comisorio, admite su extensión a los intereses del precio aplazado, pues el negocio es único, y que el 1.504 puede aplicarse a figuras afines, expresamente (art. 1.541 CC), o por analogía (art. 4.1.º CC), y afirma su licitud cuando se trata de evitar la quiebra del equilibrio patrimonial, dentro de los límites legales. En esta Resolución se vuelve a exigir la consignación global, aunque el comprador se dé por satisfecho, cuando existen cargas posteriores o los bienes han pasado a un *tercer adquirente* (pues sus derechos pasan, después de la resolución, a las cantidades devueltas, por subrogación real u objetiva). Y se admite claramente la inscripción de la cláusula penal pues la plasmación registral del negocio no puede realizarse exclusivamente en función de la naturaleza básica, real u obligacional de cada una de las estipulaciones.

Como se puede deducir claramente, la doctrina de la Dirección General de los Registros posterior a 1982 resulta más ajustada, y responde al esquema que sobre el pacto comisorio se ha diseñado en este trabajo, pues destaca su fuerza y automatismo, a la vez que introduce la corrección judicial allí donde verdaderamente procede, que es en la ejecución de la cláusula penal.

Ya hemos visto que la tendencia del Tribunal Supremo es favorable a potenciar la objetivación del impago, y su última doctrina puede condensarse, como ya hemos visto anteriormente, en la conclusión de que sólo un retraso sin importancia (es decir, que no suponga una prolongada inactividad por el comprador) podría frenar la resolución, y que desde el año 1985 solamente tres sentencias referidas a supuestos de incumplimiento puro del comprador consideraron que el retraso era justificado.

Por lo tanto el último reducto para alcanzar la objetivación máxima está en *este último campo del retraso justificado*.

¿Puede el pacto comisorio eliminar este último y residual margen de valoración, y, por tanto, de arbitrio judicial mediante una total objetivación del impago?

La contestación a esta pregunta nos conduce al análisis del término esencial y su encaje o funcionamiento en el ámbito del artículo 1.504 CC.

Es claro que el plazo puede ser esencial para el vendedor. Basta pensar sencillamente en el supuesto de que alguien venda su vivienda, por ejemplo, para poder comprar otra en distinto lugar, haciendo coincidir los plazos, de manera que pueda cumplir él a su vez como comprador. En este caso para el vendedor el término es esencial, pues si le falla su comprador, él mismo puede verse afectado por el pacto comisorio de la compra paralela que ha realizado. Y las partes en principio pueden acordar la esencialidad del término según las circunstancias, conforme a los artículos 1.255 y 1.100.1 y 2 CC.

Estaríamos ante un caso de término esencial relativo pues siendo posible todavía la prestación, no permite alcanzar el fin que se perseguía, por lo que el acreedor podrá todavía si quiere reclamar el cumplimiento retrasado, lo que exigirá una comunicación al deudor si por el contrario quiere resolver (100).

Sin embargo, esta solución que, con carácter general, no plantea problemas, en el caso del pacto comisorio choca con la norma del artículo 1.504, cuando dispone que el comprador podrá pagar aún después de expirado el término *interin* no haya sido requerido.

De donde se deduce que este precepto *excluye la esencialidad* convenida para el período comprendido entre la fecha señalada para el pago y el requerimiento (101).

(100) En este sentido, Díez PICAZO, *Fundamentos de Derecho civil patrimonial*, vol 1, pág. 523.

(101) Como señaló JORDANO BAREA (*ob. cit.*, pág. 309) el legislador excluye en este caso la resolución del contrato prescindiendo de valoraciones subjetivas, por considerar objetivamente que existe un incumplimiento de escasa importancia.

Pero debe plantearse entonces si la norma citada es de orden público y, por tanto, inderogable o si, por el contrario, cabe un pacto que excluya el requerimiento y en cuya virtud la resolución se produzca automáticamente ante el impago y sin más trámite.

A pesar de que GARCÍA GOYENA había razonado que puesto que el artículo 1.433 del Proyecto de 1851 era una consecuencia de la norma establecida para la mora, y que, por lo tanto, se podría deducir que en virtud de pacto *dies interpellat*, sin embargo, la doctrina es prácticamente unánime en el rechazo al pacto que elimine el requerimiento del 1.504 (102). Y contra esto no cabe a mi juicio alegar la moderna tendencia que considera, frente a la clásica teoría de la responsabilidad por culpa, que el deudor incurre en responsabilidad contractual cuando deja de cumplir lo que le es debido, y aunque se pretenda apoyar esta corriente en su mayor encaje en la realidad social actual (mercantilizada y de ritmo rápido) y en la propia esencia de la deuda pecuniaria (103).

En efecto, los enormes cambios sociales operados distancian el esquema del Código Civil (pensado para una sociedad artesanal y agraria, de intercambio de cosas específicas y prestaciones de dinero y a ritmo lento) de la realidad actual en la que predomina el principio mercantilista de la seguridad del tráfico, el ritmo rápido y, en definitiva, la mercantilización de la actividad negocial, en cuyo ámbito no hay términos de gracia (art. 61

(102) Así RODRÍGUEZ ADRADOS (*ob. cit.*, págs. 79 y ss.), quien se basa en el tenor literal del precepto y su distinta función respecto al equivalente francés pues en el 1.504 se pretende limitar la autonomía de la voluntad, mientras que en Francia se pretendía reforzarla. También GARCÍA CANTERO (*ob. cit.*, pág. 434) señala que, en Francia, se admite que el artículo paralelo al 1.504 no es de orden público, y que entre nosotros suele invocarse la ya citada Sentencia de 10 de diciembre de 1910, pero dicha doctrina aparece rechazada en Sentencia de 16 de octubre de 1971, y sostiene que las *voluntas legislatoris* de que el pacto comisorio carece de efectos automáticos es clara.

Y BADENES que nuestros comentaristas no admiten un pacto en tal sentido y cita a MANRESA para quien el requerimiento se funda en razones de orden público: provocar la firmeza y seguridad de los contratos y también a SCAEVOLA. Y ROCA SASTRE (*ob. cit.*, pág. 763) que sencillamente considera nulo el pacto eliminatorio del requerimiento.

(103) Así P. BRUTAU (*ob. cit.*, pág. 427) señala que por lo que se refiere a la mora parece que hay un cierto contrasentido entre afirmar que debe mediar culpa y que la prueba corre a cargo del deudor (al acreedor le basta acreditar su crédito y el requerimiento en su caso), pues ello responde a un sistema que considera que la obligación ha de cumplirse debidamente precisamente porque es ya de por sí lo debido.

Y Díez PICAZO, *Fundamentos...* *cit.*, pág. 701, refiriéndose a las obligaciones pecuniarias, señala que la responsabilidad por incumplimiento funciona de una manera objetiva. El deudor de dinero aunque se encuentre en lo que se ha llamado situación de impotencia financiera no queda eximido de su obligación, pues aquella es irrelevante en cuanto a su responsabilidad, que en la práctica es objetiva. El incumplimiento de las obligaciones sinalágmaticas permite al acreedor el ejercicio de la acción resolutoria ex artículo 1.504, pues las razones por las que el deudor no paga y su posible culpa no son tomadas en consideración.

CCom), ni exigencia del requerimiento a efectos de la mora para las obligaciones con plazo (art. 63 CCom).

Pero a pesar de ello, y reconociendo el peso que pudieran tener estas consideraciones, no son suficientes a mi juicio para apoyar en ellas la validez de dicho pacto (104).

Basta ponderar la importancia que sigue teniendo normalmente, la adquisición de bienes inmuebles, sobre todo de viviendas (105), y los principios básicos que informan la contratación que son la buena fe y el equilibrio de las prestaciones; y recordar el origen del artículo 1.504, que supuso un corte con el Derecho tradicional en el que el pacto comisorio operaba con mayor rigor y automatismo, y también el fundamento de dicho precepto tantas veces señalado por el Tribunal Supremo, cual es el dar fijeza y seguridad a las transacciones, que no ha perdido su vigencia pese a los cambios sociales antes referidos, para concluir que un pacto de tal naturaleza desvirtuaría lo que el legislador pretende.

A mi juicio, la norma del 1.504 es clara y contundente, tiene carácter imperativo, y priva de automatismo al pacto comisorio en el sentido de que necesita previo requerimiento para que la resolución se produzca, incluso frente a la norma del artículo 1.100.1.º CC, pues, como he anticipado, se funda en razones de orden público cuales son la de provocar la firmeza y seguridad de los contratos.

b) Ahora bien, ¿cabe posponer la esencialidad del término a un momento posterior al requerimiento? o, lo que es lo mismo, ¿cabe pactar, excluyendo toda valoración de excusas del comprador, que una vez requerido, se tenga en cuenta la esencialidad del término, y se objetive el impago de modo que no se puede tomar en consideración el retraso justificado para frenar la resolución?

A mi juicio la esencialidad del término posterior al requerimiento se deduce del mismo artículo 1.504, cuando impide al juez conceder nuevo plazo. Por lo tanto sin necesidad de un pacto añadido al comisorio la cláusula resolutoria por sí, impide el pago después del requerimiento.

¿Significa ello una total objetivación del impago y la inadmisión del

(104) Ver en este sentido las interesantes reflexiones de DÍEZ PICAZO en *Fundamentos...*, cit., pág. 695

(105) R. GARCÍA (ob. cit., pág. 10) dice que la ausencia de automatismo del pacto comisorio se debe a que en estas cuestiones sería muy duro que el vendedor recuperara sin más la vivienda y obtuviera todo el precio o parte del mismo. Así la equidad saldría muy mal parada en estos casos. De aquí que veamos como muchas sentencias del Tribunal Supremo hacen incluso alusiones al problema de la usura, por eso está por medio una especie de equidad defensiva de los intereses del comprador, en virtud de un juicio que han de hacer los tribunales.

retardo justificado que paraliza la resolución, en contra de lo mantenido por el Tribunal Supremo?

Para contestar a esta interrogante hay que analizar brevemente de qué manera *opera el principio de la autonomía de la voluntad* especialmente en el campo de los contratos que generan obligaciones recíprocas, así como el problema de sus límites.

Las consideraciones antes realizadas sobre los cambios sociales operados y cierta tendencia a objetivar la responsabilidad contractual, sobre todo por deudas pecuniarias, no debe hacernos perder de vista la especialidad del caso que estamos analizando y, en general, la tendencia, por otra parte contraria, que pretende contrarrestar la fuerza de la primera con el fin de evitar abusos que pudieran derivarse de una excesiva potenciación de la autonomía de voluntad dentro del marco de libertad de mercado y de la iniciativa privada como motor básico de la economía. Conviene tener en cuenta que los bienes inmuebles y, sobre todo, las viviendas que, pese a su progresiva mercantilización y negociabilidad (separación o desconexión del ámbito psicológico afectivo del titular, pérdida de su carácter de vehículo de unión familiar o enraizamiento a un lugar, ventas en masa efectuadas por empresas constructoras que imponen condiciones y para las cuales el inmueble es una mercancía), siguen siendo vitales para el comprador, pues muchas veces la compra de un inmueble será la única adquisición de bienes de esta naturaleza que haga en su vida. Por lo que no se pueden aceptar sin más las reglas jurídicas adecuadas al mundo del cambio continuado de cosas desechables y de los grandes avances técnicos, que remiten a una responsabilidad objetivada incluso en el ámbito contractual (106).

Por el contrario, se impone una interpretación potenciadora de la humanización de las relaciones jurídicas en este ámbito, que el Tribunal Supremo ha realizado con una prudencia y exquisitez encomiables sobre la base que le brindó el mismo artículo 1.255 al establecer como excepción a la autonomía de la voluntad el orden público, concepto que permite

(106) Como ha señalado el profesor DE CASTRO (*Anuario de Derecho Civil*, 1982, págs. 987 y ss.) coinciden de un lado una serie de corrientes de la doctrina jurídica y de la ideología política, admitidas por poderosos grupos de intereses que rechazan cualquier limitación de la autonomía. La visión económica del mundo propia de la sociedad opulenta vuelve a los dogmas del viejo liberalismo y se aplica para ello la ciencia económica, postulando la total subordinación del orden jurídico al económico. De donde se deducirá el carácter absoluto del principio *pacta sunt servanda*. Y en dirección radicalmente contraria se piensa que la autonomía de la voluntad tiene límites intrínsecos, conforme a su misma naturaleza. Y así se viene defendiendo por muchos autores, se manifiesta en sentencias y se refleja en varias leyes recientes. Los jueces y los juristas no pueden ser neutrales y prestar su colaboración al cumplimiento de un contrato, cualquiera que sea su contenido.

interpretar las leyes según la época y las corrientes sociales del momento y, con ello, prevenir y corregir abusos.

Bien es cierto que el Código Civil en el ámbito del contrato de compraventa se muestra favorable al reforzamiento de la facultad resolutoria, lo que pudiera deducirse de toda una serie de normas protectoras de la posición del vendedor (arts. 1.476 y 1.477, que permiten la renuncia al saneamiento por evicción si no hay mala fe; art. 1.502, inciso final; arts. 1.503 y 1.505, que contemplan supuestos especiales de resolución en favor del vendedor) (107).

De todos estos preceptos se deduce una especial protección del vendedor, lo que, por otra parte, es lógico, pues se desprende de la cosa con riesgo de perderla, y el precio, también. Y en consecuencia cabría, en base al criterio o principio que de los mismos se induce, defender que el reforzamiento de la facultad resolutoria, que el pacto comisorio supone, merece el aval y protección del legislador, pues tiene su raíz no ya en la autonomía de la voluntad, sino en la misma esencia de las obligaciones recíprocas (sinalagma funcional) que exige que la obligación cumplida del vendedor tenga la contrapartida de la obligación garantizada plenamente del comprador, y más si se tiene en cuenta que la de éste es pecuniaria y, por tanto, más fácil de eludir y en definitiva de incumplir.

Es interesante en este sentido la reflexión que hace el Tribunal Supremo en Sentencia de 4 de febrero de 1991. Se había alegado infracción del artículo 10.1.c) de la Ley para la defensa de los consumidores y abuso de derecho por la vendedora. El Tribunal Supremo afirma que el ejercicio de la acción resolutoria no puede tildarse de antisocial y las normas de la Ley de 19 de julio de 1984 que consideran excluidas la buena fe y justo equilibrio de las prestaciones en las cláusulas que otorgan a una de las partes la facultad de resolver discrecionalmente el contrato salvan las prescripciones especiales de los artículos 1.124 y 1.504, pues no los derogan, y que, conjuntamente, proyectan un estatuto privilegiado para el vendedor de bienes inmuebles, cuyo desconocimiento supondría no ya una dislocación del tráfico inmobiliario cuando el vendedor ha cumplido sus obligaciones, sino un patente de incumplimiento de las suyas, tan elementales como el

(107) Es interesante también el Decreto de 22 de diciembre de 1990 de la Junta de Andalucía que establece el régimen de venta de viviendas de promoción pública y dicta normas que regulan la situación de impago. Así el artículo 8 dice "será considerada como condición resolutoria expresa del contrato de compraventa la falta de pago de cualquiera de las cantidades aplazadas" y ello aunque no se pacte, lo que supone la introducción de los efectos del pacto comisorio por vía legal. Y en el artículo 7.3 establece que "en caso de resolución, las obras autorizadas que supongan mejoras y las instalaciones fijas y permanentes incorporadas, quedarán en beneficio de finca, sin que el adjudicatario tenga derecho de indemnización alguna por tal concepto.

pago del precio por el comprador, acarreado *una clara infracción* de los artículos 38, 128 y 139 de la Constitución, a cuyo marco económico ha de ajustarse la aplicación de la Ley especial de 19 de julio de 1984 según impone el artículo 1.2 y el trascendente principio de la seguridad jurídica consagrado en el artículo 9.3 de la misma Constitución.

Pero a pesar de todo ello no debemos ir más allá y traspasar los límites de lo que debe ser una equilibrada protección del vendedor, evitando que el ejercicio por su parte de la facultad resolutoria no suponga un uso excesivo de la misma, pues hay que recordar que al lado de aquellos preceptos protectores de la posición del vendedor existen otros que establecen medios de defensa o protección del comprador y que constituyen otros tantos resortes equilibradores de su posición frente a la que podría derivarse de aquellos otros favorables al vendedor. Así, los artículos 1.469, 1.470 y 1.471 del Código Civil (que facultan al comprador, en determinados supuestos, para resolver el contrato, tanto si resultó menor la cabida o calidad como mayor la cabida), artículo 1.476 (que sanciona con la nulidad el pacto eximiendo al vendedor de evicción si hay mala fe), artículo 1.479 (que permite al comprador rescindir el contrato si perdiera por evicción una parte importante de la cosa), artículo 1.483 (que le faculta para resolver la venta si la finca estuviera gravada sin mencionarlo la escritura, con carga o servidumbre no aparente), artículos 1.484-1.485 (relativas a vicios ocultos) y 1.502, ya analizado (que permite al comprador suspender el pago del precio).

Y al llegar a este punto conviene tener en cuenta que los límites de la autonomía de la voluntad que se derivan del concepto de orden público como referido a directivas que en este momento informan las instituciones jurídicas y orientan la interpretación rechazan apoyo jurídico a un resultado que repugne al buen sentido de lo equitativo y decente. (El intérprete y el Juez se encuentran de esta manera autorizados para negar amparo a situaciones contrarias a los criterios de la moral o de la justicia) (108).

Y no hay que olvidar que, como sostiene, avanzando un paso más, un sector importante de la doctrina, los límites no sólo proceden de las normas imperativas, sino que existen normas dispositivas que no son meramente supletorias, sino consecuencia natural o típica de cada clase de contrato y responden a lo que se ha estimado normal de acuerdo con el buen sentido y equidad respecto a la debida equivalencia de prestaciones, de tal modo que los pactos que se desvíen del modelo legal habrán de tener adecuada justificación, y no la tendrán cuando supongan un desequilibrio injustificado de las respectivas obligaciones, en daño para una parte, que no

(108) En este sentido el profesor DE CASTRO: *ob. cit.*, pág. 1.037.

puede compaginarse con la naturaleza típica o atípica del contrato (109).

Y como hemos visto ya, el modelo legalmente diseñado para la compraventa contiene una serie de mecanismos, unos para proteger al vendedor y otros al comprador, que equilibran la posición de ambas partes contratantes, equilibrio que constituye el eje de los contratos que generan obligaciones recíprocas, y en especial de la compraventa, y que exige moverse con mucha cautela a la hora de reforzar la posición de una de las partes, con el consiguiente debilitamiento de la otra, y rechazar aquel reforzamiento que lleve a resultados desproporcionados, como serán los derivados de una drástica resolución sin ningún tipo de consideraciones que pudieran justificar el impago cuando no se le dé al comprador por lo menos la posibilidad de obviar o corregir un error o descuido, ofreciéndole, como veremos, con la intimación o requerimiento la justa oportunidad para ello.

Por tanto, y en base a lo anteriormente dicho, entiendo que una resolución ejercitada con virtud de un pacto comisorio reforzado en el que se establezca la resolución inapelable en todo caso cuando se produzca el impago, con las graves consecuencias que implica, sin dar margen a que la contraparte pueda cumplir, podría suponer un *ejercicio abusivo del derecho* y una vulneración de los principios básicos, de la buena fe y equidad que deben presidir la contratación y su ejecución.

A esta solución podría objetarse que el deudor sabe que tiene que pagar y debe estar prevenido (un mínimo de diligencia le exige estar pendiente de los vencimientos). Pero en la realidad las cosas no ocurren así. En una época de ritmo vertiginoso de vida, múltiples ocupaciones, etc., están perfectamente justificados tanto un mínimo olvido sin trascendencia como un simple error informático bancario que origine una devolución (110) o, sencillamente, la mera confianza en la amistad o en lo que ha sido conducta normal del vendedor. Todo lo cual nos permite concluir que un pacto de resolución inapelable repugna a los principios de buena fe y equidad e, incluso, al buen sentido (111).

(109) Así el profesor DE CASTRO: *ob. cit.*, págs. 1.037 y ss.

(110) En este sentido Sentencia de 14 de febrero de 1991, que no admitió la resolución porque se había producido un error en el número de cuenta en la que se habían domiciliado las letras. A pesar de que se había alegado que en el momento del impago no existía saldo suficiente, pues ello sólo debe tenerse en cuenta si el proceso de presentación y cobro hubiera sido correcto; y que el comprador no podía desconocer la anomalía de que no se le cargasen las letras, pues era empleado de banca de profesión; y que dejó de pagar plazos del préstamo hipotecario en el que se subrogó, pues ello supone que el comprador se convierte en deudor directo de la entidad acreedora.

(111) Basta pensar en un comprador de vivienda que por causa irrelevante (como las antes citadas de olvido o error) se vea privado de un bien para cuya adquisición tuvo probablemente que invertir todos sus ahorros, incluso a pesar de haber pagado los

c) Pero si en lugar de considerar que el requerimiento del artículo 1.504 es una mera notificación de resolución, se aceptara que se trata de un requerimiento de pago o simplemente que se pueda pactar que antes de proceder a la resolución exista un previo requerimiento de pago que permita al comprador tomar conciencia de las consecuencias de su incumplimiento, ¿podría entonces sostenerse que el impago como hecho objetivo excluye en este caso toda valoración sobre su carácter justificado?

A mi juicio, ya se establezca especialmente en el pacto, como suele hacerse gracias a la prudencia que inspira la actuación notarial, el requerimiento previo de pago seguido de notificación de resolución, o ya se entienda, como demostraremos, que el requerimiento del artículo 1.504 es un requerimiento de pago, en ambos casos podría defenderse, teniendo en cuenta que el comprador ya no puede escudarse en una resolución sorpresiva (sino que por el contrario se le ha dado una última opción equitativa para corregir su infracción), que la protección del comprador no debe llegar más allá y el deber de cumplir la prestación se impone rigurosamente, pues en principio no parece que exista razón alguna de equidad que pueda justificar el impago en tal caso.

Y así se desprende de las Sentencias ya analizadas de 18 de mayo y 30 de septiembre de 1987, 8 de febrero de 1988 y 26 de noviembre de 1990, en las que el Tribunal Supremo aplicó el rigor del artículo 1.504 sin más matizaciones; pero en todas ellas se habían efectuado previos requerimientos de pago, dándole al comprador plazos prudenciales para corregir su incumplimiento.

III. EL REQUERIMIENTO DEL ARTICULO 1.504

Sólo me queda ya, por último, para completar este ensayo para alcanzar la máxima objetivación del impago y, por tanto, la mayor eficacia de la cláusula resolutoria, sin herir la equidad, estudiar si es posible considerar el requerimiento del artículo 1.504 como un requerimiento de pago con el que se pretende constituir en mora al comprador, sin que se necesite pactarlo previamente.

demás plazos puntualmente, mediante una notificación resolutoria sin apelación, y sin dar margen u opción al cumplimiento.

En nuestro Derecho impide admitir este pacto la pauta humanizadora de las relaciones contractuales que la misma Constitución impone (art. 51) y también el Código Civil en sus artículos 3, 7, 1.255 y 1.258, y Leyes especiales protectoras de la parte débil, normativa que potencia la buena fe, la equidad y el justo equilibrio de las prestaciones.

Y sin que altere lo anterior el reforzamiento que del pacto comisorio hace la Sentencia de 4 de febrero de 1991, antes comentada.

Conviene remontarse al origen del artículo 1.504, que, como sabemos, está en el artículo 1.656 del Código de Napoleón, del cual pasó al Proyecto de 1851 y luego, con una pequeña variante de redacción, al actual Código Civil.

El artículo 1.433 del proyecto de 1851 decía: "Aunque en la venta de bienes inmuebles se hubiera estipulado que por falta de pago del precio en el tiempo convenido tendrá lugar la resolución del contrato de pleno derecho, el comprador puede pagar aun después de expirar el término *interin no haya sido puesto en demora por un requerimiento*; pero si este último ha sido hecho, el Juez no podrá concederle nuevo término."

GARCÍA GOYENA (112) afirmó que era una simple aplicación del principio establecido para la mora de exigir intimación y que en Derecho romano y patrio el día o plazo vencido *interpellabat* hacía las veces de requerimiento y constituía en mora: nosotros hemos establecido lo contrario en el artículo 1.007 (equivalente al actual 1.100) y lo aplicamos al caso de este artículo.

Y la doctrina así lo vino entendiendo hasta que MANRESA, con argumentación que ha tenido fortuna, sostuvo lo siguiente: después de preguntarse para qué o a qué se refería el requerimiento y de si se trataba de un requerimiento de pago, contestó que aunque la lectura del artículo 1.504 deja esa impresión, inmediatamente surge la consideración de lo anómalo y paradójico que resulta requerir de pago a una persona para impedirle que pague y fundar en ese requerimiento una eficaz negativa de aceptación del precio, lo que supone que se trata de un requerimiento no de pago o para pago, sino de una notificación de que el vendedor opta por la resolución.

A partir de entonces la doctrina aceptó sin más discusión la tesis del requerimiento notificación (113). Y también el Tribunal Supremo (114).

(112) Concordancias, pág. 759.

(113) Así RODRÍGUEZ ADRADOS (*ob. cit.*, págs. 69 y ss.) quien señala que la antigua doctrina francesa veía en la *somation* del 1.656 del *Codex* un requerimiento de pago y cita a TROPLOG para quien este precepto permite al comprador purgar su mora, pero ya no podrá pagar después de un requerimiento al que ha desobedecido; y, más claramente, COLMET DE SANTERRE, llegando esta doctrina hasta PLANIOR y RIPERT, para quienes se trata de un requerimiento de pago que constituye al deudor en mora.

Y señala que es precisamente de Francia de donde procede la teoría de la notificación citando a BAUDRY-LACANTINERIE y SAIGNAT. Y que en la doctrina italiana no puede presentarse duda alguna: se trata de una notificación del acreedor al deudor.

En el mismo sentido ROCA (*ob. cit.*, págs. 760 y 761), MULLERAT (*ob. cit.*, pág. 504 y 505), GARCÍA CANTERO (*ob. cit.*, pág. 431), CAMY (*ob. cit.*, pág. 726). Este autor, de una manera clara y contundente sostiene que la comunicación del vendedor no puede recoger manifestación alguna del comunicado. No se le pregunta al comprador por qué no ha pagado. No se le conmina a que pague. No se le pide nada, sino únicamente se le notifica una decisión para que no se oponga. Y si el comprador podría oponer algu-

La aceptación de esta tesis nos lleva a las siguientes consecuencias: a) Que una vez notificada la resolución el comprador no puede pagar salvo que el vendedor le admita el pago (S. 13 diciembre 1990) o le conceda un nuevo plazo (SS. 10 octubre 1987 y 15 diciembre 1989); b) Si el requirente se limita a reclamar el pago no se produce el efecto resolutorio, y c) Si elige la resolución no puede arrepentirse y exigir luego el cumplimiento.

Para un análisis más claro del problema conviene, sin embargo, distinguir aquí dos aspectos diferentes: 1) El de la intimación para la mora y si es necesaria o no en el caso del artículo 1.504 para resolver el contrato (115); 2) Y la notificación de resolución, que en principio nada tiene que ver con la mora, pues es, sencillamente, la declaración de ejercitar la facultad resolutoria.

Hecha esta aclaración, cabe plantear las siguientes posibilidades:

1) Entender el requerimiento del artículo 1.504 como notificación que excluye y sustituye a la intimación del artículo 1.100, *la cual ni siquiera por pacto podría añadirse a la cláusula resolutoria*. Esta interpretación resulta incongruente con el sistema establecido para la mora en dicho precepto y, a pesar de que fue defendida por algún autor, ha de considerarse como rechazable, puesto que hoy el pacto añadido de requerimiento de pago, previo a la notificación, es admitido por la generalidad de la

na excepción debió ejercitarla ante el tribunal oportunamente o hacerlo ahora, con efectos distintos según las operaciones registrales practicadas en el instante en que se pida la anotación de su demanda. También BALERIOLA (*ob. cit.*, pág. 312) y R. GARCÍA (pág. 66).

(114) Así, Sentencias de 17 de octubre de 1978, 21 de febrero de 1986, 12 de junio de 1989 y 19 de junio de 1989.

El Tribunal Supremo llegó incluso a rechazar la resolución basándose en que no estaba claro que de la notificación se desprendiera que era de resolución (así, Sentencia de 30 mayo 1942, en la que se había solicitado requerimiento judicial y se citaba el 1.504, pero del texto de la cédula a través de la cual se había practicado no resultó clara la voluntad de resolver se decía que en el acto se satisficiera el precio no pagado con el apercibimiento legal correspondiente).

Y en Sentencia de 9 de mayo de 1990 el Tribunal Supremo consideró no apto para resolver el contrato el requerimiento en acto conciliatorio en el que se decía que en caso de impago el requirente instará la resolución. Pues no ha de darse oportunidad alguna al pago y se ha de conminar al comprador a que se allane a resolver sin previo requerimiento de pago. Pero la *ratio* de la sentencia fue el incumplimiento por el vendedor de sus obligaciones.

(115) Como señala P. BRUTAU (*ob. cit.*, pág. 426) no basta que del contenido de la relación obligatoria resulte que está vencida la obligación y que es exigible, sino que realmente debe ser exigida para que el acreedor pueda hacer efectivos sus derechos. CASTÁN (*ob. cit.*, pág. 150).

doctrina, que considera la moratoria que dicho pacto implica como racional, moral y humana (116).

La mayoría considera normal que se pacte el requerimiento previo anterior al de resolución, pues el artículo 1.504 no prohíbe esta modalidad y sólo impide al Juez que sea él quien conceda un nuevo plazo (117).

2) Entender que el artículo 1.504 se refiere a *notificación* de resolución, pero sin excluir la intimación exigida por el artículo 1.100 del Código Civil. En tal caso el requerimiento del artículo 1.504 no sería una intimación para la mora, pero tampoco la excluiría, con lo que se coordinaría con lo dispuesto en aquel precepto cuando establece la obligatoriedad de la intimación. Y sin que sea de aplicación el último párrafo del artículo 1.100 relativo a las obligaciones recíprocas, pues no se trata en este caso de obligaciones de cumplimiento simultáneo por lo que rige el sistema normal de la mora (118). De este modo, además de la notificación 1.504 sería necesario el requerimiento para la mora como un requisito más. O lo que es lo mismo, el artículo 1.504 no sería una excepción del artículo 1.100, sino complemento del mismo. No basta la intimación, pero tampoco basta la notificación; ambas son necesarias para ejercitar la resolución. La primera, por exigencia del artículo 1.100, y la segunda, por el artículo 1.504.

Esta tesis nos llevaría a una solución equivalente a la que voy a sostener en este trabajo. Lo que sucede es que, así interpretado, cabría entender, sin embargo, que el reforzamiento del pacto comisorio supone la elevación del plazo a término esencial, y por ende, pactado el mismo, el vendedor quedaría eximido de la intimación para que el deudor incurriese en mora por aplicación del artículo 1.100.2.º, en cuyo caso bastaría para que se

(116) Así RODRÍGUEZ ADRADOS (*ob. cit.*, pág. 75) sostiene que es perfectamente válido que bien espontáneamente en el requerimiento, bien sea en virtud de pacto contenido en la escritura, el vendedor conceda un plazo superior al de los dos días que en todo caso tiene con arreglo al Reglamento Notarial, al comprador, mediante el mecanismo del requerimiento de pago y subsidiariamente para el caso de que no sea atendido en el término señalado la notificación de resolución. También M. SARRION (*RDP*, 1964, págs. 183 y ss.). Y ROCA afirma que ni el 1.504 del Código Civil ni el 59 del Reglamento Hipotecario impiden que se emplee a la vez una notificación-requerimiento, en la que se comine al comprador por haber optado por la resolución a menos que haga efectivo el precio dentro del plazo que señale el vendedor.

No hay nada que se oponga a ello. No es que el vendedor se haya obligado a dar un nuevo plazo, sino que puede darlo bajo la conminación de que su transcurso con impago provocará automáticamente la resolución.

(117) Así ROCA SASTRE (*ob. cit.*, pág. 761) para quien dicha moratoria se efectuará no sólo procediendo así el vendedor cuando llegue el caso, sino pactándola *ab-initio* en el propio pacto comisorio.

(118) DÍEZ PICAZO: *Fundamentos...*, *cit.*, pág. 679.

produzca la resolución con el impago seguido de notificación resolutoria (119).

Así entendido, el requerimiento del artículo 1.504 nada tiene que ver con la mora y es simplemente una declaración de voluntad de resolver, necesaria para la ejecución de la facultad resolutoria (120), requerimiento éste que ya se entienda como mera notificación o como propio requerimiento, como hemos visto, no podrá eliminarse por pacto, pues se trata de una norma de orden público (121).

Si no se admitiese que el pacto comisorio implica la excepción a la intimación, prevista en el artículo 1.200.2.º, entraría en juego la regla general de la mora y, por tanto, debería exigirse el requerimiento previo de pago, salvo pacto expreso añadido al comisorio que lo excluya al amparo del artículo 1.100.1.º.

Sin embargo, no se debe olvidar que al acreedor vendedor le puede interesar el pacto expreso de requerimiento o intimación al margen de la notificación para hacer derivar de él las consecuencias de la mora, distintas de la resolución (resarcimiento de daños, responsabilidad por riesgos en caso fortuito); si bien la intimación no tendría eficacia resolutoria, que dependería en todo caso de la notificación del artículo 1.504 del Código Civil.

Pero con esta interpretación cabe la exclusión de la intimación en base al artículo 1.100.1.º del Código Civil.

3) Entender que el requerimiento del artículo 1.504 es sencillamente *un requerimiento de pago y una intimación para la mora*, la cual no podrá excluirse al amparo del artículo 1.100.1.º, pues precisamente el artículo 1.504 trata de abortar dicho pacto y tiene, como hemos visto anteriormente, una clara consideración de principio básico y de orden público (122).

Esta tesis es, a mi juicio, la más razonable y tiene a su favor los siguientes argumentos:

(119) Pues si bien es cierto que no cabe pacto en contra del artículo 1.504 del Código Civil, en este caso el pacto sería el previsto en el artículo 1.100 2.º, es decir, referido a la intimación para la mora, y distinto, por tanto, del pacto contrario al 1.504.

(120) ALVAREZ VIGARAY (*ob. cit.*, pág. 96) citando a GASCA dice que la condición resolutoria expresa es siempre estipulada para el caso de simple mora del obligado. No hace falta que el incumplimiento sea demostrado, pues no es el retraso lo que las partes han tenido a la vista al pactar la cláusula. Pero aclara que el deudor moroso puede purgar la mora —según prevalece en la doctrina italiana— en tanto el acreedor no le notifique su voluntad de resolver.

(121) Lo que se discute y pone en duda es si el comprador puede una vez efectuado el requerimiento, realizar el pago y en su solución influir que se configure como notificación o como requerimiento de pago.

(122) Ver páginas 65 y 66.

1.º La interpretación literal del artículo 1.504, cuya terminología es clara, habla justamente de “requerimiento”. Y el concepto requerimiento tiene un significado muy concreto desde el punto de vista notarial, desde el que se configura técnicamente como la comunicación de alguna petición frente a la notificación que es una comunicación escueta (123). Además, la proximidad del verbo “pagar” a la palabra “requerimiento” sugiere la idea de que se trata de un requerimiento de pago, y así empezó siendo interpretado (124).

2.º Desde el punto de vista sistemático, es la interpretación que mejor encaja en nuestro sistema, y concretamente con el artículo 1.100 del Código Civil, pues ya GARCÍA GOYENA al justificar el artículo 1.433 (actual 1.504) del proyecto de 1851 señaló que se había abandonado el principio *dies interpellat* para seguir el general establecido por la mora.

El artículo 1.100 del Código Civil establece un principio básico cual es el de la intimación para constituir en mora, salvo que en la obligación se diga lo contrario (ya hemos visto cómo del pacto comisorio no puede deducirse dicha excepción). Por el contrario, el artículo 1.504 exceptiona el artículo 1.100.1.º en el sentido de que no se puede eliminar por pacto la intimación. Y como he detectado repetidas veces, la norma del artículo 1.504 es de orden público; y sin que sea de aplicación el artículo 1.100, último párrafo, aunque se trate de obligaciones recíprocas, tanto porque al no ser de cumplimiento simultáneo dicho precepto no tendría encaje (125), como porque en todo caso prevalecería la norma imperativa del artículo 1.504.

(123) Por eso para salvar este escollo señaló MANRESA que más bien que una notificación se podría hablar de un requerimiento al comprador para que se allane a resolver la obligación y a no poner obstáculos.

(124) Así RODRÍGUEZ ABRADOS (*ob. cit.*, pág. 70) Por su parte ROCA SASTRE señala que en la práctica notarial no es tan nítida la distinción entre notificar y requerir, pero que técnicamente las diferencias son evidentes, y en este sentido discriminatorio se produce el vigente Reglamento Notarial.

(125) DÍEZ PICAZO (*Fundamentos...*, *cit.*, pág. 679), dice que cuando el primer obligado haya efectuado su prestación y vence y no se cumple en su momento la segunda, en este caso la mora del segundo obligado exige el requerimiento normal. Y que el artículo 1.124 no hace referencia a la constitución en mora; cuando el legislador ha querido que proceda un requerimiento lo ha impuesto de manera expresa, como ocurre en el 1.504 (pág. 400).

Señala también que en la práctica jurisprudencial todas las hipótesis de acertada exclusión de la resolución eran casos en que no había constitución en mora: negativa a recibir, prórrogas tácitas, tácita continuación en los pagos, imputabilidad del retraso, retraso purgado por cumplimiento tardío, etc., todos de retraso objetivo, pero no había mora de donde se deduce que es la constitución en mora y no el retraso lo que justifica la resolución (refiriéndose a la resolución de las obligaciones recíprocas en general) (pág. 401)

3.º La opinión de MANRESA, que ha sido seguida por casi todos los autores y la jurisprudencia, sólo a primera vista resulta convincente. Afirma este autor que resulta anómalo y paradójico el requerir de pago a una persona precisamente para impedir que pague. Y ello no es exacto a mi juicio, pues lo que verdaderamente dice el artículo 1.504 es que el comprador podrá pagar mientras no haya sido requerido de pago, pero en modo alguno que no pueda pagar como consecuencia del propio requerimiento, que será, por otra parte, lo más normal. Lo único que prohíbe el artículo 1.504 es que el Juez conceda nuevo plazo (126).

4.º Los autores que sostienen que el requerimiento *ex* artículo 1.504 es una notificación, se apoyan en el argumento antes referido de MANRESA, y *en la letra del artículo 59 del Reglamento Hipotecario*, que sustituyó la palabra requerimiento por notificación, y, además, les viene bien a la configuración que hacen del pacto comisorio, ya sea como condición, ya como potestad.

Sin embargo, no parecen muy convencidos de su tesis. Y así, ROCA manifiesta que el artículo 1.504 no es claro aquí: parece responder al sentido propio de lo que es el requerimiento, pues al preceptuar que “hecho el requerimiento el Juez no podrá conceder nuevo término”, parece que quiere decir que el requerimiento abre un nuevo plazo propio de él y hace dudar sobre el papel que tiene el Juez en este estadio del desenvolvimiento del pacto (127).

Y RODRÍGUEZ ADRADOS, después de afirmar tajantemente que en nuestro Derecho no puede defenderse la teoría del requerimiento de pago y que se trata de una pura notificación, añade que por razones de equidad el principio de conservación del negocio y el favor *debitoris* debiera admitirse el pago en el momento mismo del requerimiento e, incluso, en los dos días laborales que el Reglamento Notarial establece para contestar, que no es un término de gracia que es lo que el artículo 1.504 impide, sino el legalmente señalado para igualar al requerido ausente con el presente (128). Y ROCA añade que cuando en el pacto comisorio se emplee el término requerimiento, debe entenderse que el vendedor concede una moratoria que considera digna de loa y encomio, ya que dulcifica el rigor del pacto en su automatismo consustancial (129).

Son curiosas y dignas de meditación estas matizaciones que los autores hacen, que denotan la preferencia en el fondo por la consideración de que

(126) ROCA, en este sentido (*ob. cit.*, pág. 761).

(127) Pero añade luego que el artículo 59 del Reglamento Hipotecario viene a interpretar el artículo 1.504 en la dirección de notificación (*ob. cit.*, pág. 760).

(128) RODRÍGUEZ ADRADOS: *ob. cit.*, pág. 75.

(129) *Ob. cit.*, págs. 761 y 762.

el requerimiento es o debiera ser un requerimiento de pago por razones éticas; pero rechazan tal interpretación, pues se haría evidente su contradicción teórica con la tesis que mantienen sobre el pacto comisorio (condición o derecho potestativo).

Hasta tal punto ponderan su bondad que los autores consideran aconsejable y beneficioso el pacto requerimiento-notificación en virtud del cual se establece que si el comprador no paga en el plazo añadido en el requerimiento, se tendrá por resuelto el contrato. El llamado pacto de ampliación de plazo, que la mayoría de la doctrina acepta como válido (130).

Por otra parte, el término notificación empleado por una norma reglamentaria como es la del artículo 59 del Reglamento Hipotecario, no puede desvirtuar el funcionamiento sustantivo del pacto comisorio, en el que, como vengo diciendo, es pieza básica el requerimiento de pago. Lo mismo que no podrá con la Ley 486 de la Compilación navarra, que, como veremos seguidamente, establece claramente la existencia del requerimiento de pago. Por tanto, el artículo 59 del Reglamento Hipotecario habrá que interpretarlo de manera que no altere la regulación sustantiva de la cláusula resolutoria, como tendría que hacerse sin objeción cuando se trate de ejercitar dicha cláusula referida a una compraventa de inmueble sujeta al Derecho civil de Navarra.

5.º La Compilación navarra de manera clara, recogiendo el sentir y la realidad social actual, dispone en la Ley 486 que en la compraventa con precio aplazado, total o parcial, se puede establecer el pacto comisorio; pero la resolución sólo tendrá lugar cumplido el término de un mes y un día o el plazo mayor que se haya pactado a contar del requerimiento que el vendedor hiciere exigiendo el cumplimiento de la obligación.

Este precepto debe tenerse muy en cuenta a la hora de interpretar el artículo 1.504, pues es claro que la interpretación ha de hacerse tomando en consideración la plenitud del ordenamiento jurídico.

6.º El Tribunal Supremo ha mantenido la tesis aceptada por la mayoría doctrinal de que el requerimiento es una notificación de resolución o, mejor, un requerimiento para que se allane el comprador a dar por

(130) Así MARTÍNEZ SARRION (*ob. cit.*) para quien impedirlo sería contrario a la moral y poco ético. RODRÍGUEZ ADRADOS (*ob. cit.*, pág. 175). Y ROCA (*ob. cit.*, pág. 761), quien considera que deberá entenderse hecha la concesión de dicho plazo cuando en el pacto comisorio se emplee el concepto "requerimiento" a base de estimar que de ser este notarial y de no concederse término distinto, tal moratoria consistirá en los dos días laborables, a contar desde el requerimiento conforme al Reglamento Notarial. El haberse empleado en pacto el término requerimiento no es obstáculo a la inscripción ni para que en su día pueda el Registrador practicar la reinscripción del 59 del Reglamento Hipotecario

resuelta la venta (SS. 23 mayo 1981, 2 diciembre 1983, 12 junio 1989 y 9 mayo 1990) (131).

Y también la Dirección General de los Registros resume en Resolución de 17 de noviembre de 1978 su tesis así: el requerimiento del artículo 1.504, aunque se emplea el término "requerimiento", tiene el valor de una intimación que está referida no al pago del precio, sino a dar cuenta al comprador de la voluntad patente del vendedor de que el contrato queda resuelto y finalizada la prórroga legal del plazo, por lo que se trata de una simple notificación.

Sin embargo, el Tribunal Supremo, aunque parezca lo contrario, no se ha decantado de manera evidente y definitiva hacia el requerimiento notificación. Y de hecho, aunque normalmente hable de notificación, está dando cobijo al requerimiento de pago cuando admite que éste, el pago, se haga después de la notificación en los casos ya vistos de mero retraso justificado (SS. 15 septiembre y 13 octubre 1989, y 14 febrero 1991). Lo que supone dar valor de requerimiento de pago a la notificación, pues de otro modo implicaría una infracción del artículo 1.504, que prohíbe al Juez señalar nuevo plazo.

Es claro que en el supuesto de dichas sentencias si se hubiera hecho un requerimiento de pago ofreciendo al comprador la oportunidad de cumplir con plazo prudencial al efecto, probablemente no se hubiera denegado la resolución y, muy probablemente, ni siquiera hubiera habido contienda (132).

En otras sentencias reconoce el Tribunal Supremo el valor que tiene el requerimiento de pago y, marginando la discusión de si es notificación o requerimiento, afirmó que no cabe duda de que el requerimiento de pago *coadyuva* a valorar la conducta del comprador (S. 20 diciembre 1989).

El valor del requerimiento de pago para acreditar un retraso injustificado es indudable (133).

(131) Y no se admitió la resolución cuando se hizo un mero requerimiento del pago (ver nota 114).

(132) En el caso de la Sentencia de 13 de octubre de 1989, se había requerido de pago dando un plazo breve de tres días. En Sentencia de 15 de septiembre de 1989 el requerimiento fue resolutorio. Y en la de 14 de febrero de 1991 se requirió de pago para que en el plazo de dos días se cumpliera.

(133) Como señala ROVIRA JAÉN, "La condición resolutoria y el Registro", *RCDI*, 1967, pág. 1.677, en el pacto comisorio hay dos cosas: un requerimiento y una notificación. El requerimiento lo expresa correctamente el artículo 1.504, que es imprescindible para que entre en juego la resolución. De otro modo resulta que podría resolverse la venta por voluntad del vendedor, sin necesidad de acreditar precisamente lo que es el supuesto hecho de la condición resolutoria, que es el impago. Pero además se precisa una notificación al comprador de la voluntad del vendedor de resolver la venta, como lo exige el artículo 59 del Reglamento Hipotecario, que es el que sirve de base para la reinscripción.

Y son reveladoras las sentencias que objetivan el pago de una manera total (SS. 26 enero y 30 septiembre 1987, 8 febrero 1988 y 26 noviembre 1990) que admitieron sin más la resolución, precisamente cuando ha tenido lugar un requerimiento de pago en el que se concede un plazo para que el comprador no se vea sorprendido por una simple notificación resolutoria.

De modo que de estas sentencias se puede colegir que si el requerimiento es de pago la objetivación puede alcanzar el máximo grado y la cláusula resolutoria mayor eficacia al acallar las posibles dudas sobre la falta de equidad que supondría una resolución mediante una mera notificación intempestiva.

Conviene recordar también la declaración contenida en las Sentencias de 1 de junio de 1987, 8 de febrero de 1988, 15 de noviembre de 1989 y 24 de febrero de 1990 rectificando la posición rígida en favor del requerimiento notificación en el sentido siguiente: en cuanto a la naturaleza divergente entre las encomiadas tesis mantenidas por la doctrina en torno a la naturaleza jurídica y efectos del acto de requerimiento, constitutivo, para unos, de una intimación al pago con resolución *ex lege* si éste no se produce y, para otros, notificación resolutoria obstativa al pago, sin intimación para que éste se produzca, tiene declarado la Sala que no hay ninguna objeción jurídicamente atendible que impida concebir el requerimiento 1.504 como acto jurídico complejo integrado en su fin principal por una declaración unilateral de voluntad —a la que la Ley anuda un efecto resolutorio contractual— en la que la finalidad última se condiciona o se subordina al cumplimiento de un acto: el pago por el deudor comprador.

7.º La misma Resolución de 29 de diciembre de 1982 al impedir la reinscripción cuando el comprador se opone, está reconociendo que no se trata de una simple notificación, por mucho que pretenda aplicar la teoría de que en nuestro Reglamento Notarial no es nítida la distinción entre notificación y requerimiento. Y sin que sea correcto, a mi juicio, acudir al subterfugio de entender el requerimiento 1.504 como tal requerimiento

También LUIS SELVA (*ob. cit.*, pág. 1 935) cuando dice que “*Sea cual sea su naturaleza, los efectos son los mismos*” Pero, si queda claro el sentido del acta dirigido a manifestar la voluntad de resolver, no es menos claro que el comprador en las cuarenta y ocho horas que le conceda el Reglamento Notarial para contestar, puede hacer el pago.

Si, como luego veremos, la notificación de resolución se hizo con independencia de la de protesto, no tendría sentido la admisión del pago tras la notificación del protesto, y no por la de la resolución. El acta es, pues, mixta: de requerimiento (de pago) y de notificación (de resolución). Así se puede justificar el que el artículo 1.504 hable de lo primero y el 59 del Reglamento Hipotecario de lo segundo”

pero para que se allane el comprador a la resolución, tal como lo hizo MANRESA (134).

8.º Además, una interpretación del precepto acorde con la realidad social del tiempo en que la norma es aplicable (art. 3.1 CC) nos conduce a la consideración de que el requerimiento es precisamente lo que el mismo término empleado por el artículo 1.504 significa, ya que así entendido se logra el mayor equilibrio en la ecuación que supone la protección de intereses del comprador y vendedor, así como fortalecimiento del crédito y la seguridad de las transacciones, respetando una aplicación humanizada y ética del Derecho.

Lo que no excluye la necesidad de notificar la resolución, por virtud de la cual el vendedor decide optar por el ejercicio de la facultad resolutoria. Pero dicha notificación puede ir implícita o embebida en el mismo requerimiento por razones de economía procedimental, como ha reconocido la doctrina y la jurisprudencia (135).

9.º Por último, es la interpretación que más se aviene con la tesis que aquí he defendido acerca de la configuración del pacto comisorio como pacto de reforzamiento de la facultad resolutoria genérica, pues así entendido el requerimiento no es más que la verificación del incumplimiento, que, a su vez, es el factor determinante de la resolución y se coherente con la doctrina seguida por el Código Civil sobre la mora: el impago (incumplimiento del comprador) hay que constatarlo y reclamarlo (art. 1.100 CC) y con la naturaleza propia del requerimiento, que permite al comprador, congruentemente, contestar justificando el impago, sin que quepa a mi juicio otra forma de oponerse a la resolución (136). Justificación que

(134) Como señala CAMY, aceptando la tesis del requerimiento-notificación en todas sus consecuencias, y, por tanto, congruentemente, la comunicación no puede recoger manifestación alguna del comunicado, pues es sólo eso, una comunicación de resolución (*ob. cit.*, pág. 726)

Y MIQUEL (*ob. cit.*, pág. 1.538) después de considerar que el *quid* está en el rigor de la adveración que corresponde al Registrador, señala que debe ser estricta, en el sentido de exigir una rigurosa probanza del hecho del incumplimiento sobre todo cuando el comprador no es notificado personalmente, y, por tanto, no tiene la oportunidad de asentir o disentir. Pero señala que dichas actitudes, por coherencia con el sumario proceso adverativo del artículo 59 del Reglamento Hipotecario, no serían de recibo, ya que la alegación de excepciones causales sería contradictoria con el procedimiento registral de adveración de hechos objetivos, en este caso, el incumplimiento producido.

(135) Como dice ROVIRA JAÉN (*ob. cit.*, pág. 1.677) el requerimiento refleja el aspecto civil del problema y es término bien empleado por el 1.504, y la notificación del 59 del Reglamento Hipotecario el aspecto registral de la voluntad de reinscribir. Pero ambos son precisos

(136) Destaca MIQUEL (*ob. cit.*, pág. 1.538) el rigor que el Registrador ha de tener en la adveración del impago o prueba de incumplimiento, pero no encuentra el autor otro medio que el ideal de que el comprador reconozca de forma documental el impago.

puede basarse, bien en que el vendedor no cumplió su obligación de entregar la cosa o que existe un grave peligro de perderla como consecuencia del ejercicio de una acción reivindicatoria o hipotecaria *ex artículo 1.502* o, simplemente, que el pago ya se realizó o la obligación se extinguió. Declaraciones todas que son más congruentes con un requerimiento de pago que con la notificación de resolución y que impedirán que el vendedor ejercite abusivamente la facultad resolutoria.

Cuando existe un previo requerimiento de pago, poca justificación podrá tener ya un retardo basado en un error o en un olvido o en las causas que determinaron la resolución decretada por aquellas tres sentencias ya comentadas. Es decir, que el retardo sin importancia que es el que el Tribunal Supremo considera finalmente como causa paralizadora de la acción resolutoria, difícilmente podrá justificarse cuando el vendedor ha dado una última oportunidad que, lógicamente, obstará a que se puede esgrimir la buena fe para apoyar en ella la omisión que el impago significa.

Y no es extraño a esta consideración la formulación que de la cláusula se hace en la práctica contractual, pues la prudencia y buen sentido de los juristas prácticos (Abogados y Notarios) les lleva a utilizar el mecanismo del requerimiento de pago como más adecuado, en cuya opción no deja de estar presente un cierto sentido que rechaza el mecanismo resolutorio intempestivo del requerimiento-notificación.

Después de todo lo dicho es claro, a mi juicio, que el pacto comisorio sigue siendo un medio de garantía eficaz y útil en el caso del aplazamiento del precio en la venta de bienes inmuebles (137). Pues el debilitamiento inicial que sufrió con la exigencia de la célebre voluntad deliberadamente rebelde fue superado por un proceso evolutivo que culminó en una mayor objetivación del impago, reduciendo el margen de arbitrio judicial, que quedó, por último, concretado a la valoración del *mero retraso sin impor-*

Para lo cual ninguna fórmula creo más adecuada que el requerimiento de pago con el que sería congruente aquel reconocimiento.

(137) Desde un punto de vista distinto, hay que considerar la posibilidad de otras fórmulas que pudieran ser más convenientes según los casos. Así, cuando la primera entrega de dinero o las sucesivas hechas por el comprador sean cantidades importantes, la resolución, con la necesaria devolución inicial (al margen de la cláusula penal que tendrán que moderar los Tribunales) que el vendedor ha de realizar (art. 175. 6.º RH) podría suponer un obstáculo grave, cuando el vendedor invirtió las cantidades recibidas en la adquisición de otros bienes o servicios, y, por tanto, una razón importante para buscar otros medios de garantía alternativos (hipoteca, letras avaladas, etc.).

Tampoco se pueden dejar de ponderar los peligros que supone un cambio de las circunstancias económicas que origine una desvalorización del inmueble vendido (recuérdese la crisis inmobiliaria de principios de los ochenta), lo que no sería raro que volviera a suceder. Ello haría inoperante o perjudicial el ejercicio de la resolución.

tancia. Importancia que viene determinada por la pequeña cuantía y duración del impago.

Pero su eficacia se vería incrementada y fortalecida sin dañar la evidencia si se admite la tesis que aquí he defendido, tanto en lo que se refiere a su configuración como pacto de reforzamiento de la facultad resolutoria genérica como en considerar el requerimiento del artículo 1.504 como requerimiento de pago.

De este modo se *reduce el ámbito de justificación* del retraso y, por tanto, el último reducto de arbitrio judicial sin afectar la equidad, ya que ante un requerimiento de pago concediendo un término prudencial para que el comprador pueda cumplir, seguido de la notificación o embebida en él (pues en todo caso el vendedor ha de manifestar su opción por la resolución), difícilmente podrá alegar el comprador una causa justificada de incumplimiento.

Con esta interpretación del artículo 1.504 se daría el último paso para lograr la máxima eficacia de una fórmula (pacto comisorio) que hunde sus raíces en el Derecho romano y que continúa siendo *la preferida*, en la medida que con ella se conjugan los intereses que demanda la sociedad actual. Con ella aparece en un primer plano el valor de la seguridad de las transacciones, pero siempre dentro del respeto a los principios de la buena fe y de la equidad que legitimarían en todo caso al intérprete para negar amparo a pretensiones injustas y abusivas que repugnen al sentido común, que es el primer indicio o camino hacia lo justo.

VICTORIO MAGARIÑOS BLANCO

Notario de Sevilla

DICTAMENES Y NOTAS

Alonso Martínez, en el proceso codificador, civil e hipotecario

Esta aportación es una manera de expresar nuestro recuerdo y homenaje al gran jurista y estadista burgalés MANUEL ALONSO MARTÍNEZ. Como aragonés, y en la distancia de los tiempos y de las circunstancias, se me asemeja al “león de Grau”, JOAQUÍN COSTA, quizá, con más tablas políticas y mayor llaneza castellana, pero con no menor énfasis. Y también al coloso del Derecho civil JOSÉ CASTÁN TOBEÑAS, vertebrador de la ciencia jurídica contemporánea del Derecho desde una visión serena de las realidades éticas, sociales, nacionales y forales.

ALONSO MARTÍNEZ, que nace en Burgos el 1 de enero de 1827, va a cumplir una tarea real y fundamentalmente básica para la configuración del Derecho civil. Con esta ratificación pública, recuerdo y gratitud, en estos momentos de la vida española —en la que tanto queda por lograr para la credibilidad de las leyes, para la trascendencia de las normas, para la seguridad jurídica normativizada y real de los ciudadanos— ya estaría enunciado el *leiv motiv* del trabajo. Pero me parece obligado resaltar o subrayar algunos aspectos singulares, dentro de los más generales y conocidos, lo que va a ser mi aportación.

En cuanto a su vida y comportamientos humanos, profesionales y aun políticos, en los archivos del Colegio de Abogados de Burgos se guardan no pocas actas como secretario del Colegio, discursos y obras. Los Abogados burgaleses, JULIÁN MIGUEL DE LA VILLA y el propio JOSÉ M.^a CODÓN han dedicado estudios y artículos sobre *quién era y qué hacía* ALONSO MARTÍNEZ. De entre estos trabajos y el estudio particular que hace MARÍA VALENTINA GÓMEZ MAMPASO (*Anales de la Real Academia de Legislación y Jurisprudencia*, núm. 19, 1988) recojo estos datos: era un jurista y abogado completo, casi un filósofo y un político del Derecho.

Por tanto, su reflexión sobre *el ser*, el *saber*, el *consistir* y el *vivir* el Derecho no se refirieron exclusivamente al Derecho civil, sino a otras ramas, entre ellas el Derecho criminal. Actuó en política y fue diputado en distintas legislaturas, continuadamente, desde las Constituyentes de 1854 a las de 1887, casi siempre por Burgos o Castrojeriz (solamente en 1858 y 1863, y no todo el período parlamentario, por Huelva y Ubeda [Jaén]). Tenía veintisiete años al empezar su actividad como parlamentario. Ministro de Fomento a los veintiocho años, tres veces Ministro de Justicia; en algún momento alcalde y gobernador de Madrid, era un buen argumentador, orador dialéctico, aunque sereno. En 1882, en una intervención ante el Congreso, había dicho: “Soy hijo del trabajo, me he dedicado a estudiar desde que tengo uso de razón, he procurado seguir todos los progresos que hace la ciencia jurídica. Conozco todos los Códigos que se van publicando en Europa, y aunque el nivel de mi inteligencia sea bajo...”

Sus biógrafos, o el propio conde de Romanones, le han descrito como “hombre apacible, reposado al hablar y al discurrir, y en lo físico y en lo moral demostraba un gran equilibrio”. Se ha dicho de él que “era la seriedad hecha hombre, que imponía respeto, que prácticamente no tuvo juventud. Que no era adusto, siempre afable, pero que en la vida no se había tomado las cosas a broma”.

Estas condiciones y circunstancias humanas dentro de lo azaroso del siglo XIX, y esa perspectiva castellano-burgalesa que nunca perdió, acaso hayan sido los secretos para que pudiera culminar la gran obra del *Código Civil* español, en lo que tiene hoy mismo de norma, de vida y aun de lenguaje (como recientemente ha expuesto Antonio Hernández Gil).

Nos vamos a referir, dentro de los límites de que disponemos, a subrayar o ambientar los momentos distintos o peculiares, en que podríamos diseñar su gran obra de jurista y de político y cuyo motivo está anticipado por él mismo en la Introducción a su obra *El Código Civil en sus relaciones con las legislaciones forales*: “... quisiera tener talento privilegiado, y hasta ciencia y autoridad irrecusable en el Derecho, juntamente con una frase y un estilo seductores para ejercer con fruto apostolado en favor de la publicación de un Código Civil que, desterrando la anarquía legislativa en que vivimos, afirmará más y más la grande obra de unidad nacional” (eran los años, en la primera edición, 1884-1885). En el fondo, siguiendo a D’AGOSTINI, un *repensar en clave de modernidad*, el mandato de unidad legislativa del famoso artículo 258 de la Constitución gaditana.

HASTA EL PROYECTO DE LEY DE BASES DE 1881

Antes de la culminación de este proyecto han pasado muchas cosas en España y no pocos intentos para llegar a una demandada unificación-diversidad *civil*. Las explicaciones, como siempre, estarán en la historia —*llama viva de la tradición*, como la llamará VÁZQUEZ DE MELLA—. Han sido ya muchos los juristas, especialmente historiadores del Derecho y exegetas del Código Civil —ver últimamente a BONET, con su trabajo *La Ley de Bases del Código Civil*, dentro del número 19 de *Anales*, de la Real Academia de Legislación y de Jurisprudencia, ya citado— quienes se han referido a toda esa fase *preconstitutiva* de nuestro Código Civil.

Atrás quedaba la invasión musulmana 711, que supone la ocupación de casi todo el territorio ibero-romano-godo —¿os imagináis una ocupación de Kuwait durante ocho siglos?—, quizá por el grupo más civilizado de los que anegan todo el floreciente y cristiano norte de Africa, desde Egipto a Cartago, que se asientan, guerrear con los cristianos, pero conviven incluso con ellos y los judíos. Es un caso inédito en toda Europa. Así fue. Y así se hizo la reconquista, la repoblación y el asentamiento (la Alhambra se construye en el siglo XIII, cuando ya empieza, un siglo más atrás, el románico en Galicia, en Aragón y en el norte de Castilla).

Estos fenómenos o realidades —*reconquista, repoblación y asentamiento*— son las explicaciones de la incardinación de los *Fueros*. No sólo era la justa recompensa a las ciudades, grandes o pequeñas (como el Fuero de Daroca), sino que constituía el medio de recomponer y vertebrar la unidad nacional sobre las ciudades y, luego, los territorios y los reinos.

Existían circunstancias fácticas, políticas y humanas. GARCÍA GALLO se ha referido a esta fase de todo lo que ha sido proceso de unificación de los distintos derechos castellano, aragonés, navarro, catalán... en el aspecto territorial hasta el siglo XIX.

Los Decretos de Nueva Planta, ya a comienzos del XVIII, replantean a los juristas y aun a los monarcas las preguntas de por qué llegar a una *unificación* de las leyes, y la de si las causas de las perturbaciones que se sufren en estos dos siglos también obedecerán al tratamiento *uniformado-centralista* de gobierno que quiera darse o imponerse.

Hay, pues, un movimiento *codificador* que en las Cortes ya se entendió como *unificador*, como manifestación del principio —en su génesis “revolucionaria de igualdad”, orientándose en él los efectos de la Revolución Francesa—, que si que obedecían, teóricamente, a ese principio de igualdad, aunque el Código Civil francés fuese ya una normativa de “*clases*”. El riesgo estaba en desconocer las raíces propias de nuestra realidad foral subsistente, ajena, por ejemplo, al fenómeno de la codificación alemana,

su BGB, orientada en sus auténticas peculiaridades y singularidades. (También había una problemática singular, la matrimonial; véase *La cuestión matrimonial en la elaboración del Código*, de CRESPO DE MIGUEL. Homenaje I.C., vol. I, 1989, págs. 183 y ss.)

El problema de la “unificación” de normas civiles no era sólo una cuestión sobre el ámbito de la *territorialidad* de las normas, sino de la incrustación de instituciones “*ajenas*” en gran parte a otras regiones de España, ya que se partía, estratégicamente, desde un *Derecho castellano* como impregnación o secuestro de las propias instituciones forales. Así se llega al proyecto del Código Civil de 1851, de cuyas bondades y efectos miméticos en Hispanoamérica ha escrito largo y bien JOSÉ MARÍA CASTÁN VÁZQUEZ. Era la década moderada de 1844-1854. Pero a pesar de todo el esfuerzo de GARCÍA GOYENA, la oposición de los representantes de las *regiones forales* —el art. 1.922 derogaba “todos los Fueros” y la inhabilidad de ciertos políticos lo hicieron fracasar (véase CASTÁN VÁZQUEZ, “El proyecto de Código Civil de 1851 y su influencia en la codificación iberoamericana”, en *Anales R. A. de Jurisprudencia*, núm. 19, 1988).

LA LEY DE BASES DE 1888 Y CÓDIGO CIVIL DE 1889

La aportación de ALONSO MARTÍNEZ va a ser decisiva, como luego veremos. Hay que destacar previamente que las vicisitudes políticas, tanto constitucionales —las de 1868 y 1876— como los cambios de gobierno, no ayudaron a hilvanar el gran tema de una legislación *general, común y foral* —y pongo énfasis en estas palabras— pese a estar ya en las puertas —con retraso— de una modernidad económico-social, en cuyo desarrollo y promoción de libertades habrían de encontrarse también dosis ciertas de seguridad, la legislación ordinaria, privada, personal, habitual. El fracaso del proyecto del Código Civil le coge a ALONSO MARTÍNEZ con muy pocos años —cuando tenía exactamente veintisiete— ya como *secretario general de codificación*. Esta institución, que se nutre de juristas de verdadero calibre y calidad, va a tener un papel decisivo en un fenómeno “*codificador menor*” de carácter realista.

Por ejemplo, al no poderse esperar más en determinados aspectos de la vida española, se aprueban leyes especiales, como la Hipotecaria de 1861 y Notarial de 1862; la de Aguas, de 1866, es preparada por una comisión especial que preside el propio ALONSO MARTÍNEZ. Dentro de la comisión de codificación, también con la experiencia y estudio que le reporta ser académico de la Real de Legislación y Jurisprudencia, ALONSO MARTÍNEZ dispone ya de un arsenal de conocimientos para la ardua tarea

de una legislación general, tanto en el Derecho privado como en el Derecho público.

En las tres etapas de ministro de Justicia —la primera, con el general ZABALA, del 13 de junio de 1874 al 3 de noviembre de 1883; la segunda y la tercera, con SAGASTA, del 8 de febrero de 1881 al 9 de enero de 1883, y del 27 de noviembre de 1885 al 11 de diciembre de 1888—, ALONSO MARTÍNEZ va a marcar un rito singular. Ya lo anticipó al aceptar en febrero de 1881, y por segunda vez, la cartera de Gracia y Justicia, en la que expuso, dice, el programa de reformas legislativas que imperiosamente *exige nuestro estado social* (el subrayado es nuestro). Luego habla —en su *Instrucción*, de donde es tomado este texto— del *nuevo Código de Comercio, la reforma del Código Penal, la organización de la justicia criminal con el juicio oral y público...* Y añade “finalmente” un *proyecto de Código Civil con leyes especiales que se sirvieran como Apéndice para las provincias de régimen foral... De mis programas de reformas legislativas sólo ha quedado, pues, sin cumplir, en parte, la relativa al Código Civil*”.

Y así, FRANCISCO SILVELA hizo suyo el procedimiento de ALONSO MARTÍNEZ de una *Ley de Bases* para que los políticos se pusieran de acuerdo en los principios y dejar a los técnicos-juristas la redacción específica. Este proyecto Silvela se aprobó en el Congreso, pero no en el Senado por la disolución de las Cortes. La muerte de ALFONSO XII en El Pardo el 25 de noviembre de 1885 da paso a la regencia de doña MARÍA CRISTINA. En este período de 1885-1889 será ministro de Justicia y presidente de la Comisión General de Codificación ALONSO MARTÍNEZ.

El proyecto de Ley de Bases se convirtió en Ley el 11 de mayo de 1888, siendo publicado por *La Gaceta de Madrid* el 22 de mayo, firmada por la regente de palacio y con ALONSO MARTÍNEZ como ministro. Era una Ley de autorización para dos cosas: una, para que en la redacción del Código Civil se tuviera como texto fundamental el proyecto de 1851; y otra, que el Código sería completado con unos Apéndices para recoger las “*instituciones forales que conviene conservar*”.

Por diversas razones, casi anecdóticas, hubo dos ediciones: la de 6 de octubre de 1888, con la firma de ALONSO MARTÍNEZ, y la segunda, corregida y aumentada, del 24 de julio de 1889, firmada por CANALEJAS (el porqué no firmó ALONSO MARTÍNEZ parece ser, según detalla GONZÁLEZ DELEITO, por las intrigas políticas o por la travesura de su yerno el conde de Romanones, que en tan poco tiempo dieron lugar a un cambio ministerial).

Aparte del aspecto de la legislación hipotecaria que vamos a comentar a continuación, podemos concluir que, pese a tanta intriga política, a tantos intereses territoriales, no siempre bien presentados, y a la proble-

mática concreta de una sociedad que desde CARLOS III va impactándose de ilustración, secularización, economía y despertar social, ALONSO MARTÍNEZ acaba con el lento, tardío y complejo proceso legislativo en que se encuentra la España del siglo XIX. A nuestro modo de ver, su éxito se debió al realismo con que supo ver la necesidad de legislaciones específicas que no podían esperar al Código Civil, como las de Enjuiciamiento Civil y Criminal y las citadas Hipotecaria y Notarial. O las de Propiedad Intelectual 1913, 1847, 1879, Código Penal de 1822 a regir en 1848, modificado en 1876; Ley del Matrimonio Civil de 1870 y del Registro Civil de 1870; Ley de Asociaciones de 1887, del Jurado 1888, del Sufragio Universal 1890; más las leyes de la Desamortización...

También a la opción por el no revisionismo a ultranza del proyecto de 1851, pese a que las realidades políticas, constitucionales y fácticas eran de otro signo. Esto supuso una decisión política de gran alcance histórico. Y finalmente, porque entrevió y ejecutó hábilmente, quizá por esta óptica de un burgalés de pro, que el tema de los regímenes forales, aunque llamados *Apéndices*, no lo eran por razones de *privilegio*. Aunque la batalla se llenó entonces de "transacción", realmente lo que quería decirse es que en el común vivir de los aragoneses, catalanes, navarros, etc., había una norma suya peculiar, distinta y en sí no contrapuesta a la castellana, que era la suya de ellos. Unas verdaderamente *Compilaciones*, como después del Congreso de Zaragoza de 1946 se llaman.

ALONSO MARTÍNEZ, pues, supo saber esperar; desde 1851 supo ver, supo estudiar y supo tejer y vertebrar el Código Civil español, aunque en su segunda edición no lleve su firma. En realidad, su magna obra no se comprende bien si no se tiene a mano todo el período del siglo XIX, que, aparte del anecdotario político y religioso, se puede decir que en todo él se produce el paso de una sociedad estamental a una sociedad clasista, coincidiendo esto con una Guerra de la Independencia cuando Europa ya había pasado del *Antiguo Régimen* y cuando los fenómenos de secularización y de anticlerismo se importan o *imponen* por mimetismo, sin enraizamiento en las singularidades específicas de la modernidad de renacentismo cristiano español. Hasta tal punto de que las leyes desamortizadoras, paralelas a las supresiones de Ordenes religiosas de 1835, 1836 y 1837, son fórmulas de *trasvase* de propiedad más que un mecanismo de *reestructuración* de dominios.

ALONSO MARTÍNEZ se sobrepuso a estos avatares en su posición meridiana de jurista con prudencia, con rigor y sabiduría. Y también previsor, ya que la opción del Código Civil con respeto y vigencia del formal en los territorios que históricamente tuviesen uno propio no era una fórmula de compromiso, sino de fidelidad a la historia y una respuesta a la moderni-

dad española. Los hechos le han dado la razón. Y hoy, en la propia Constitución española de 1978, están reconocidos los *regímenes forales*, porque la propia variedad normativa peculiar contribuye a la *unidad*, no a la uniformidad, del Derecho español común y foral.

EN EL PROCESO CODIFICADOR HIPOTECARIO

Entramos, finalmente, en un aspecto más concreto sobre el papel de ALONSO MARTÍNEZ acerca del cual, quizá, no se haya hablado mucho: la posición que toma ante la incorporación o no al Código Civil de preceptos hipotecarios (v. especialmente *Leyes hipotecarias y registrales de España. Fuentes y evolución*, 4 vols., Centro de Estudios Hipotecarios, 1989-1990. Son los publicados hasta la fecha de la gran obra proyectada de seis tomos como aportación de los Registradores de la Propiedad y Mercantiles al V Centenario del Descubrimiento de América).

Habría que hacer una anotación general, aunque muy breve —la trata además ampliamente JUAN VALLET DE GOYTISOLO— sobre los principios y polémicas que anidan en el proceso de codificación referidos a la *Escuela histórica* o la *Escuela filosófica*. Indudablemente, de alguna manera pasaron cierto tipo de discusiones doctrinarias al tiempo que las cuestiones forales. Se trataba de ver la manera de recoger —en la unificación proyectada— no solamente el derecho *norma*, sino aquel derecho-vida que nace o va naciendo de la costumbre del derecho popular. Casi como consecuencia de la tesis de COSTA de que la soberanía popular no termina en el voto, sino que alcanza a la creación del Derecho por la costumbre, la voluntad del testador es ley, el contrato es ley, etc. (v. *La vida de derecho*).

A diferencia del Código Civil alemán que no tuvo problemas para la incorporación en su BGB de los preceptos hipotecarios, dejando para una *Ordenanza* del Registro la *llevarza* del mismo, eso no fue posible en España. Se intentó, en efecto, ya que si el Derecho hipotecario, como ha señalado ROCA SASTRE, es sustancialmente civil, la materia de hipotecas y régimen registral podría encajar en los proyectos que se iban fraguando a partir de las Cortes de Cádiz ante un único Código Civil. Y así, en el proyecto de 1836 se dedicaba el Título XVI del Libro III al Derecho de hipoteca, voluntarias, legales y judiciales, organización de los Registros u oficios de hipoteca, y regulaba el cargo de los conservadores o encargados de aquéllos.

El de 1851 comprendió con mayor amplitud la materia hipotecaria. Ya en 1843 la Comisión General de Codificación redactó un proyecto de *Ley de Bases*. En materia de hipotecas se adoptaban criterios de *publicidad germánica*.

Algún miembro de aquella Comisión, como don CLAUDIO ANTÓN DE LUZURIAGA, quiso que se extendiera tal efecto publicitario, *además*, a la traslación del dominio y derechos reales. En la base 52 la inscripción tenía carácter *constitutivo*. Al desarrollar tal base se veía que era un injerto extraño dentro del Código, de orientación básicamente napoleónica. Y predominó la tesis, entre otros, de BRAVO MURILLO y GARCÍA GOYENA de que la *transmisión operase sin necesidad de inscripción*. Y con este criterio, LUZURIAGA, con gran pesar por su parte, redactó para el Código Civil los dos títulos de *Hipoteca y Registro* de la Propiedad del proyecto del Código Civil de 1851 (los XIX y XX del libro III).

Como ya se ha dicho, tal proyecto de 1851 fracasó por un sinfín de razones, algunas de ellas ya apuntadas. Quizá una más singular: en el tema de la transmisión de dominio y sus garantías de publicidad en los regímenes forales, operativos y vivos existían fórmulas escrituradas o registradas, más ricas y muy asentadas popularmente, que no encajaban en los moldes de la *transitio* del Código Civil. Aquellas fórmulas estaban inspiradas en principios *germánicos*, quizá como sobrevivencia ibérica, goda o consuetudinaria. No era de extrañar, por tanto, que además de los grandes problemas generales para el Código general hubiera este otro sobreañadido al de la cuestión matrimonial o el de la pervivencia de los regímenes forales, más predispuesto a las formas de publicidad sustantiva, sobre todo en materia de propiedad más comunitaria que romana.

Se vio con cierta urgencia, a partir de 1851, la necesidad de ir a una *Ley especial*, con intención de que quedase en su día incluida en el futuro Código Civil. Por Real Decreto de 8 de agosto de 1855, siendo secretario general de la Comisión de Códigos ALONSO MARTÍNEZ, se ordena a aquélla la rápida elaboración de "*un proyecto de Ley de Hipotecas o de aseguramiento de la propiedad territorial*".

Se trabajó duramente en aquella Comisión, con numerosas vicisitudes; se descartó el sistema de bases y se fue a un anteproyecto, el de 1859, redactado por el vocal GÓMEZ DE LA SERNA, que fue presentado en Cortes en 1860 y sancionado como Ley en 8 de febrero de 1861 (v. DÍEZ PICAZO, "Los principios de inspiración y los precedentes de las leyes hipotecarias españolas". *Leyes hipotecarias*, cit., t. I, págs. 3 y ss.).

En esta línea —y lo advierte OLIVER claramente en su *Derecho inmobiliario español* y en la propia *Exposición de Motivos*, se confiesa su orientación "*innovadora*", más bien prusiana; se retoma básicamente el anteproyecto de LUZURIAGA inspirado en la legislación del Cantón de Ginebra y en la de algunos *Land* alemanes, como Baviera, Prusia y Winttemberg. Esto pudo hacerse sin romper los esquemas más o menos previsibles del Código Civil futuro, y naturalmente, como ya ocurrió en el

proyecto de Código de 1851, no hubiera sido viable dentro de él. Y así, de esta manera, al menos en este aspecto de la publicidad y solemnidad —a veces constitutiva de actos y negocios jurídicos—, se producía *un acercamiento a los derechos o regímenes forales*. Y permitía una *experiencia* —además de hacer frente a las exigencias vitales de carácter social o económico existentes— y no una confrontación patológica entre ellos. Los primeros retoques y modificaciones parciales se llevaron a cabo en la Ley Hipotecaria de 1869; en 1872 se crearía el Banco Hipotecario; en la de 1875 se procedería a la restauración de los Registros destruidos; en la de 21 de julio de 1876 nacerá el Cuerpo de Aspirantes a Registros, y en la de 17 de julio de 1877 se limitará la protección del tercero protegido al adquirente a *título oneroso*. Un Reglamento Hipotecario de 1870 sustituye al de julio de 1861.

¿Se produjo la atracción de la Ley Hipotecaria por el Código Civil? Así se había previsto y hasta explícitamente expresado. La misma Ley de Bases de 1888 lo recordaba y hasta lo imponía; y el propio OLIVER fue encargado de trasladar aquellos tres títulos —*Inscripciones, Hipotecas y Registros*— al Código Civil. Y quedaría fuera, como Ley especial, una para la *llevanza del Registro*, con analogía con la alemana.

El sentido pragmático, realista y conocedor de la problemática acumulada que llevaría consigo orientaron a ALONSO MARTÍNEZ, con sentido conciliador, a dejar fuera el contenido sustantivo de la Ley Hipotecaria. El Código Civil fue respetuoso con la Ley Hipotecaria, pues incluso los pocos preceptos que se incorporaron de ese matiz hipotecario, como los artículos 605-607, son reproducción de artículos de la Ley Hipotecaria. El problema clásico de la doble venta (art. 1.473) se resuelve con los criterios hipotecarios. Quedaron, pues, deslindados los dos campos.

Se hizo en el Código Civil un retoque fundamental: el *carácter constitutivo de la hipoteca* (art. 1.875). Por ello, junto a otras pequeñas modificaciones, era preciso una adaptación más general para la coordinación del Código Civil y Ley Hipotecaria, lo que se hizo en la de 1909. Aquél, pues, mantuvo los artículos 605-608 y 1.874 y siguientes.

La posición de ALONSO MARTÍNEZ fue pragmática y decisiva y en la línea con la estrategia de las *leyes especiales* para no ahondar más en la problemática de normas comunes y normas forales. Naturalmente, entonces y ahora, los civilistas y algunos hipotecaristas, como ROCA SASTRE, entienden la necesidad de llevar al Código Civil aquellos preceptos sustantivos de carácter hipotecario civil. Pero la armonía, el equilibrio y el asentamiento de aquél hacen difícil ya una tarea codificadora omnicompreensiva. Porque podría poner en riesgo la fragilidad de un Código Civil largamente elaborado y luego experimentado.

De tal manera, la tesis de ALONSO MARTÍNEZ como jurista y como político ha estado bien fundada, que en la legislación básica actual, 1944-1946, eje de nuestra legislación hipotecaria, *sobrevive*, primero, como Ley de reforma parcial, y luego, como texto refundido. Y cuando con posterioridad a la Constitución de 1978 se hace la reforma más profunda en toda su historia del Código Civil, no se han alterado los escasos preceptos hipotecarios que en aquel se contienen. La orientación germánica de nuestras normas hipotecarias sigue siendo acusada.

En realidad, con ocasión del libro *Homenaje al Código Civil en su centenario*, en sus varios volúmenes (dirigido por RICO PÉREZ) nadie ha aludido a una necesidad técnica, ni aun política, de esa unidad Código Civil-Ley Hipotecaria.

Podrá aspirarse a una actualización de las estructuras registrales al *servicio de la sociedad* tanto para la esfera pública como para los derechos privados. Y los propios institutos registrales —incluso algunos ajenos como el Registro Civil, o el Catastro y otros administrativos, etc.— podrían estar en una mejor línea de coordinación (v. *Teoría del Registro como servicio público*, III, 1991, y MEZQUITA DEL CACHO y LÓPEZ MEDEL, *El Notariado y los Registros*, 1986), como ya hoy es un hecho aceptado. Por tanto, el proceso codificador civil e hipotecario que decide ALONSO MARTÍNEZ sigue teniendo virtualidad. Prueba, por tanto, de su alto sentido político y jurídico. El burgalés ilustre sigue reinando después de morir.

JESÚS LÓPEZ MEDEL

ACTUALIDAD JURIDICA

I. INFORMACION LEGISLATIVA

A) TRATADOS INTERNACIONALES Y DERECHO COMUNITARIO

1. *Acuerdo con México sobre títulos de estudios.*—En el *BOE* del 4 de noviembre se publica instrumento de ratificación del acuerdo entre España y México en materia de reconocimiento o revalidación de certificados de estudios, títulos, diplomas y grados académicos que han sido hechos en Madrid el 10 de junio de 1985.

Según este acuerdo, los estudios totales acreditados que se hayan obtenido en uno de los Estados serán reconocidos en el otro previa declaración de equivalencia y exclusivamente a los efectos académicos.

2. *Convenio ACP-CEE hecho en Lomé el 15 de diciembre de 1989.*—El instrumento de ratificación y el texto completo de este convenio se publica en el *BOE* del día 10 de diciembre. Lo suscriben, por una parte, los Estados miembros de las Comunidades Económicas Europeas, y por otra, los que constituyen el grupo de Estados de Africa, del Caribe y del Pacífico con el deseo de reforzar sobre la base de una completa igualdad y en interés mutuo una estrecha y continua cooperación con espíritu de solidaridad internacional, con arreglo a los principios de la Carta de las Naciones Unidas.

Según el artículo 1.º, se celebra este convenio con el objeto de promover y acelerar el desarrollo económico, cultural y social de los Estados ACP y de profundizar y diversificar sus relaciones con espíritu de solidaridad e interés mutuo.

El texto del convenio es extensísimo, de 307 artículos, y se ha publicado en un suplemento del *BOE* correspondiente a su número 295, del día 10 de diciembre.

3. *Adecuación de impuestos a las Directivas y Reglamentos de las Comunidades Europeas.*—Por Ley 29/1991, de 16 de diciembre, que se publica en el *BOE* del día 17, se modifican diversas normas impositivas de

España para la adecuación con las comunitarias en materia de fusión, escisión, aportación de activos y canje de acciones de sociedades. En el Título II se trata del régimen fiscal de las sociedades matrices y filiales de Estados miembros, y en los Títulos III y IV se modifican los preceptos correspondientes de los Impuestos sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados y sobre el Valor Añadido.

B) LEGISLACIÓN ESPAÑOLA

1. *Ley 25/1991, de 21 de noviembre, sobre entidades de crédito de capital público estatal.*—Se viene a desarrollar, dándole forma de Ley, lo que se dispuso en el Real Decreto-Ley 3/1991, de 3 de mayo. Se constituirá una sociedad estatal denominada “Corporación bancaria de España, S.A.”, a la que quedarán incorporados la Caja Postal de Ahorros y los Bancos de Crédito Agrícola, de Crédito Local, de Crédito Industrial y el Banco Hipotecario de España.

En su artículo 4 se declaran exentos fiscalmente todas las transmisiones, actos y operaciones derivadas de lo dispuesto en esta Ley. Igualmente se dispone que “gozarán de exención de aranceles u honorarios por la intervención de fedatarios públicos y Registradores de la Propiedad y Mercantiles” (BOE 26 noviembre).

2. *Ley 26/1991, sobre contratos celebrados fuera de los establecimientos mercantiles.*—Trata de incorporar al Derecho español el contenido de la Directiva del Consejo de las Comunidades Europeas 85/577, de 20 de diciembre, referente a la protección de los consumidores de esta clase de contratos. En el artículo 1.º se señala su ámbito de aplicación, con las exclusiones del artículo 2.º. La oferta debe hacerse por escrito, y es posible que el consumidor revoque su declaración de voluntad, sin tener que alegar causa alguna, si lo hace dentro de los siete días desde que recibió la oferta. Creemos que la Ley exagera al decir que los derechos que se confieren al consumidor son irrenunciables (BOE 26 noviembre).

3. *Modificación del Código Civil en materia de testamentos.*—Se lleva a cabo mediante la Ley 30/1991, de 20 de diciembre, y afecta principalmente a los otorgados por los incapacitados, a los testigos cuyo punto es el más modificado y central de la reforma, y por último, a los testamentos en lenguas que el Notario no conozca. Debe estudiarse con atención esta Ley por sus indudables consecuencias y aplicaciones.

4. *Ley de Presupuestos generales del Estado para 1992*.—Establece en su Disposición Final 5.^a que el Gobierno podrá hacer uso de la autorización de la Disposición Final 2.^a de la Ley 8/1990, de 25 de julio, para aprobar el texto refundido de las disposiciones estatales vigentes sobre el suelo y ordenación urbana durante los seis primeros meses de 1992.

C) COMUNIDADES AUTÓNOMAS

1. *Cataluña*.—La Ley de 23 de octubre de 1991, publicada en el *Diario Oficial de Cataluña* del 6 de noviembre, modifica determinados artículos de la Ley de 23 de julio de 1985 sobre cámaras profesionales agrarias, autorizando expresamente las cámaras locales.

La Ley de 29 de noviembre de 1991, inserta en el *Diario Oficial* del 16 de diciembre de garantías posesorias sobre cosa mueble, regula dos figuras, que son el derecho de retención de que goza el poseedor de buena fe por los gastos originados y la prenda propiamente dicha.

2. *Galicia*.—Ley de 8 de noviembre de 1991, publicada en el *Diario Oficial de Galicia* del 12 siguiente, reforma la Ley de 22 de junio de 1983 sobre fundaciones gallegas en varios de sus preceptos.

3. *País Vasco*.—Ley de 8 de noviembre de 1991, publicada en el *Boletín Oficial* autonómico del 25 de noviembre, regula las Cajas de Ahorro de aquella Comunidad.

II. INFORMACION DE ACTIVIDADES

1. *Seminario sobre formas especiales de hipoteca*.—Organizado por "Management Forum España" ha tenido lugar este Seminario en Madrid el día 13 de noviembre, bajo la dirección de don MANUEL AMORÓS GUARDIOLA, catedrático de Derecho civil y Registrador de la Propiedad de Madrid número 4, el cual abrió el Seminario con su ponencia "Hipoteca en garantía de reconocimiento de deuda".

Otros temas expuestos fueron:

- "Hipoteca cambiaria", por don ANTONIO MANZANO SOLANO, Registrador de Córdoba número 2.
- "Hipoteca en garantía de títulos al portador", por don FERNANDO CANALS BRAGE, Registrador de Logroño número 1.

- “Hipoteca en garantía de cuentas corrientes de crédito”, por don JORGE SALAZAR GARCÍA, Registrador de Madrid número 12.
- “Hipotecas con cláusula de *endowment*. Hipoteca flotante”, por don JUAN MANUEL REY PORTOLÉS, Registrador de la Propiedad de Valencia número 12.

2. *Jornadas sobre Registro y proceso*.—Durante los días 10 y 11 de diciembre, y con la colaboración del Tribunal Superior de Justicia de Madrid y la revista *Expansión*, se ha celebrado en el salón de actos del Colegio de Registradores este ciclo, en el cual se han expuesto las siguientes ponencias:

- “Consecuencias procesales del principio de legitimación registral”, por don MANUEL AMORÓS GUARDIOLA, catedrático de Derecho civil y Registrador de la Propiedad y Mercantil.
- “Anotación preventiva de demanda”, por don JOSÉ MANUEL SUÁREZ ROBLEDANO, presidente de la sección XI de la Audiencia Provincial de Madrid.
- “Anotación preventiva de embargo”, por don REYNALDO VÁZQUEZ DE LAPUERTA, Registrador de la Propiedad y Mercantil.
- “El expediente de dominio y el procedimiento de liberación de cargas y gravámenes”, por don GUILLERMO RIPOLL OLAZÁBAL, Magistrado de la sección XIV de la Audiencia Provincial de Madrid.
- “Quiebras y suspensión de pagos en el Registro de la Propiedad”, por don CARLOS HERNÁNDEZ CRESPO, Registrador de la Propiedad y Mercantil.
- “La ejecución del crédito hipotecario”, por don PEDRO AVILA NAVARRO, Registrador de la Propiedad y Mercantil.

3. *Cursos sobre urbanismo*.—Organizados por la *Revista de Derecho Urbanístico* han tenido lugar en Madrid dos cursos sobre esta especialidad, dirigidos por profesores de las ramas técnica y jurídica, de gran interés para estudiar la normativa y los problemas del urbanismo.

Del 18 al 22 de noviembre se desarrolló el curso sobre “Planificación sectorial y competencias urbanísticas concurrentes”.

Y del 16 al 20 de diciembre, sobre “Régimen jurídico del urbanismo”.

4. *Seminario sobre el nuevo Impuesto sobre la Renta*.—Organizado por el Instituto de Empresa se ha celebrado en Madrid durante los días 16 al 18 de diciembre para analizar las modificaciones introducidas últimamente por la nueva legislación fiscal.

El día 16, siendo ponente don FEDERICO SÁNCHEZ PINILLA, se trató de las rentas exentas, rendimientos del trabajo y del capital

El día 17 fue ponente don RAMÓN DRAKE DRAKE, que trató de los incrementos y disminuciones de patrimonio, las rentas irregulares, la base imponible y la base liquidable.

Y el día 18, bajo la ponencia de don JOSÉ RAMÓN DOMÍNGUEZ RODICIO, se trató de las deducciones de la cuota, el régimen de transparencia fiscal y la regulación voluntaria: declaraciones voluntarias y deuda pública especial.

5. *Real Academia de Jurisprudencia y Legislación.*—Tuvo lugar el día 12 de noviembre la solemne sesión de apertura del curso 1991-1992. En primer lugar, don JOSÉ MARÍA CASTÁN VÁZQUEZ, vicesecretario de la Corporación, dio lectura a la memoria de actividades del curso anterior.

A continuación, al no poder hacerlo personalmente por enfermedad, se dio lectura al discurso inaugural escrito por el académico don JUAN VALLET DE GOYTISOLO sobre “La encrucijada metodológica jurídica en el Renacimiento, reforma y contrarreforma”.

El día 2 de diciembre se celebró la recepción del nuevo académico de número don JOSÉ ANTONIO ESCUDERO, quien leyó su discurso sobre “La abolición de la Inquisición española”, siendo contestado por el académico don ALFONSO GARCÍA-GALLO DE DIEGO.

JURISPRUDENCIA

I. Sentencias del Tribunal Constitucional

POR FRANCISCO CORRAL DUEÑAS

1. *Sentencia de 26 de septiembre de 1990.*—ADOPCIÓN.—En el expediente judicial es necesario oír a los padres.—Sala 1.^a.—Ponente: Sr. Leguina Villa.

Hechos.—La recurrente pretende la nulidad de las resoluciones judiciales que declararon y confirmaron la adopción plena de su hijo menor de edad solicitada por las personas a quienes se les había confiado dicho menor para su guarda y acogimiento familiar. Invocando el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva y a la interdicción de toda indefensión, aduce la recurrente que en el trámite seguido en el expediente de adopción no se le dio oportunidad de ser oída, siendo así que el órgano judicial tenía a su alcance los medios apropiados para identificar su domicilio y efectuar el emplazamiento personal. Afirma además que la declaración de abandono de su hijo menor fue prejuzgada a partir de las manifestaciones realizadas por los adoptantes, sin respeto del principio de contradicción.

En efecto, de las actuaciones examinadas resulta que, tras recabar sin resultado positivo del matrimonio adoptante los datos domiciliarios precisos para emplazar a la madre biológica del menor, el Juez se limitó a ordenar su citación por cédula en el tablón de anuncios del Juzgado y por edictos en el *Boletín Oficial de la Provincia de Zaragoza*.

Fallo.—El Tribunal Constitucional estima el recurso de amparo, reconociendo el derecho a la tutela judicial efectiva de la recurrente y ordena retrotraer las actuaciones del expediente de adopción cuya nulidad se declara al momento en que se debió practicar la citación personal de la recurrente para que ésta pueda ser oída.

Fundamentos de Derecho.—De acuerdo con la doctrina de este Tribunal, el artículo 24 de la Constitución garantiza no sólo el acceso al proceso y a los recursos legalmente establecidos, sino también al adecuado ejercicio del derecho de audiencia bilateral para que las partes puedan hacer valer sus pretensiones. De ahí la especial relevancia que reviste el emplazamiento de quienes han de ser o pueden ser partes en el procedimiento judicial, pues sólo la incomparecencia voluntaria o por negligencia inexcusable de la parte podría justificar, en principio, una resolución inaudita en parte (STC 109/1989). Por ello, muy tempranamente, desde la STC 9/1981, este Tribunal ha mantenido que debe procederse al emplazamiento personal siempre que los interesados sean conocidos e identificables a

partir de los datos que obren en el escrito de interposición o en el expediente, siendo sólo válida la citación edictal cuando no conste en las actuaciones el domicilio de la persona que debe ser emplazada o se ignore su paradero por haber cambiado de domicilio. Tal doctrina es, sin duda, aplicable a los procedimientos judiciales de adopción, en los que por estar en juego intereses de la mayor importancia en el orden personal y familiar, resulta especialmente necesaria la comparecencia de los padres biológicos del menor adoptado, lo que le obliga a rodear de las mayores garantías y del más escrupuloso celo los actos judiciales de comunicación con estos últimos que se practiquen en tales procedimientos.

En el caso que ahora examinamos, es claro que, como señala el Ministerio Fiscal, el Juez pudo llegar a conocer sin la menor dificultad el domicilio de la madre biológica del menor, hoy recurrente en amparo, con sólo haber desplegado "una sencilla actividad", pues tal domicilio constaba en las actuaciones practicadas ante el Tribunal Tutelar de Menores de Pamplona en el precedente expediente de protección del citado menor de edad. La omisión de esta mínima diligencia judicial ha impedido la comparecencia y la audiencia de la solicitante de amparo en el procedimiento de adopción de su hijo menor, colocándola así en una situación de indefensión incompatible con el artículo 24 de la Constitución. Debemos, pues, corregir dicha indefensión mediante la anulación de lo actuado, rechazando el razonamiento del Juzgado, que la Audiencia Provincial hace suyo, en el sentido de que "el hecho de ser oído (los padres biológicos) no puede tener ningún tipo de influencia en la decisión que se adopte", pues aunque la Ley otorgue al Juez muy amplias facultades para apreciar la conveniencia de acceder o no a la adopción citada, no puede aquél en modo alguno ignorar el mandato legal de dar audiencia a los padres del menor, pues sólo así podrá tener en cuenta todos los elementos de contraste necesarios que, una vez ponderados adecuadamente, conduzcan a una resolución acorde con los criterios legales y con los intereses prevalentes en la adopción. 1.º Declarar la nulidad del Auto del Juzgado de Primera Instancia número 5 de Zaragoza, de 4 de febrero de 1987, dictado en el expediente de adopción número 473/1986, así como de las actuaciones y resoluciones judiciales posteriores.

2. *Sentencia de 26 de noviembre de 1990.*—REFORMA DE SENTENCIA — No pueden efectuarla los Jueces y Tribunales fuera de los casos previstos por la Ley.—Sala 2.ª.—Ponente: Sr. Rodríguez Piñeiro.

Hechos —La cuestión planteada en el presente recurso tiene su origen en una demanda sustanciada por los trámites del juicio verbal en la que el dueño de una pequeña finca, en base al artículo 537 en relación con el artículo 561 del Código Civil y el artículo 545 del propio Código, solicita la declaración de la existencia de una servidumbre de acueducto durante la etapa estival de cada año y se condene a la demandada, hoy recurrente en amparo, a la demolición del muro de cierre recientemente construido, reponiendo las cosas a su primitivo ser y estado. El proceso terminó en sentencia del Juez de Distrito número 3 de Orense en la que se estimaba la demanda y declaraba en su fallo haber lugar a la demanda, declarar que la finca de la hoy actora debe servidumbre de acueducto durante la época estival de cada año, y en su consecuencia condena a realizar las obras necesarias para permitir el uso de dicha servidumbre "previa la correspondiente indemnización a fijar en trámite de ejecución de sentencia". La sentencia del

Juez de Distrito fue confirmada en apelación por el Juzgado de Primera Instancia número 3 de Orense mediante Sentencia de 7 de septiembre de 1985.

Solicitada la ejecución, la hoy actora se opuso a ella, promoviendo incidente en el que solicita se fije, con carácter previo, una indemnización que tenga en cuenta la pérdida de valor que para la finca y las edificaciones realizadas en ella supone la existencia de esa servidumbre. El Juez de Distrito aceptó esa pretensión e impuso al señor Cabo indemnización a la entonces demandada y hoy actora en la cantidad de 500.000 pesetas con anterioridad o antelación al ejercicio del derecho de servidumbre. Presentado recurso de apelación fue resuelto por el Juzgado de Primera Instancia número 3 de Orense, mediante Auto de 5 de marzo de 1988, en el que, estimando en parte el recurso, se declaraba que “no procede indemnización alguna en favor de la parte demandada por razón de la mencionada servidumbre de acueducto”, Auto que es el objeto del presente recurso de amparo.

Según la actora y el Ministerio Fiscal, dicho Auto está en contradicción y rectifica la sentencia firme que ejecuta, lo que vulneraría el derecho reconocido en el artículo 24 de la CE.

Fallo.—Se deniega el amparo.

Fundamentos de Derecho.—*Primero.*—El tema que nos corresponde dilucidar es sólo si el Auto impugnado contradice, desconoce o modifica el fallo de la sentencia firme que se ejecuta. De serlo, habría que estimar el amparo, ya que resulta contrario al derecho a la tutela judicial efectiva la no ejecución de la sentencia en sus propios términos y el desconocimiento del valor de cosa juzgada, como ha dicho la STC 193/1988 (fundamento jurídico 3.º) “establecida por un Juez en una decisión firme la modalidad aplicable en el caso concreto, la rectificación de esa decisión por otro Juez vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva que corresponde, según doctrina reiterada de este Tribunal, el derecho a que se ejecuten las sentencias; y ha de entenderse que esa ejecución debe hacerse en la forma que ha decidido el Juez competente”. También ha afirmado este Tribunal de forma reiterada que los principios de igualdad jurídica y legalidad en materia procesal (arts. 9.3 y 117.3 de la CE) vedan a los Jueces y Tribunales, fuera de los casos previstos por la Ley, “revisar el juicio efectuado en un caso concreto si entendieran con posterioridad que la decisión no se ajusta a la legalidad” (STC 67/1984), puesto que la protección judicial carecería de efectividad si se permitiera abrir un proceso ya resuelto por sentencia firme (STC 77/1983).

Segundo.—Cuestión debatida en el incidente de la ejecución de la sentencia ha sido la interpretación del alcance y sentido del inciso final del fallo de la sentencia que se refiere a la “previa la correspondiente indemnización a fijar en trámite de ejecución de sentencia”, respecto a la cual las partes en el proceso civil mantuvieron posiciones muy contradictorias, que tenían como base también una diversa interpretación de la naturaleza misma de la acción ejercitada. Para la hoy actora y entonces demandada, se trataría de una acción constitutiva de servidumbre del artículo 557 del Código Civil, en cuyo caso habría de aplicarse el artículo 558.3 del Código Civil en conexión con la legislación de aguas vigente en aquel momento, mientras que para el entonces actor la sentencia no concede, sino que reconoce y declara como preestablecida la servidumbre de acueducto,

por lo que sería un lapsus y una incongruencia tal indemnización al no existir relación de causa a efecto y ser el propio actor el perjudicado.

Esta abierta discrepancia se origina en buena parte en la falta de claridad de la sentencia de instancia, que no explicita el fundamento ni los criterios para fijar esa indemnización; falta de claridad que pudo ser remediada a través de la aclaración de la sentencia que no fue solicitada y, también, en la sentencia de apelación que omitió cualquier pronunciamiento al respecto.

El Auto de ejecución del Juzgado de Distrito aceptó, en parte, las razones de la hoy actora sobre la causa, cuantía y carácter previo de la indemnización, mientras que el Juez de Primera Instancia entendió que la acción ejercitada no es la de constitución de una servidumbre, sino una acción confesoria de servidumbre, en base a la prescripción especial de veinte años que establece el artículo 537 del Código Civil, lo que excluiría hablar de constitución o creación forzosa de la servidumbre, puesto que la adquisición sobre prescripción se proyecta sobre algo ya existente.

No corresponde a este Tribunal decidir, por ser materia de legalidad ordinaria ajena a su jurisdicción, cuál de los dos entendimientos de la ejecución era el más adecuado, sino sólo si la interpretación de la sentencia por el Auto impugnado desconoce o modifica el sentimiento de la misma de tal manera que lesione el derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24.1 de la CE.

Tercero.—El Auto impugnado ha tratado de interpretar el alcance de la expresión contenida en el fallo a la luz de la naturaleza de la acción ejercitada y de la forma de adquisición por prescripción de la servidumbre, según la tesis de la sentencia de apelación (que excluyó se hubiese probado una adquisición tácita por destino del padre de familia del artículo 541 CC), por lo que entiende que esta indemnización no podía ser la propia del establecimiento forzoso (cuasi-expropiatorio) de la servidumbre de acueducto y que hubiera de tener en cuenta el valor de los terrenos ocupados o los perjuicios que ocasione en el predio sirviente la constitución *ex novo* de la servidumbre (art. 88 de la Ley de Aguas de 1879). En función de ello dispone la anulación parcial del Auto de ejecución del Juzgado de Distrito en cuanto a la condena a abonar una indemnización calculada en función de la pérdida de valor de la finca. Esta anulación, en función de una interpretación razonada de la sentencia a ejecutar y de los correspondientes preceptos legales, no supone una contradicción con el fallo de la sentencia lesiva del derecho reconocido en el artículo 24.1 de la CE, entrando esa distinta interpretación dentro de las facultades de revisión del Auto de ejecución impugnado.

El órgano judicial ha podido entender legítimamente que, como en la demanda sólo se pretendía la recuperación o restablecimiento de un derecho de servidumbre que se venía gozando con anterioridad, no era posible imponer una indemnización propia de constitución de la servidumbre como es la que correspondería a la elevada cuantía fijada en el Auto ante él impugnado. En función de ello, el fallo declara que “no procede indemnización alguna en favor de la parte demandada por razón de la mencionada servidumbre de acueducto”. Estos términos son los que, a juicio del Ministerio Fiscal, suponen una rectificación de un error contenido en la sentencia impugnada, desconocería la eficacia de cosa juzgada del mandato contenido en la sentencia. Aunque es cierto que en el Auto de ejecución se contienen algunas veladas críticas a la falta de congruencia de la referencia a la indemnización en la sentencia que ejecuta, ello no supone que el órgano judicial haya dejado de ejecutar la sentencia en sus propios términos ni negado valor alguno al inciso cuestionado. El Auto ha de ser entendido tenien-

do en cuenta no sólo el fallo, sino su fundamento jurídico, de modo que el fallo denegatorio no tiene otro alcance que el relativo a la razón o causa de la indemnización solicitada por la hoy recurrente. Entiende el órgano judicial que “no cabe indemnización alguna a cargo de dicho actor como derivada de la declarada existencia del discutido acueducto”. Es decir, el órgano judicial ha estimado razonada y razonablemente que la sentencia a ejecutar no había impuesto el abono de una indemnización por tal concepto. Esa declaración negativa tiene un solo sentido aclaratorio: el que el derecho a la indemnización establecido en la sentencia a ejecutar no tiene su causa en la constitución del acueducto, puesto que no se ejercía una acción constitutiva de acueducto. Esta declaración no significa que el órgano haya negado valor alguno al inciso del fallo de la sentencia que se refiere a la indemnización, sino el entendimiento de que esa indemnización no sería la que establece el artículo 557 CC, sino la del párrafo primero del artículo 543 CC, en relación con la realización de obras necesarias para uso y conservación del acueducto. Se trata de una interpretación legalmente posible y, desde luego, no incongruente con el fallo de la sentencia ejecutada que precisamente hace referencia expresa, inmediatamente antes de la mención de la indemnización, a obras necesarias para la utilización, limpieza y conservación de la servidumbre. El Auto impugnado no niega esa indemnización, sólo afirma que la realización o el importe de esas obras no habían sido acreditadas por la actora en aquel momento, sin excluir la posibilidad de exigir tal abono en el caso y momento en que tal extremo se acredite.

El fallo de la resolución impugnada ha de entenderse en sus propios términos como sólo denegación de la indemnización correspondiente a la constitución de la servidumbre, que estima no resulta de la sentencia a ejecutar. Y así entendido, no existe contradicción alguna entre esa sentencia a ejecutar y el Auto que la ejecuta, pues no existe incompatibilidad entre ambas decisiones ni modificación ni cambio del contenido del fallo de la sentencia, sino sólo una interpretación razonada de ese fallo en función de los fundamentos de la sentencia y de las pretensiones de las partes, sin violación alguna del derecho a la tutela judicial efectiva reconocido en el artículo 24.1 de la CE, por desconocimiento de la cosa juzgada o inejecución de la sentencia “en sus propios términos”, exigencia constitucional que no puede ser entendida, como se defiende en la demanda, como la ejecución estrictamente literal de la sentencia, en forma que desnaturalice e incluso contradiga el alcance y naturaleza de la decisión judicial que trate de ejecutarse.

II. Resoluciones de la Dirección General

Por JOSÉ SIMEÓN RODRÍGUEZ SÁNCHEZ
y PABLO VIDAL FRANCÉS

SE CONFIGURA COMO CESION DE USO ASIMILABLE AL COMODATO Y POR TANTO NO INSCRIBIBLE AL USO DE UN EDIFICIO PROPIEDAD DEL AYUNTAMIENTO A LA TESORERIA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL PARA DETERMINADOS FINES SOCIALES. (RESOLUCIÓN DE 4 DE OCTUBRE DE 1989. BOE DE 30 DE OCTUBRE DE 1989.)

Hechos.—I. El día 16 de enero de 1986 el Notario de San Clemente, don José María San Román San Román, autorizó escritura pública mediante la cual el Ayuntamiento de Sisante cedió el uso de una finca de su propiedad a la Tesorería General de la Seguridad Social para ser destinada a los fines del servicio social de la tercera edad del Instituto Nacional de Servicios Sociales, pactándose que dicho Instituto se haría cargo del acondicionamiento, dotación y mantenimiento necesarios para el correcto funcionamiento del mismo y cumplimiento de sus fines.

II. Presentada primera copia de la citada escritura en el Registro de la Propiedad de San Clemente, fue calificada con la siguiente nota: "Denegada la inscripción del precedente documento por no ser inscribible el acto que contiene, de conformidad a los artículos 1 y 2 de la Ley Hipotecaria y concordantes del Reglamento, pues se trata de un derecho sin trascendencia real que tiene vedado el acceso al Registro. No se practica anotación de suspensión.—San Clemente, 3 de agosto de 1987.—El Registrador.—Firmado: *Eduardo Pizarro López*."

III. El Procurador de los Tribunales don Francisco Ponce Riaza, en representación de la Tesorería General de la Seguridad Social, interpuso recurso gubernativo contra la anterior calificación y alegó que, de acuerdo con el artículo 2, apartado 2.º, de la Ley Hipotecaria, se considera que la cesión de uso efectuada por el Ayuntamiento de Sisante en favor de la Tesorería General de la Seguridad Social debe ser calificada de auténtico derecho real, ya que limita el pleno ejercicio de las facultades dominicales del Ayuntamiento. Que la Tesorería General de la Seguridad Social ha adquirido un derecho sobre una determinada cosa para la realización de un bien social, derecho que es merecedor de la tutela que la inscripción registral comporta. Que se discrepa del criterio mantenido en la nota por el señor Registrador, considerándose que procede la inscripción de la cesión de uso, ya que por su naturaleza se trata de un derecho real que aunque

no se halle expresamente citado en el artículo 2 de la Ley Hipotecaria el sistema registral español permite la inscripción de los derechos reales innominados.

IV. El Registrador de la Propiedad en defensa de su nota informó que se expone, coincidiendo con el argumento del recurrente, que el título que da vida a un derecho real de uso es perfectamente inscribible en el Registro de la Propiedad. Que lo que se debe determinar con absoluta precisión es si la cesión que del uso se hace por parte del Ayuntamiento de Sisante en favor de la Tesorería General de la Seguridad Social constituye un derecho real de uso o es exponente de la transmisión de la mera detentación del inmueble, en cuyo caso entrañaría un pacto de naturaleza personal no inscribible. Que si bien el recurrente manifiesta que las facultades dominicales del Ayuntamiento quedan limitadas por la cesión, ello sólo es cierto en la medida que da el carácter obligacional al pacto, con efecto entre los contratantes, pero sin trascendencia real. Que el derecho adquirido por la Tesorería sólo será merecedor de la tutela que la inscripción conlleva cuando se den en el negocio jurídico que lo sustenta los requisitos de fondo y forma que exige el Ordenamiento jurídico español. Que parece existir una cierta contradicción en el recurrente cuando dice no hallarse expresamente nombrado en el artículo 2 de la Ley Hipotecaria el derecho discutido, con lo que parece referirse a un derecho distinto al real de uso. Que el Ordenamiento jurídico español no requiere fórmulas sacramentales para que un derecho obtenga la categoría real, pero sí que reúna determinados requisitos estructurales de fondo y forma. Que conforme a lo establecido en cuanto al uso en los artículos 523 y 524 del Código Civil y comprendiendo el uso tanto el *uti* como el *frui*, en el caso que se contempla, la circunstancia de destinarse la finca a los fines del servicio social de la tercera edad no se encuentra en ninguna de las clases de frutos, cuya definición aparece en el artículo 355 del citado Código. Que de una lectura atenta de la escritura en cuestión y de los documentos complementarios resulta que lo que se pretende es transmitir la mera detentación del inmueble a la Tesorería General de la Seguridad Social para ciertos fines, pero sin que el Ayuntamiento de Sisante pierda ninguna de las facultades inherentes al dominio, resultando ello tanto por la insuficiente regulación del contenido del pretendido derecho real, por lo que el cedente no pierde la inmediatividad del poder sobre la cosa ni el derecho de persecución y exclusión *erga omnes*, como por la poca precisión con que en dichos documentos se expresa, no pudiendo deducirse, por tanto, que se constituye un derecho real de uso o que se cede el derecho real de uso. Que en consecuencia, el pacto que se contempla o tiene el carácter de personal o, a lo sumo, se trata de la transmisión de la posesión en su acepción de "tener", "ocupar" o "detentar"; y precisando más, puede constituir una posesión en concepto de tenedor de la cosa para disfrutarla o conservarla, perteneciendo el dominio a otra persona, distinción irrelevante porque en el primer caso no se inscribe por tratarse de un derecho personal, y en el segundo porque no lo permite el artículo 5 de la Ley Hipotecaria.

V. El Notario autorizante del documento informó: 1.º Que de los artículos 2, párrafo 2.º, de la Ley Hipotecaria y 7 del Reglamento Hipotecario se deduce que la cesión de uso contemplada en la escritura es un derecho de trascendencia real, deduciéndose de este último precepto dos características para poder considerar inscribible un derecho. 2.º Que las dos características anteriores, típicas de los derechos inscribibles, las tiene la cesión de uso. 3.º Que si conforme el artícu-

lo 2, párrafo 5.º, de la Ley Hipotecaria, son inscribibles los contratos de arrendamiento de bienes inmuebles que dicho precepto especifica, como mínimo a este derecho-cesión habrá de concederle dicha garantía, ya que modifica en mayor medida las facultades sobre el inmueble. 4.º Que no se trata del uso del artículo 523 y siguientes del Código Civil y el verdadero problema puede estar en el nombre de cesión de uso, ya que éste no está especificado en la Ley explícitamente, aunque, como se puede observar, es inscribible por la Ley Hipotecaria.

VI. El presidente de la Audiencia Territorial de Albacete confirmó la nota del Registrador fundándose en los artículos 2 y 5 de la Ley Hipotecaria, en las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 29 de marzo de 1955 y 20 de septiembre de 1966. En que en el título presentado a inscripción se cede el uso de la finca descrita: "... para ser dedicada al fin social que se indica", cumpliendo un acuerdo anterior de "ceder en uso los locales", al mismo tiempo que se "acepta la cesión de uso", terminología insuficiente para generar el nacimiento y la constitución de un derecho o gravamen de naturaleza real a favor de la concesionaria, efectivo *erga omnes*, que queda reducido, por tanto, en el contexto de toda la escritura pública a la manifestación de un pacto de índole personal, o a lo sumo, como dice el Registrador en su informe, a la transmisión de la posesión en la acepción de "tener", "ocupar" o "detentar", o materializando una posesión como tenedor de la cosa para conservarla o disfrutarla, perteneciendo el dominio a otra persona, para lo que hay que recordar que la sola apariencia posesoria merece protección interdictal, pero su trascendencia real vendría o no determinada por el concepto, carácter o título en que se tenga, sobre lo que ha de existir la debida constancia, que no aparece reflejada en el documento en cuestión. En que el sistema adoptado en lo referente a los derechos reales por la legislación hipotecaria, de acuerdo con lo establecido en los artículos 2 de la Ley y 7 de su Reglamento, es el de *numerus apertus*, y según la interpretación que viene dando la Dirección General de los Registros y del Notariado, ello no supone que autorice la constitución de cualquier figura jurídica inmobiliaria con el carácter y los efectos propios de un derecho real, sino que la manifestación de voluntad que determine tales derechos inscribibles ha de satisfacer los requisitos de fondo y forma que impone la especial naturaleza de los mismos, o sea, que no depende de una nominación formal o sacramental, parte del diseño institucional sobre el contenido específico de cada uno de los tipos que contempla el Ordenamiento y deja a la voluntad de las partes regular nuevas figuras de contenido equiparable a cualquiera de los tipos legales existentes, atendidos bien aisladamente o condicionados entre sí; supuesto que no se da en el caso contemplado como consecuencia de los términos parcos, ceñidos, equívocos e insuficientes que plasman la redacción del otorgamiento de la escritura pública rechazada. Por último, en las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 11 de abril de 1930, 23 de noviembre de 1934, 22 de febrero y 21 de diciembre de 1943, 4 de mayo de 1944, 27 de octubre de 1947, 7 de julio de 1949, 31 de mayo de 1951 y 1 de agosto de 1959.

VII. El Procurador recurrente apeló el Auto presidencial manteniéndose en sus alegaciones y añadió que el examen de la escritura pública de cesión en uso es revelador de los derechos y obligaciones que en virtud de la misma contraen el otorgante y el aceptante, en cuya virtud la Seguridad Social, con motivo de dicha cesión, no está solamente obteniendo los beneficios propios de la utilización

de la cosa cedida, sino que está también efectuando costosos desembolsos pecuniarios necesarios para el acondicionamiento y realizando una serie de servicios que precisan de la protección registral *erga omnes*, con el fin de que esta situación pueda pervivir frente a los posibles avatares siempre que se mantenga el fin para el que se otorgó la cesión. Que la "cesión en uso" efectuada por el Ayuntamiento de Sisante a favor de la Tesorería General de la Seguridad Social no constituye propiamente un derecho de uso ni un derecho de habilitación, pero ello no obsta a su naturaleza de derecho real, ya que dicha cesión en uso otorgada va más allá de estos derechos, habilitando a la Seguridad Social para utilizar el edificio cedido con destino a los fines de la tercera edad. No se establece en la escritura ningún límite a tal uso, sino el derivado del destino del propio uso. Por tanto, este derecho, aunque no esté expresamente contemplado en el artículo 2 de la Ley Hipotecaria, puede tener acceso al Registro. Que, por último, se entiende que en las figuras jurídicas de esta "cesión en uso" se dan los requisitos de fondo y forma que impone la naturaleza de los derechos reales.

Fundamentos de Derecho.—Vistos los artículos 344, 348 y 1.740 y siguientes del Código Civil; 2 y 98 de la Ley Hipotecaria; 80 de la Ley de Bases de Régimen Local; 75, 94 y siguientes del Reglamento de Bienes de las Entidades Locales, entonces aplicable, y las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 11 de abril de 1930, 23 de noviembre de 1934, 22 de febrero y 21 de diciembre de 1943, 4 de mayo de 1944, 27 de octubre de 1947, 7 de julio de 1949, 29 de marzo y 31 de mayo de 1951, 1 de agosto de 1950 y 20 de septiembre de 1966.

1. En este recurso se plantea la cuestión de si es inscribible en el Registro de la Propiedad una escritura pública en la que un Ayuntamiento "cede el uso" de un edificio de su propiedad a la Tesorería General de la Seguridad Social a los fines del servicio social de la tercera edad del Instituto Nacional de Servicios Sociales.

2. En la legislación sobre bienes patrimoniales de las entidades locales es tradicional distinguir entre los contratos que tienen por fin la utilización de los bienes, como son el arrendamiento y "cualquier otra forma de cesión del uso" y los actos de enajenación o gravamen, entre los que se regulan la cesión a título gratuito no ya del uso, sino de los bienes mismos en favor de entidades o instituciones públicas y para fines determinados. En el supuesto ahora calificado estamos, según el tenor de la escritura, ante un contrato de cesión del uso que, por lo dispuesto en el número 80 de la Ley de Bases de Régimen Local y en el párrafo 2.º del artículo 344 del Código Civil deben enjuiciarse por las normas del Derecho privado; y según éstas, los contratos de cesión del mero uso no dan lugar a enajenación de derecho real alguno, rigiendo, en su caso, las reglas del comodato. Para entender que el acto era gravamen del inmueble y que lo cedido era un derecho real, habría sido preciso que resultara de modo patente la voluntad de las partes de constituir un derecho de esta naturaleza dada la presunción de libertad de dominio (cfr. art. 348 CC). No habiendo derecho real, el contrato no es de los que puede ser inscrito por impedirlo los artículos 2.º y 98 de la Ley Hipotecaria y 9 del Reglamento Hipotecario.

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

Lo que, con devolución del expediente original, comunico a V. E. para su conocimiento y efectos.

Madrid, 4 de octubre de 1989.—El Director general, *José Cándido Paz-Ares*.

Excmo. Sr. Presidente de la Audiencia Territorial de Albacete.

1. *Comentario*.—El supuesto comentario incide en la distinción entre el derecho de uso como derecho real y la cesión del uso entendida como contrato de préstamo comodato el cual puede recaer sobre bienes inmuebles. Además entran también en consideración en el presente caso cuestiones referentes al régimen de contratación y bienes en el plano de Derecho administrativo al tratarse de un supuesto de cesión de uso —concretamente previsto en la normativa de bienes en las entidades locales— de un bien por parte del Ayuntamiento a favor de la Seguridad Social para cumplir un determinado destino. El argumento fundamental es la marcha del recurso para que de la cesión de uso no se deriva en el indicado supuesto la constitución de un derecho de uso con efectos frente a terceros es fundamentalmente registral: no se crea un derecho con la determinación necesaria para que tenga carácter real; de la interpretación del documento no resulta claramente la voluntad de las partes de crear un auténtico derecho real; no dándose los requisitos de fondo y forma necesarios para ello; el Centro Directivo, por su parte, utiliza también el argumento que da la legislación en materia de bienes de la Administración Local: la cesión de uso como figura cercana al arrendamiento con su propio régimen y en contraposición al régimen específico previsto para la constitución de derechos reales —enajenación y gravamen—; así pues la cesión de uso se desenvuelve en principio en el aspecto personal, configurándose como un supuesto de comodato dado que en caso de duda prevalece el principio de libertad de dominio.

Ahora bien, las consideraciones indicadas y a la luz de la misma Resolución deben estar siempre mediatizadas por el caso de que se trate; o puede negarse al derecho de uso una virtualidad propia como derecho real que hunde sus raíces en el derecho romano; el Código Civil en paralelo con el usufructo y la habitación trata de él junto con estos derechos bajo el mismo título VI del libro II, refiriéndose sin duda a un origen común; el artículo 2.2.º de la Ley Hipotecaria es claro en cuanto a la inscripción del título que recoja el derecho de uso.

Por ello, conviene considerar esta doble proyección del uso en nuestra legislación; el uso en cuanto derecho real previsto como tal en la legislación civil y, por tanto, inscribible según la legislación hipotecaria y la cesión del uso sin connotaciones raeles, supuesto de préstamo comodato; habiéndose distinguido por la doctrina entre el comodato propiamente dicho si se determina el uso para el que la cosa ha sido prestada y el precario si ese uso no se determina aunque jurisprudencialmente el precario implica también la posesión meramente consentida, sin ningún título.

Desde un punto de vista histórico, el derecho de uso tiene su origen en el Derecho romano y está referido a la utilización de la cosa sin derecho a percibir los frutos si la misma los produce; la evolución de la figura llevó a permitir un aprovechamiento limitado de esos frutos y ese aspecto se reflejará en la definición del artículo 524, párrafo primero, del Código Civil, pero sin que ello excluya la facultad de uso como la más común incorporada a ese derecho por razones lógicas, históricas y además porque su regulación preferente vendrá dada por el propio título constitutivo (art. 523 CC). La posibilidad de que el uso se refiera a locales comerciales —supuesto paralelo al considerado— está específicamente

referida por ALBALADEJO en su *Derecho Civil*. El que el uso previsto se recoja requiriéndose la utilización del local para una determinada actividad no vendría más que a concretar y especificar este derecho de uso.

En resumen, la configuración en el Código Civil del derecho de uso como un *ius fruendi* limitado no debe hacer pensar que de él está excluido el *ius utendi* como primera manifestación del derecho de disfrute y por las consideraciones expuestas; de forma que, existiendo voluntad de crear un derecho real y dándose las condiciones mínimas para su determinación, el derecho de uso podrá ser inscrito en cuanto que derecho real con efectos frente a terceros (así la Sentencia de 30 noviembre 1964 acogiendo al principio de libertad de dominio también pregonado por la Resolución que se comenta considera el supuesto entonces debatido como una cesión en precario al no constar expresamente la constitución del gravamen). De forma que si esa voluntad no está clara habrá que inclinarse por el indicado principio de libertad de dominio por considerar el supuesto como de comodato con efectos meramente obligacionales: a él se refiere el artículo 1.740 del Código Civil que configura el contrato como real y esencialmente gratuito. Dicha figura es admitida para bienes inmuebles pero como hemos dicho, exige con carácter esencial una nota: la gratuidad y la gratuidad desaparece si existe el pago de la renta (estaríamos en el supuesto de arrendamiento inscribible si concurre alguna de las condiciones a que se refiere el art. 2.5.º LH).

Pero también puede quedar en entredicho ese carácter esencialmente gratuito si la causa del contrato va más allá de la "mera liberalidad" (art. 1.274 CC); así ALBALADEJO considera que no hay comodato si el cedente realiza la cesión en atención a la contraprestación que implica un provecho que va a obtener de ella lo que va más allá de exigir para que la figura no surja una retribución económica en contrapartida a la cesión de uso; el supuesto se acercaría entonces al arrendamiento y si se da alguna de las condiciones que se exigen para la inscripción del arrendamiento la decisión sobre su inscripción o no sería más controvertida.

En el caso que consideramos —cesión de uso por la Administración Local— CHACÓN ORTEGA en *Bienes, derechos y acciones de las entidades locales* considera dicha cesión como precario, comodato si se determina el uso a que ha de destinarse el bien cedido, en base a la regulación que los artículos 92 y 93 del Reglamento de Bienes de las entidades locales hacen de la utilización de los bienes patrimoniales y a la aplicación como supletoria de la normativa del Código Civil conforme a su artículo 4.º 3.

No puede dejar de observarse, sin embargo, lo específico del supuesto, ya se aproxime el mismo a un forma de convenio de cooperación entre administraciones, excluido de la regulación en materia de contratación administrativa conforme al artículo 2.º 4 de la Ley de Contratos del Estado, supuesto a que se refiere el artículo 57 de la Ley de Bases de Régimen Local, ya se configure el mismo —lo que parece ser la posición más correcta— como una forma de contrato administrativo en cuanto son entes públicos intervinientes y entra en juego la prestación de un servicio público conforme al artículo 70 del Texto Refundido de Régimen Local de abril 1986, ya se haga valer el aspecto del derecho privado a través de la idea del carácter patrimonial del bien sobre el que recae el contrato como ocurre en la Resolución, lo cierto es que estamos ante una forma contractual donde el aspecto público siempre presente en todo tipo de contratación con sujeto administrativo se manifiesta de forma obvia; podemos decir por ello que en cuanto contrato destinado a la prestación de un servicio público la causa general que debe anidar en todo contrato llevado a cabo por la administración

está aquí plenamente incorporado al convenio. En este sentido dice JOSÉ MARÍA DE SOLAS —en *Contratos administrativos y contratos privados de la Administración*— que en el contrato administrativo esa causa queda incorporada al contenido del convenio dando lugar a una especial regulación específica en el mismo; sea como fuere en este caso la incorporación es obvia siendo ambos sujetos administración y refiriéndose al convenio a la prestación de un servicio público. Si conforme al artículo 3.º de la Ley de Contratos del Estado todo contrato celebrado por la Administración habrá de tener una finalidad de interés público, esa causa general no impedirá en la mayoría de los casos aproximar el contrato en cuestión a figuras contractuales reguladas en el plano del Derecho civil, pero hará más difícil una aproximación de ciertas cesiones de uso a la figura del comodato al menos si por su esencial “gratuidad” entendemos no sólo la falta de pago de una renta, sino la falta de prestación de una determinada actividad que interesa al cedente en cuanto primer interesado en el bien público municipal. Así pues, aproximar la figura considerada a un comodato, cesión gratuita tradicionalmente encaminada a prestar el uso de una cosa sin interés en favor del cedente puede valer en cuanto figura aproximada a la que consideramos, pero tanto puede valer al menos su aproximación a una forma de arrendamiento donde la renta está en la prestación de un determinado servicio público dada la generalidad de las competencias del Ayuntamiento en cuanto a la satisfacción de las necesidades y aspiraciones de la comunidad vecinal a la que, en definitiva, beneficiará la actuación de la administración cesionaria y sin que sea óbice de ello el que la actuación en cuestión se encuentre incorporada a las competencias de esa administración cesionaria —véase al respecto el art. 85 de la Ley reguladora de las bases del régimen local— (piénsese que doctrinal y jurisprudencialmente se admite que la renta no sea necesariamente un precio en metálico, pudiendo ser en especie o un “hacer” con un determinado resultado que interesa el cedente).

En este caso nos encontramos además con una normativa que claramente distingue la cesión de uso por un lado y la enajenación y gravamen (entre ellos la cesión de bienes) por otro. El Centro Directivo aproxima el supuesto en la consideración al comodato, en lugar de hacerlo a una forma impropia de arrendamiento, cuando los sujetos intervinientes y el fin de la cesión conlleven unas específicas peculiaridades que hacen que estemos ante una forma *sui generis* al menos de comodato.

Quizá por ello es más sencillo circunscribir la calificación negativa a la falta de los requisitos mínimos necesarios para la determinación de un derecho real unida a la carencia de una voluntad clara de creación de ese derecho real.

Por lo demás y admitiendo que estamos ante una cesión de simple uso la competencia para llevarla a cabo es del Alcalde como se deriva del artículo 21 de la Ley de Bases de Régimen Local en su número 1, letra M, recoge como atribución del mismo las demás que la legislación del Estado o que las Comunidades Autónomas asigne al Municipio y no confieran a otros Organos Municipales, competencia pues residual que juega para el supuesto considerado y que además ha confirmado con posterioridad el Reglamento de organización, funcionamiento y régimen jurídico de las Entidades locales de noviembre de 1986, pero recordándola en el sentido de establecer la competencia excepcional del pleno del Ayuntamiento (art. 50.15) ni se trata de una cesión por más de cinco años y su cuantía excede del 10 por 100 de los recursos ordinarios del presupuesto.

COMPRAVENTA CON CONDICION RESOLUTORIA.—SOBRE APLICACION DE LA LEY DE DEFENSA DE CONSUMIDORES Y USUARIOS.—FACULTADES DE CALIFICACION DEL REGISTRADOR. (RESOLUCIONES DE 8, 9, 10, 11 Y 14 DE OCTUBRE DE 1991.)

En el recurso gubernativo interpuesto por el Notario de Barcelona, don José Vicente Martínez-Borso, contra la negativa del Registrador de la Propiedad, número 7, de Barcelona, a inscribir una escritura de compraventa, en virtud de apelación del recurrente.

Hechos.—I. El día 26 de octubre de 1989, mediante escritura pública autorizada por don José Vicente Martínez-Borso, Notario de Barcelona, la Caja de Pensiones para la Vejez y de Ahorros para Cataluña y Baleares vendió a don Luis Palacios Raufast y doña Ana M.^a Ardamuy Montanuy, por el precio y demás condiciones que en dicho documento se establecen, la finca que en el mismo se describe. En la expresada escritura se pactan las siguientes cláusulas: "Segunda: El precio de contado de esta venta se fija en cinco millones doscientas dieciocho mil pesetas, al que hay que añadir los intereses por aplazamiento de las cuales: a) 2.559.968 pesetas declaran los representantes de la entidad vendedora haberlas recibido antes de este acto de la parte compradora, por lo que otorgan en su favor eficaz y total carta de pago por dicha suma; b) y el resto de 2.658.032 pesetas, incrementado con el interés anual del 12 por 100, que la voluntad comercial constituye como una sola obligación integrante de la contraprestación básica del comprador, se aplaza, para ser satisfecho por éste en 29 plazos trimestrales, los días 1 de los meses de enero, abril, julio y octubre, desde 1 de enero de 1990 al 1 de enero de 1997, ambos inclusive, de importe unitario de 138.533 pesetas cada uno de ellos, excepto el último, que es de 138.539 pesetas. Además en cada uno de los plazos convenidos la entidad vendedora repercutirá, además, el IGTE que corresponda. Dichas cuotas están calculadas según el llamado sistema francés, de acuerdo con el cuadro de amortización que me entregan firmado por ambas partes y que dejó unido a la presente escritura. Los pagos se harán mediante cargos en la cuenta número 4416-27 que el comprador mantiene en la oficina 822 de la Caja vendedora, quien queda autorizada expresamente para ello.—Tercera: La falta de pago a su vencimiento de dos cualesquiera de los plazos indicados, o del último de ellos, tendrá el carácter de condición resolutoria explícita a que se refieren los artículos 1.504 del Código Civil y 11 de la Ley Hipotecaria, con los efectos que determina el artículo 59 de su reglamento. Ambas partes establecen de forma expresa, ratificando y confirmando la norma de imputación de pagos del artículo 1.173 del Código Civil, que cualquier cantidad que se satisfaga en cada uno de los plazos se imputará primero a la cobertura de los intereses y en segundo lugar al precio de contado, por lo que no podrá entenderse nunca pagado éste sin estar previamente cubiertos aquéllos. La resolución plena y automática de la venta se producirá por la notificación del vendedor al comprador, y por el transcurso del plazo de gracia de treinta días, a contar desde al siguiente a la notificación, que ésta misma deberá conceder. El título inscribible será el del vendedor, acompañado de los documentos que justifiquen haberse practicado la notificación el transcurso del plazo de gracia, y, en su caso, los justificantes de la consignación a que se refiere el artículo 175 del Reglamento Notarial. Los contratantes pactan que en caso de resolución, el comprador deberá pagar la cantidad de 23.087 pesetas mensuales por cada mes o fracción del

mismo, desde hoy hasta que se devuelva al vendedor la cosa objeto del contrato, en concepto de uso y utilización del piso vendido. Las partes atribuyen a este pacto el carácter de determinación de los frutos de la cosa vendida, que será objeto de deducción, en su caso, a los efectos el artículo 175 del Reglamento Hipotecario. Como cláusula penal, que forma parte de la estructura misma de la condición resolutoria pactada, ambas partes establecen y la parte compradora consiente expresamente que en caso de resolución, la vendedora retenga en su poder, en concepto de pena por incumplimiento, es decir, cláusula penal liquidadora del daño y estrictamente penal, la mitad de las cantidades que la parte compradora hubiese satisfecho hasta el momento de la resolución, sin que en ningún caso dicha cantidad junto con la cantidad pagada en concepto de frutos, pueda superar el 20 por 100 del precio total de la finca vendida por cada año transcurrido desde la firma del presente contrato. El vendedor, al consignar el precio pagado, en el momento de ejercitar la resolución, podrá deducir directamente dichas cantidades, por entender que, en caso de ser aplicable el artículo 1.154 del Código Civil, correspondería al comprador solicitar judicialmente la moderación de la pena, y no al vendedor perjudicado por su incumplimiento. Igualmente quedarán en beneficio del vendedor, en caso de resolución, y sin derecho a indemnización, cuantas obras e instalaciones de carácter fijo hubiesen sido realizadas en la finca vendida por el comprador”.

II. Presentada la anterior escritura en el Registro de la Propiedad número 7 de Barcelona, fue calificada con la siguiente nota: “Presentado nuevamente el precedente documento, habiendo caducado el anterior asiento de presentación 914 y solicitada nota de calificación por la presentante, según nota al margen del asiento de presentación número 1.648 del Diario 21, se extiende ésta en los siguientes términos: Suspendida la inscripción del precedente documento en base a los principios hipotecarios de legalidad del artículo 18 de la Ley Hipotecaria y de legitimación o de presunción de exactitud de los artículos 1.3.º de la Ley Hipotecaria y 38 de la Ley Hipotecaria y concordantes, por lo siguiente: 1.º Porque siendo el artículo 59 del Reglamento Hipotecario un precepto excepcional, es de interpretación restrictiva, por lo que no es inscribible la forma o procedimiento para obtener la resolución y reinscripción a favor del vendedor en base a la mera notificación del comprador, lo que, además, haría inconstitucional el precepto (art. 24 de la Constitución), ni tampoco cabe su ampliación al supuesto del impago de intereses, lo que no autoriza ni el citado artículo 59 ni el artículo 11 de la Ley Hipotecaria. 2.º Porque la configuración que se hace en la escritura respecto a los intereses como una sola obligación en unión del precio, aparte de suponer una confusión entre la obligación principal del pago del precio y la obligación accesoria del pago de intereses, implica una contradicción con el cuadro de amortización que se incorpora a la escritura, con múltiples repercusiones negativas desde el punto de vista jurídico, como son la infracción o desconocimiento de los artículos 1.966.3.º y 1916 del Código Civil y de los artículos 12, 114, 116 y 157 de la Ley Hipotecaria, la vulneración de la interpretación restrictiva del pacto de *lex commissoria* y de los artículos 1.859 y 1.884 del Código Civil, así como de la doctrina jurisprudencial del artículo 1.504 del Código Civil, que exige para la aplicación de dicho precepto el incumplimiento de la obligación principal y no de las accesorias y, además, un incumplimiento grave y obstativo; preceptos legales que no pueden ser afectados por la autonomía de la voluntad (art. 1.255 CC). 3.º Porque la obligación de indemnización por uso y

la cláusula penal que se estipulan en los párrafos quinto, sexto y séptimo de la cláusula tercera de la escritura no son inscribibles: *a)* Por vulnerar la doctrina de las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 5, 6 y 7 de febrero de 1990, en cuanto que se prevé la exclusión directa de ciertas cantidades en caso de resolución del contrato incluso por la vía extrajudicial, lo que es improcedente y podría dar lugar a una grave inexactitud registral que induciría a confusión al deudor y a los terceros (arts. 1.3.º y 38 LH). *b)* Porque en el párrafo séptimo de la cláusula tercera, se alude exclusivamente a la consignación de la cantidad del precio y no de los intereses percibidos por la vendedora, lo que vulnera igualmente la doctrina de las citadas resoluciones. *c)* Porque se trata de estipulaciones obligacionales o personales entre las partes, carentes de trascendencia real inmobiliaria, que no pueden tener acceso al Registro, según resulta de la legislación hipotecaria (arts. 1.1.º, 2 y 98 LH y 51, regla 6.ª, RH) y de la función registral consistente en seleccionar los pactos de trascendencia real, según reiterada doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado y del artículo 1.257 del Código Civil. *d)* Porque la inscripción en el Registro de la variada gama de pactos obligacionales al amparo de la unidad estructural del negocio, supone partir de que en el Registro de la Propiedad se inscriben negocios en su conjunto, cuando el negocio opera como causa o título inscribible, pero no como objeto de la inscripción que es la transmisión o la constitución y vicisitudes del derecho real inmobiliario, de cuya naturaleza no participan las obligaciones indemnizatorias, salvo que estén garantizadas por la vía adecuada (art. 105 LH), pues, en otro caso, aparte de desconocer la “seriedad que debe presidir el contenido de los asientos registrales” y el ya citado artículo 1.257 del Código Civil, se produce confusiónismo para terceros respecto a la eficacia obligacional de los pactos, obstaculizando con ello la circulación de los bienes inmuebles, contra el artículo 27 de la Ley Hipotecaria y los principios que inspiran dicha legislación. *e)* Porque implican interpretación errónea del artículo 175, regla 6.ª, del Reglamento Hipotecario, cuyo texto no puede dar amparo registral a situaciones que son meramente obligacionales. *f)* Porque los párrafos tercero a octavo de la cláusula tercera y el apartado *b)* de la cláusula segunda de la escritura, vulneran el artículo 10 de la Ley de Defensa de los Consumidores de 19 de julio de 1984, especialmente en los números 2.º, 3.º, 4.º, 5.º y 8.º de la letra *c)* de su apartado 1, al tratarse de escritura incluida en el supuesto del apartado 2 y al ser un precepto determinante de nulidad de pleno derecho de las cláusulas correspondientes, que entra en el ámbito de la función registral calificadora conforme al artículo 18 de la Ley Hipotecaria. 4.º Porque el pacto de imputaciones de pagos previsto en el párrafo segundo de la cláusula tercera, es de carácter obligacional o personal y carece de trascendencia real inmobiliaria. 5.º Porque el pacto de no indemnizar al comprador las instalaciones fijas realizadas por el mismo, aparte de ser un pacto personal u obligacional relativo sólo al comprador y no a los terceros poseedores, vulnera al artículo 327 de la Compilación, aplicable por analogía. 6.º Porque la interpretación restrictiva del comiso y del pacto de *Lex commissoria* procede especialmente en Derecho catalán dado que la “tradición jurídica catalana” a que se refiere el artículo 1 de la Compilación así lo revela, por lo que resulta inadecuada la amplitud de supuestos y de efectos que se pretende en la escritura en relación con el pacto de la *Lex commissoria*. 7.º Porque la referencia al IGTE en el párrafo cuarto de la cláusula segunda no es inscribible según la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 19 de febrero de 1990. Defectos subsanables mediante el otorgamiento de la correspondiente escritura de subsanación en que se haga la adap-

tación del contrato a la normativa legal resultante de lo expuesto. Contra la presente nota de calificación cabe recurso gubernativo, ante el Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, conforme a los artículos 66 de la Ley Hipotecaria, 112 y siguientes del Reglamento Hipotecario y Disposición Adicional séptima de la Ley Orgánica del Poder Judicial, en el plazo y por los trámites que resultan de los citados artículos 112 y siguientes del Reglamento Hipotecario.—Barcelona, 20 de abril de 1990.—El Registrador.—Firmado, *José Manuel García García*."

III. El Notario autorizante del documento interpuso recurso gubernativo contra la anterior calificación, y alegó: Que la nota recurrida deniega la inscripción de una compraventa con precio aplazado y condición resolutoria explícita por considerar el Registrador que los intereses del precio aplazado no pueden quedar amparados bajo la cobertura del artículo 1.504 del Código Civil y que la cláusula penal inserta en ella no es inscribible, dada su naturaleza personal. Estas cuestiones han sido resueltas por la Dirección General de los Registros y del Notariado en Resoluciones de 5, 6 y 7 de febrero de 1990, dictadas en recursos promovidos por el mismo recurrente contra notas denegatorias del mismo Registrador que fueron revocadas, y en base a escrituras de idéntico contenido que las ahora denegadas. I. Cobertura de intereses.—Que las Resoluciones citadas establecen con toda claridad que la protección del artículo 1.504 del Código Civil, se extiende también a los intereses del precio, cuando así se ha pactado. Que al respecto hay que señalar: *a)* El párrafo en cuestión no se aparta ni un milímetro de lo establecido en el artículo 59 del Reglamento Hipotecario, y por mucha interpretación restrictiva que se le dé no aparece por ningún lado su conculcación. *b)* La determinación de inconstitucionalidad de dicho precepto debe quedar sometida, en su caso, a instancias judiciales, y este defecto es nuevo y no existía en la nota anterior, por lo que se considera la necesidad de aplicar el artículo 127 del citado Reglamento. II. La obligación única integrada por precio al contado e interés.—Que no existe contradicción entre el precio al contado e intereses, pues lo que sucede es que se configuran como una sola obligación integrante de la contraprestación básica del comprador. Que la contradicción en el cuadro de amortización no existe, y que el cuadro de amortización distinga las cantidades correspondientes al precio e intereses en cada uno de los pagos periódicos, supone el cumplimiento de lo establecido en las Resoluciones citadas, la concreción de cada uno de los pagos periódicos, a los efectos del artículo 1.173 del Código Civil y finalmente a información al comprador. Que los preceptos del Código Civil y la Ley Hipotecaria que, según el Registrador, se conculcan no tienen que ver nada con los intereses del precio aplazado y suponen una confusión entre la hipoteca y la condición resolutoria, cuando la distinción entre ambas debería estar lo suficientemente clara y, por último, no se ignora la doctrina jurisprudencial, pues la apreciación de qué tipo de incumplimiento es grave corresponde su apreciación a los Tribunales de Justicia. III. La no inscribibilidad de la cláusula penal [Defecto 3.º, letra *a)*].—Que las Resoluciones citadas son posteriores a la escritura calificada, luego no puede ésta vulnerar su doctrina. Aquellas Resoluciones declaran inscribibles las cláusulas penales que suelen acompañar a las previsiones resolutorias expresas. Que al deudor lo que le puede producir confusión es el contrato y no la inscripción, que sólo produce efectos respecto de terceros y en cuanto a éstos lo que pretende la inscripción de la cláusula penal es que el tercero sepa que, a lo peor, no hay subrogación real de todo el precio en lugar de la finca. Por otra parte, es indiferente que en el

Registro conste o no el posible derecho del vendedor a retener las cantidades en que consiste la pena, porque el pacto sólo produce efectos entre partes porque su constatación registral es la información a tercero que no se ve afectado por dicho pacto, porque según las Resoluciones referidas para que se opere la reinscripción, en cualquier caso, es preciso proceder a la consignación total del precio, en los términos del artículo 175 del Reglamento Hipotecario y, porque, en virtud de todo lo anterior, es perfectamente inscribible la cláusula penal. IV. La consignación del precio y de los intereses [defecto 3.º, letra b)].—Que la escritura calificada en ningún caso habla de precio como un concepto distinto al de intereses, habla de precio de contado y de intereses. V. La falta de trascendencia real de la cláusula penal [defecto 3.º, letra C)].—Que son inscribibles las cláusulas penales que acompañan a las previsiones resolutorias explícitas, según las tan referidas Resoluciones. VI. Reiteración de lo anterior [defecto 3.º, letra d)].—Que vale lo dicho en el punto antes expuesto. VII. Interpretación errónea del artículo 175 del Reglamento Hipotecario [defecto 3.º, letra e)].—Que dicho precepto no tiene nada que ver con la constatación registral de la cláusula penal. VIII. La Ley de Defensa del Consumidor.—Que según las Resoluciones de 16 de febrero y 16 de marzo de 1990 la aplicación de la citada por parte del Registrador supone una inmisión en funciones jurisdiccionales, que la Constitución reserva a los Tribunales Ordinarios de Justicia. IX. El Pacto de Imputación de pagos.—Que se está de acuerdo con el Registrador. X. Mejoras.—Que se incurre en una contradicción, pues si el pacto es personal e intrascendente con respecto a terceros no se inscribe y no se puede alegar que se vulnera el artículo 327 de la Compilación de Cataluña, pues éste regula la venta a carga de gracia o *empenyament* que es una figura distinta a la que se estudia. XI. La tradición jurídica catalana.—Que dicha tradición se caracteriza por la generosa autonomía que a la voluntad de los particulares concede, sin más límites que el derecho natural y las normas imperativas.—Que en materia de censos es donde la posibilidad del comiso se aprecia más claramente. XII. El IGTE.—Que del texto de la escritura se desprende que la repercusión de dicho impuesto se encuentre cubierta por la cláusula resolutoria, lo que resulta claro del examen del cuadro de amortización y nadie pretende que se haga constar registralmente su repercusión.

IV. El Registrador, en defensa de su nota, informó: I. La legalidad formal de la nota calificadora del Registrador.—Que en este caso es aplicable lo establecido en el artículo 108 del Reglamento Hipotecario. II. Que existe una contradicción en la Escritura calificada con la doctrina de las Resoluciones 5, 6 y 7 de febrero de 1990. III. Que del contenido del título resulta que el precio aplazado está configurado como un préstamo o crédito y prueba de ello es el cuadro de amortización que se incorpora a la escritura; así pues junto a la compraventa existe un préstamo o crédito por razón de aplazamiento y se han pactado unos intereses por razón del mismo y no cabe inscribir la condición resolutoria nada más que respecto al precio aplazado de la compraventa y no respecto al precio del crédito que son los intereses, porque se estaría ante un comiso no permitido en el caso del préstamo. No puede identificarse en general un elemento esencial que es la causa del negocio jurídico y un elemento accidental que es el plazo del negocio. Que el pacto de *Lex commissoria* no cabe aplicarlo por analogía; las Resoluciones de 24 de marzo y 16 de septiembre de 1987 fueron terminantes en pro de la interpretación estricta del comiso, conforme al artículo 4.2.º y 1.859 y 1.884 del Código Civil. IV. Que en la venta en condición resolutoria hay que ver una figura primitiva, porque concede al acreedor una garantía que fácilmente

excede de la cobertura del crédito y ante esta situación, y por otros inconvenientes, lo lógico es mantener la figura dentro de sus propios límites, en lugar de ampliarla con interpretaciones extensivas. De la excepcionalidad de garantías de este tipo habla por sí sola la Ley de Ventas a plazos de bienes muebles, de 17 de julio de 1965, en el artículo 19. Por tanto, el carácter restrictivo de la aplicación del artículo 1.504 del Código Civil, no sólo se refiere a la no aplicación del impago de intereses del pacto de comiso, sino también a la improcedencia de unificar, respecto a terceros los efectos de la cláusula penal y de la indemnización por uso con los del pacto de comiso. V. Que la unificación del precio e intereses en una sola obligación supone una confusión entre los conceptos del precio de venta e intereses del precio aplazado, pues una prestación accesoria como los intereses no puede nunca ser la causa del negocio, que es un elemento principal. La referida configuración como una sola obligación con el precio supone una contradicción con el cuadro de amortización y, además, un fraude de Ley (arts. 1.859 y 1.884 CC), debiéndose tener en cuenta los preceptos que se señalan en la nota calificadora vulnerados por la citada unificación; con la cita de los mismos no se trata de confundir la hipoteca y la condición resolutoria, sino de resaltar el principio general de la Ley Hipotecaria de que no afectan a terceros prestaciones periódicas más allá de cinco años. VI. Que la consignación ha de ser de todas las cantidades recibidas por el vendedor y no solamente del precio, como dice la escritura, pues si se entiende que el pacto de *Lex commissoria* se extiende no sólo al precio, sino también a los intereses, lógicamente se habría de concluir que el efecto de la consignación que producirá también respecto de los intereses percibidos por el precio. VII. Que la referencia en la nota calificadora del carácter restrictivo del artículo 59 del Reglamento Hipotecario obedece a la existencia una Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de julio de 1989, que no pudo ser citada en las Resoluciones de 5, 6 y 7 de febrero de 1990, en la que exige que el comprador, una vez notificado consienta o se allane para proceder por la vía extrajudicial, y, en caso contrario, se procederá por la vía judicial. VIII. Que si el artículo 59 del Reglamento Hipotecario no se le hace una interpretación estricta es inconstitucional, por implicar indefensión para el comprador y privación de sus derechos sin acudir a los Tribunales. Que la Constitución es una norma de aplicación directa, por lo que las normas anteriores a ella que no se acomoden a la misma han de entenderse de acuerdo con los principios constitucionales, pues en otro caso estarían derogadas por la propia Constitución. IX. Que tanto la jurisprudencia del Tribunal Supremo como la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado han venido manteniendo una interpretación estricta del artículo 1.504 del Código Civil, en cuanto que sólo puede garantizarse con la *Lex commissoria* la obligación principal del pago del precio y no las accesorias o accidentales (intereses) y en cuanto que el incumplimiento del comprador sea grave y obstativo que revele una voluntad deliberadamente rebelde al cumplimiento. Que en los únicos aspectos que cabe una interpretación extensiva del referido precepto es en aquellos pactos que suavizan el drástico efecto resolutorio y automático del pacto comisorio. X. Que la cláusula penal tiene carácter personal, y el recurrente no ha hecho ninguna argumentación en contra. Que no se puede alegar la doctrina de las Resoluciones de 5, 6 y 7 de febrero de 1990, cuando se señala en la nota calificadora la existencia de un pacto de indemnización por uso, además de la cláusula penal. Que no se planteó en relación con los casos de dichas Resoluciones. XI. Que el contenido sustantivo del Registro de la Propiedad es el régimen de protecciones y facultades en orden a la acción real y a aquellas otras acciones que por Ley puedan afectar a terceros

o puedan constituir carga sobre una finca y, por tanto, el Registro no protege los derechos personales. Que son de destacar las Resoluciones de 1 de abril de 1981, 29 de diciembre de 1982, 20 de marzo de 1987, 4 de julio de 1984, 5, 6 y 7 de febrero de 1990. XII. Que la cláusula penal es inválida por infringir varios apartados del artículo 10 de la Ley de Defensa de los Consumidores, pues estamos ante una cláusula "estrictamente penal, que va más allá de la indemnización del daño". En este punto cabe destacar la Resolución de 7 de septiembre de 1988 y tampoco hay que olvidar la de 11 de mayo de 1990. XIII. Que el artículo 175, regla 6.ª, del Reglamento Hipotecario alude a "las deducciones que en su caso procedan", pero no tienen por qué referirse a deducciones derivadas de una cláusula penal personal o de un pacto de indemnización por uso. En realidad, las deducciones en caso de resolución de venta con precio aplazado garantizado con condición resolutoria, serán las siguientes: a) Si no existen terceros, caben todas las deducciones derivadas del contrato (cláusulas penales y pactos de indemnización por uso, si así lo decreta el Juez). b) Si existen terceros, no debe producirse ninguna deducción por cláusula penal y por indemnización por uso, ni siquiera en caso de resolución judicial. En este caso las deducciones son las derivadas de la "posesión" y de la liquidación resultante de tal situación. Por tanto, no cabe consignar en el Registro de la Propiedad el pacto de indemnización por uso y la cláusula penal con la cláusula de que se deducirán las cantidades derivadas de ellas, en base al artículo 175 del Reglamento Hipotecario, como hace la escritura calificada. XIV. Que la imputación de pagos tiene un carácter personal es un defecto contra el que no se recurre, siendo firme la nota calificadora en este respecto. XV. Que hay un principio general en Derecho catalán que se puede extraer del artículo 327 de la Compilación, pero también del artículo 301 de la misma, en el sentido de que cuando se resuelve del derecho del comprador o del dueño útil, hay que indemnizarse las obras e instalaciones realizadas por el mismo. Este principio se debe aplicar también a la venta con condición resolutoria, pues se da la misma *ratio* que en la venta a carga de gracia. Que en cuanto al defecto 6.º de la nota hay que señalar que la tradición jurídica catalana es un elemento fundamental de vitalización del Derecho catalán, según reconoce toda la doctrina, y es de interés destacar que el artículo 1.º de la Compilación tiene en cuenta aquélla "no sólo para interpretar e integrar la Compilación", sino también para "las otras normas"; o sea que cuando tenga aplicación el Derecho Civil como derecho supletorio, al entrar en Cataluña, ha de tener en cuenta la tamización que resulta de la aludida tradición. Así pues, hay una serie de elementos que conforman la tradición jurídica catalana, que llevan a la interpretación restrictiva del pacto de la *Lex commissoria* en Cataluña, en contra del criterio exclusivo de la escritura objeto del recurso: a) El Derecho Romano Justinianeus; b) el comiso es de interpretación todavía más excepcional en Cataluña en virtud de su tradición jurídica; c) la oposición de la doctrina catalana sobre el pacto de *Lex commissoria* en Cataluña; d) el principio de equivalencia de prestaciones y la consiguiente idea de precio justo y rescisión por lesión en Cataluña, y e) el criterio restrictivo de la resolución de contratos en Derecho catalán.

V. El Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña confirmó la nota del Registrador fundándose en las Resoluciones de 24 de marzo y 16 de noviembre de 1987; en que la escritura objeto de recurso se opone a las Resoluciones 5, 6 y 7 de febrero de 1990; y, por último, en los razonamientos expuestos por el Registrador en su informe y los argumentos recogidos en el auto de esta Presidencia de 10 de enero de 1990.

VI. El Notario recurrente apeló el auto presidencial, manteniéndose en sus alegaciones, y añadió. Que el auto no está motivado en cuanto a la inadmisión de que los intereses del precio aplazado en una compraventa de inmuebles, cuando se da a la falta de pago el carácter de condición resolutoria están cubiertos por el artículo 1.504 del Código Civil. Que la inadmisión del recurso en cuanto a que las cláusulas penales que suelen acompañar a las previsiones resolutorias expresas deben hacerse constar en la inscripción, está motivada, pero se refiere a cuestiones que no se han planteado en el recurso. Que el recurrente no funda parte alguna de su recurso en el Derecho catalán, sino que intenta demostrar que la tradición jurídica catalana es contraria al sentido en que el Registrador la entiende y que el artículo 327 de la Compilación no tiene nada que ver con las cuestiones debatidas.

Fundamentos de Derecho.—Vistos los artículos 1.256 y 1.504 del Código Civil, 18 de la Ley Hipotecaria, 10 de la Ley de Defensa de los Consumidores de 19 de enero de 1984 y las Resoluciones de 5, 6 y 7 de febrero de 1990

1. El primero de los defectos de la nota plantea dos cuestiones, la de la suficiencia o insuficiencia de la notificación al comprador como procedimiento para obtener la resolución de la venta y su consiguiente reinscripción a favor del vendedor, y la relativa a la posibilidad de extender la cobertura de la condición resolutoria expresa a la obligación de pago de intereses como consecuencia del aplazamiento del pago de parte del precio. Mas como el recurrente, lo mismo en su escrito de interposición que en el de apelación, se limita a impugnar el criterio del Registrador en este último aspecto, a él deberá circunscribirse la presente resolución que, por lo demás, no puede sino reiterar en su integridad la doctrina ya manifestada por este Centro Directivo (*vid.* Resoluciones de 5, 6 y 7 de febrero de 1990, que por cierto se pronunciaron con ocasión de expedientes planteados ante el mismo Notario y el mismo Registrador que suscitan el que ahora se debate) en el sentido de confirmar la validez de la estipulación que extiende a la obligación de abono de intereses por el aplazamiento del pago del precio, la cobertura inherente a la condición resolutoria explícita del artículo 1.504 del Código Civil.

2. En cuanto al segundo de los defectos de la nota, debe rechazarse la confusión y contradicción apuntada por el Registrador, toda vez que se hallan perfectamente definidos en todos sus aspectos y deslindados entre sí —con todas las consecuencias jurídicas inherentes— el precio al contado, el precio aplazado y la obligación de intereses, por cuanto en la escritura calificada expresamente se establece que “el precio de contado de esta venta se fija en 5.218.000 pesetas, de los cuales, 2.559.968 pesetas se declaran recibidas con anterioridad, y el resto de 2.658.032 pesetas, incrementado con el interés anual del 12 por 100, que la voluntad negocial constituye como una sola obligación integrante de la contraprestación básica del comprador, se aplaza, para ser satisfecho por éste en 29 plazos trimestrales, los días 1 de los meses de enero, abril, julio y octubre, desde el 1 de enero de 1990 al 1 de enero de 1997, ambos inclusive, de un importe unitario de 138.522 pesetas cada uno de ellos, excepto el último que es de 138.539 pesetas”, y además, se incorpora a la escritura un cuadro de amortización firmado por ambas partes, en el que se especifica, siguiendo el sistema francés, la composición de cada una de las cuotas constantes, eso es, qué parte de las mismas corresponde a amortización del capital y cuál a abono de intereses, sin

que lo que en cada año ha de abonarse por intereses exceda de una anualidad de intereses computada, mes a mes, sobre el total del capital garantizado.

3. El tercero de los defectos de la nota aunque se predica tanto de la cláusula penal estipulada como de la estipulación —igualmente incluida en el título calificado— en cuya virtud el comprador habrá de abonar, en caso de resolución, una determinada cantidad en concepto de uso y utilización del piso vendido, es impugnado exclusivamente en cuanto se refiere a la no inscripción de la cláusula penal, y concretados a este ámbito, ha de reiterarse la doctrina sentada por esta Dirección General, en las citadas Resoluciones de 5, 6 y 7 de febrero de 1990, que concluyen en la necesidad de la constatación registral de tales cláusulas —en los términos que de tales resoluciones resulta— en coherencia con las exigencias de claridad y precisión de los pronunciamientos registrales y de la necesaria expresión en el asiento de todos los pormenores del título que definan la extensión del derecho inscrito. Unicamente habrá de añadirse, en relación con el extremo recogido en la letra *b)* de este tercer defecto, que es indudable —como afirma el Registrador y no se contradice por el recurrente— la necesaria consignación, en caso de resolución, tanto del precio abonado como de los intereses satisfechos, pues uno y otros integran la contraprestación del comprador que equilibra la transmisión dominical perseguida; y que, ciertamente, el título calificado no es suficientemente claro al respecto, pues al establecer que “el vendedor al consignar el precio pagado en el momento de ejecutar la resolución”, naturalmente podrían entenderse excluidos de la consignación los intereses hasta el momento satisfechos, a pesar de que las partes han querido que en este contrato tenga la misma relevancia resolutoria que el precio.

4. Respecto de la pretendida vulneración del artículo 10 de la Ley de Defensa de los Consumidores de 19 de julio de 1984, ha de recordarse la doctrina sentada por este Centro Directivo conforme a la cual los medios de calificación de que dispone el Registrador (art. 18 LH) impiden a éste apreciar si las concretas estipulaciones debatidas tienen carácter abusivo conforme a dicha Ley; y, por otra parte, no puede identificarse [como hace el Registrador al invocar el art. 10, letra *c)*, núm. 2, de esa Ley] la facultad discrecional de resolución a que esta norma —así como el art. 1.256 CC— se refiere con la resolución por impago al amparo del artículo 1.504 del Código Civil.

5. Los defectos 4.º y 5.º de la Nota no han sido impugnados por el recurrente; y en cuanto al recogido en el número 6.º, el propio Presidente del Tribunal Superior de Cataluña —que es a quien las cuestiones que plantee el Derecho civil de Cataluña corresponde dictar la resolución definitiva de estos recursos— estima en el Auto apelado que corresponde a la Dirección General decidir en este caso porque, en rigor, aunque la Nota del Registrador alude en su apoyo a la tradición jurídica catalana, “la base de su argumentación se fundamenta en normas de Derecho común”.

Esta Dirección General ha acordado revocar el Auto apelado y la Nota del Registrador, en los extremos recurridos, y salvo en cuanto al apartado *b)* del defecto 3.º

Lo que, con devolución del expediente original, comunico a V. E. para su conocimiento y demás efectos.

Madrid, 8 de octubre de 1991.—El Director General, *Antonio Pau Pedrón*.

Comentario.—La llamada condición resolutoria en garantía del precio aplaza-

do o pacto de la *Lex commissoria* del artículo 1.504 del Código Civil y el efecto automático de la misma regulado en los artículos 11 de la Ley Hipotecaria y 59 de su Reglamento, es de carácter excepcional y de interpretación restrictiva, porque implica un pacto de comiso, al llevar el resultado de apropiarse el vendedor del inmueble vendido en virtud de esa facultad excepcional concedida por el legislador; y consiguientemente, hace dueño al vendedor del plusvalor o plusvalía del inmueble, más allá, por tanto, del valor correspondiente al crédito impagado, aspecto éste de especial gravedad en los tiempos actuales de fuerte aumento de valor que han experimentado los inmuebles.

La modernidad en el sistema de garantías inmobiliarias es acudir a instituciones jurídicas adecuadas, proporcionadas, equitativas y causalmente justificadas, para asegurar a los acreedores, sin merma para el deudor, de la legítima protección de los intereses de aquéllos en sus justos términos, entre ellas, está como fundamental la hipoteca inmobiliaria, que, ante la falta de pago por el deudor de las cantidades garantizadas, la solución del acreedor es acudir a la venta en pública subasta con el consiguiente reparto del precio obtenido entre todos los interesados, sin atribuir a ninguno de ellos una plusvalía del inmueble carente de causa. Así, el acreedor insatisfecho acude a la ejecución hipotecaria y se satisface del crédito impagado y de los accesorios garantizados, a través del importe obtenido en la subasta, pero ha de dejar el sobrante de valor del inmueble a disposición de otros terceros y del deudor, sin apropiarse de ninguna plusvalía.

Distinta consecuencia se produce en el pacto de la *Lex commissoria* del artículo 1.504 del Código Civil, en que se produce esa apropiación de plusvalía del inmueble por parte del vendedor como consecuencia del efecto comisorio de dicho pacto.

Por eso, en los tiempos modernos, el pacto de *Lex commissoria*, que por cierto, está dando lugar a muchísimos pleitos y sentencias, es una institución anacrónica y causalmente carente de justificación, que no debe ser estimulada ni ampliada por los intérpretes, sobre todo si se la utiliza más allá de los estrictos y puros términos en que está concebida por el propio legislador, que la refiere exclusivamente a la obligación fundamental del pago del precio.

El artículo 59 del Reglamento Hipotecario ha previsto un automatismo totalmente desproporcionado y socialmente inadecuado en el juego de esa condición resolutoria a efectos registrales. Por ello, se comprende más la necesidad de interpretar restrictivamente el supuesto del citado artículo 59. Ese automatismo tuvo que ser corregido por las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 5, 6 y 7 de febrero de 1990, exigiendo, además de los requisitos del artículo 59 del Reglamento Hipotecario, la consignación previa o simultánea de todas las cantidades recibidas por el vendedor del comprador, lo que supone en realidad una modificación de hecho de dicho artículo, que es anterior a la Constitución, y su adaptación a la misma, para evitar la indefensión del comprador.

Con ello se modificó en aquellas resoluciones un aspecto esencial del criterio contrario mantenido por la Caja vendedora en la escritura pública objeto de recurso y por el mismo Notario recurrente.

Un paso más debería haberse dado ahora interpretando restrictivamente el citado artículo 59, respecto a los intereses del precio aplazado y a la cláusula penal. Es el criterio que resulta de la nota calificadora del Registrador en estos recursos, criterio que resulta convincente y que ya convenció al Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, que confirmó íntegramente la nota

calificadora, a pesar de que ya habían sido dictadas entonces las anteriores Resoluciones de 5, 6 y 7 de febrero de 1990

Frente a tal criterio, las presentes Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 8, 9, 10, 11 y 14 de octubre de 1991 se limitan a recoger lo que sobre intereses del precio aplazado y cláusula penal establecieron aquellas otras Resoluciones de 5, 6 y 7 de febrero de 1990, sin contener ninguna argumentación. El otorgamiento de una escritura de distinto contenido que el que motivó aquellas resoluciones, y, sobre todo, los nuevos argumentos contenidos en la nota calificadora, en el informe del Registrador y en el auto presidencial, exigen que la Dirección General, desde la congruencia procesal, se pronunciara contestando a la nueva argumentación ahora planteada.

Que el legislador tanto civil como registral, no ha querido aplicar los efectos del pacto de la *Lex commissoria* al supuesto de los intereses del precio aplazado resulta muy claro desde perspectivas estrictamente jurídicas: 1) los términos del artículo 1.504 del Código Civil, que sólo se refiere al precio, a pesar de que en artículos precedentes (cfr. art. 1.500) se alude a "intereses"; 2) el carácter accesorio que toda la doctrina reconoce a la obligación de intereses; 3) la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo que aplica el artículo 1.504 al supuesto del precio y no a obligaciones accesorias; 4) la referencia del artículo 11 de la Ley Hipotecaria al precio y prestaciones equivalentes de diferencias en metálico en permutas y adjudicaciones en pago, pero sin referirse a la obligación accesorial de intereses, a diferencia del siguiente artículo 12 de la propia Ley y de los artículos 114 de la Ley Hipotecaria y concordantes en relación con la hipoteca; 5) la reciente Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de enero de 1991 (Aranzadi 319), que parte de las distintas consecuencias del impago de la obligación del precio y de los intereses, emparejando estos últimos con las costas, etc.

Frente a la argumentación de la nota calificadora y del informe del Registrador, ¿qué encontramos en estas resoluciones? Silencio, puro silencio. ¿Incongruencia procesal?

Y la pregunta es: ¿Cómo es posible resolver jurídicamente una cuestión sin contestar a los argumentos esgrimidos? No se entiende, sobre todo, procediendo de un Centro Directivo tan prestigioso.

Y que no se piense en el hecho sociológico de que en las cuotas de amortización se comprenden cantidades de precio y de intereses, pues el mismo Registrador del caso de estas resoluciones, ya consiguió en el supuesto de las Resoluciones de 5, 6 y 7 de febrero de 1990, que se confirmase la doctrina de que es necesario especificar la parte de precio y la de intereses. Pero desde la perspectiva de las resoluciones que así lo decidieron, ¿para qué, si luego se le da el mismo tratamiento que el precio? ¿Otra incongruencia?

Volvemos a preguntarnos: ¿Cómo es posible resolver jurídicamente un problema de Derecho sin rebatir, aunque sea minimamente, los argumentos esgrimidos? Parece que la Dirección General, que siempre ha dado ejemplo de su buen hacer jurídico y de su sabia doctrina, ahora rechaza los argumentos utilizando el mero silencio argumentativo

Un hecho sociológicamente frecuente es también que los vendedores incumplan una serie de obligaciones que les corresponden en relación con los pisos vendidos. A los pocos meses aparecen desperfectos, goteras, humedades, grifos que no funcionan, cañerías inapropiadas y defectuosas, puertas mal colocadas, baldosas rotas, etc. Ante casos como éstos, la posición del Registrador permite que el comprador deje de pagar de momento la parte de intereses, sin perjuicio de pagar la parte de precio para evitar la resolución automática. Desde la pers-

pectiva de las resoluciones en el ámbito extrajudicial, esto no sería posible, sin perjuicio de que el comprador acuda como demandante al Juzgado.

Por otro lado, en la nota calificadora del Registrador y en el informe del mismo —que he tenido la oportunidad de leer—, no ya sólo en relación con los casos de las presentes resoluciones, sino también en los casos de las Resoluciones de 5, 6 y 7 de febrero de 1990, se alude clara y extensamente al problema que se plantea con el límite de intereses del artículo 114 de la Ley Hipotecaria, pues en otro caso, el acreedor obtiene una garantía por vía de condición resolutoria, respecto a anualidades ilimitadas, que no puede obtener por la vía ordinaria y normal de la garantía hipotecaria y de los censos (art. 116 LH) y de hipoteca en garantía de prestaciones periódicas (art. 157 LH). ¿Y que dice la Dirección General de este argumento? El silencio más absoluto. ¿Incongruencia procesal? Queda sin contestar uno de los principales argumentos de la nota calificadora.

También extraña que las presentes resoluciones se limitan a remitirse a las Resoluciones de 5, 6 y 7 de febrero de 1990, cuando tanto el Registrador en su nota, como el Presidente del Tribunal Superior en su auto apuntan que la escritura de venta contiene estipulaciones distintas que dan lugar precisamente a una infracción de la doctrina de aquellas resoluciones, que exigen consignar la totalidad de cantidades y no una parte, con deducción directa de otras, como hace la escritura de las presentes resoluciones. Nuevo silencio de la Dirección General ante este aspecto evidente. Silencio verdaderamente inexplicable y sorprendente, porque vulnera la propia doctrina de la Dirección, contenida en las Resoluciones de 5, 6 y 7 de febrero de 1990, que las presentes resoluciones toman como única base.

Es muy importante también, y a nada de ello contesta la Dirección General, que el Registrador hizo referencia al cuadro de amortización unido a la escritura y firmado por las partes en el sentido de que ese cuadro de amortización se encabezaba con la palabra "Préstamos. Sistema francés de amortización. Capital. Intereses". Para el Registrador esto implicaba, según su informe, que la voluntad de las partes en el cuadro de amortización que luego es asumido por la propia escritura pública, es la equiparación del aplazamiento de precio a un "préstamo o crédito, en consonancia además, con el objeto y operaciones de la entidad vendedora que es una Caja de Ahorros dedicada a conceder préstamos y créditos. Pues bien, la referencia a que aquí hay un préstamo o crédito supone la necesidad de aplicar el artículo 1.859 del Código Civil, que prohíbe el comiso. Esto significa que hay un pacto de comiso respecto a un "crédito o préstamo", y, por tanto, no se puede aplicar los "intereses de ese crédito o préstamo", sino únicamente al precio de la compraventa (art. 1.504 CC). ¿Y qué dice de ese argumento la Dirección General? Nada. Silencio absoluto.

Por lo que se refiere a la cláusula penal, la nota calificadora y el informe del Registrador son plenamente convincentes, pues parten de la distinción entre pactos de trascendencia real y pactos obligaciones, que constituye la base de la regulación del Código Civil (Libro III, Derechos Reales, Registro de la Propiedad); y Libro IV (Obligaciones, Cláusula penal, Efecto sólo entre partes y herederos: art. 1.257 CC fundamental dentro del sistema). Tal distinción es también la base de nuestro sistema registral. Y es significativo que hayan sido las propias Resoluciones de 5, 6 y 7 de febrero de 1990 las que reconocieron de modo expreso que la cláusula penal constituye una "cláusula obligacional". No se puede ni debe hacer más completo el Registro llenándola de pactos obligacionales, pues éstos, por su propia naturaleza no pueden afectar a terceros (art. 1.257 CC citado). Aunque se inscriban en el Registro, no afectarán a terceros y seguirán

siendo de efectos entre partes. Pero aún así, no se trata de una cuestión baladí o inofensiva. Puede provocar la enorme confusión, apariencia y fuente de error para los consumidores y terceros, de que al constar inscrito en el Registro ese pacto, es decir, en una Institución seria y garante de la legalidad, como es el Registro de la Propiedad, haga creer al público en general que le afecta en su integridad la cláusula penal. Pues lo que no se les podrá pasar por la cabeza a dichos terceros y consumidores es que constando la cláusula penal en el Registro, luego puede carecer de eficacia en el momento de la resolución. Recientemente, un jurista me hablaba del efecto psicológico y de producir miedo a los compradores que cumple el pacto de la cláusula penal. Todo el mundo lo pacta con esa finalidad. Pero casi todo el mundo está conforme cuando se le dice que ese pacto es obligatorio y no accede al Registro. Esto hasta que han aparecido estas resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado que cambian el panorama y aumentan la confusión. Y puede dar lugar a fraude porque el que consulte el Registro crea que tiene efecto real el pacto obligatorio inscrito.

Importante es el argumento del Registrador en su informe: ¿Que ocurrirá en caso de concurso o quiebra del comprador? ¿Admitirán los terceros y acreedores preferentes la supuesta preferencia de un crédito meramente indemnizatorio y escriturario como es la cláusula penal? ¿Y qué dicen las resoluciones de todos estos problemas y argumentos? Silencio absoluto.

Otro aspecto muy llamativo a destacar es que frente a la escrupulosa argumentación del Registrador en relación con la extensión de la calificación registral de los problemas del artículo 10 de la Ley de Defensa de los Consumidores de 19 de julio de 1984, reconocidos, no se olvide, por una instancia judicial cual es el Presidente del Tribunal Superior de Cataluña en su auto presidencial, las presentes Resoluciones de la Dirección General excluyen del ámbito de la calificación registral el artículo 10 de la Ley de Defensa de los Consumidores. Y aluden expresamente a los limitados medios de la calificación registral (art. 18 LH).

Aquí no estamos ya ante problemas concretos de la condición resolutoria que pueden resolverse en un sentido o en otro, sino ante un grave recorte o limitación de la función calificadora registral, que perjudica a los consumidores, a la parte débil del contrato y al ámbito que ha de tener la calificación registral en un sistema apoyado en la legalidad. Aquí se están olvidando muchos aspectos importantes. El sistema registral tiene como pilares los principios de legitimación y de fé pública registral, según opinión generalizada, en base a los cuales, se produce la presunción de validez y de exactitud frente a todos, dando lugar incluso a la adquisición *a non domino* del artículo 34 de la Ley Hipotecaria. Tan importantes efectos sólo es justificable que se produzcan sobre la base de un sistema apoyado fuertemente en el principio de legalidad, que tiene como manifestaciones, según es sabido, la titulación auténtica (el Notario también ha de preocuparse por los consumidores, según reconocen Notarios de prestigio, acertadamente) y la legalidad resultante del principio de calificación registral de los Registradores, legalidad que comprende según el artículo 18 de la Ley Hipotecaria, la "validez de los actos dispositivos". No hay ningún límite a efectos registrales para calificar la "validez" resultante de la escritura o la nulidad. Y como el artículo 10.2 de la Ley de Defensa de los Consumidores ha tenido la precaución de decir que las cláusulas contrarias a lo dispuesto en el artículo 10 son nulas y han de tenerse por no puestas (y no dice simplemente que sean impugnables o rescindibles ante los Tribunales), todo funcionario ha de colaborar con esta medida, cada uno dentro de su propio cometido. El Juez resolviendo por sentencia las

demandas que se planteen; el Registrador y el Notario no admitiendo las cláusulas que vulneran el artículo 10 de la Ley de Defensa de los Consumidores. Limitar el ámbito del artículo 10 a la esfera judicial, es hacer un flaco servicio a los consumidores, pues por la propia naturaleza de las situaciones en que intervienen, éstos no acuden a los Tribunales, y precisamente por esto, se ha dicho esta Ley, pues si no, ya contarían con la protección general resultante del Código Civil.

Si en relación con la validez o nulidad de las cláusulas abusivas que se producen clamorosamente en los préstamos, en las compraventas, en los *leasings*, en los estatutos de propiedades inmobiliarias, etc., el Notario y el Registrador no pueden apreciar la conformidad o disconformidad con la Ley de Defensa de los Consumidores, entonces no se justifica por qué el sistema concede presunción de exactitud y de validez a cláusulas tampoco contrastadas previamente por los Tribunales de Justicia. Se está olvidando también la función cautelar o preventiva de los Notarios y Registradores de la Propiedad, que tiene la finalidad de prevenir o disminuir pleitos.

El Registrador en su informe ya delimitó aquellos casos en que es necesaria la decisión judicial (aspectos usurarios, por ejemplo) y aquellos otros en que de modo automático y directo son calificables por el Registrador (renuncias, cambio de posición procesal de las partes, atribución a la pena de un carácter estrictamente penal, amontonamiento de indemnizaciones y garantías innecesarias, etc.).

Concretamente, resulta inexplicable la falta de sensibilidad social que muestran estas Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado ante un párrafo de la escritura pública objeto de recurso como el que sigue:

"El vendedor, al consignar el precio pagado, en el momento de ejercitar la resolución, podrá deducir directamente dichas cantidades, por entender que, en caso de ser aplicable el artículo 1.154 del Código Civil, correspondería al comprador solicitar judicialmente la moderación de la pena y no al vendedor perjudicado por su incumplimiento".

Como dice el Registrador en su informe, que he tenido la oportunidad de leer, "esto supone la inversión de la posición procesal de las partes, y, en consecuencia, la inversión de la carga de la prueba, que corresponde al demandante y no al demandado". "Se infringe el número 8.º del artículo 10 de la Ley de Defensa de los Consumidores, puesto que se pacta una inversión de la carga de la prueba en perjuicio del comprador". "La contravención del artículo 10.8 de la Ley de Defensa de los Consumidores no puede ser más clara. Es al vendedor al que corresponde interponer la acción de indemnización de daños y perjuicios y la consignación de la total cantidad sin deducciones, según las Resoluciones de 5, 6 y 7 de febrero de 1990 y no al demandado, y es al demandante al que corresponde realizar la carga de la prueba (art. 1.214 CC). Recordemos que el número 8 del artículo 10 de la citada Ley prohíbe los pactos en que se produzca la inversión de la carga de la prueba en perjuicio del consumidor o usuario".

Otro aspecto en que la infracción del artículo 10 de la Ley de Consumidores era directa y clara es el que tiene relación con el número 5 del artículo 10.1 de la misma, al decir que se prohíben cláusulas en las que "se impongan al consumidor indemnizaciones o penalizaciones que no correspondan a prestaciones adicionales".

"Aquí no se trata de hacer una valoración cuantitativa de si la penalización que contiene la escritura es injusta, sino que se trata de relacionar este apartado con la doctrina que, en base al mismo, considera nulas las cláusulas estrictiva-

mente penales, por entender que no corresponden a una contraprestación. En este sentido se manifiesta RODRIGO BERCOVITZ en *Estudios Jurídicos sobre protección de los consumidores*, 1987, que dice en relación con esto: "El artículo 14 del Anteproyecto recoge claramente lo que en este terreno resulta excesivo, admitiendo la pena que sea sustitutiva de la indemnización por daño, pero rechazándola en lo que tenga de punitivo y de lucro, para quien se beneficia de ello".

"Por tanto, tenemos la interpretación de RODRIGO BERCOVITZ y la clara explicación que resulta del texto del número 5 del artículo 10 de la Ley de Defensa de los Consumidores, que coincide con el artículo 14 del Anteproyecto, que prohíbe aquellos pactos que suponen "indemnizaciones o penalizaciones que no correspondan a prestaciones adicionales".

"Pues bien, en el caso de estas resoluciones, estamos ante una cláusula estrictamente penal", que va más allá de la indemnización del daño, y ello por dos razones: 1.^a Porque la propia escritura utiliza de modo claro ese mismo concepto, denominándola "cláusula estrictamente penal", incluso por encima de la indemnización del daño. 2.^a Porque en la escritura se ha pactado no sólo la cláusula penal sino una indemnización por uso en forma cumulativa con la cláusula penal, pues se pacta que "el comprador deberá pagar la cantidad de... pesetas mensuales por cada mes o fracción del mismo, desde hoy (fecha de la escritura) hasta que se devuelva al vendedor la cosa objeto del contrato, en concepto de uso y utilización del piso vendido. Las partes atribuyen a este pacto el carácter de determinación de los frutos de la cosa vendida, que será objeto de deducción, en su caso, a los efectos del artículo 175 del Reglamento Hipotecario". 3.^a Además, se pactan intereses por el precio aplazado, sin que se haya previsto su devolución o consignación en caso de resolución. 4.^a Y, encima, el vendedor se queda con las obras e instalaciones hechas por el comprador. Todo ello nos lleva a la idea de que, en caso de resolución, el vendedor se queda con los intereses percibidos. Además, deducirá directamente sin acudir a los Tribunales (cía art. 175 RH) una cantidad por indemnización por uso, y más a más, otra cantidad como cláusula penal, en concepto de pena por incumplimiento, es decir, cláusula penal liquidadora del daño y *estrictamente penal*".

Estamos, en definitiva, en una de las cláusulas penales que el número 5 del artículo 10 de la Ley de Defensa de los Consumidores estime que se tengan por no puestas.

Por todo ello, no es convincente la doctrina que resulta del apartado 4 de estas resoluciones, y no es asumible ni por las Asociaciones de consumidores ni por los Notarios ni por los Registradores de la Propiedad, ni por los legisladores de la Ley de Defensa de los Consumidores, que contemplaron ésta en su sentido más amplio de velar por los intereses de ellos en los contratos de adhesión. Pretender que la Ley de Defensa de los Consumidores sólo puede aplicarse en la esfera judicial y no en el riquísimo ámbito extrajudicial, es desfigurar el sentido y alcance de dicha Ley, y también el alcance de la calificación registral en la Ley Hipotecaria en consonancia con el artículo 18 de la misma y con los principios de presunción de exactitud y de fe pública.

Parece olvidarse también que la calificación registral de la validez o nulidad es sólo a efectos registrales, es decir, a efectos de que un pacto tenga o no publicidad registral, y no prejuzga que se pueda acudir a los Tribunales para declarar la validez o nulidad a todos los efectos civiles.

Desde el punto de vista práctico, ante una cláusula de dudosa validez, que podría perjudicar a los consumidores, es mucho más coherente, negarle el acceso registral (defensa de los consumidores) que no darle cobertura registral (aplica-

ción de las defensas registrales a la parte más fuerte que normalmente no necesita para nada de todas esas cláusulas, según se comprueba con la lectura de las cláusulas de estos recursos). Por tanto, se olvida que en tema de consumidores siempre se toma partido: si se inscribe se protege a una parte y se perjudica a otra. Si no se inscribe, también se da el supuesto pero con el matiz contrario, pues queda protegida la parte más necesaria de protección. Es decir, la propia Dirección General, al excluir de la calificación registral esas cláusulas, está tomando partido por darlas efecto de presunción de validez. Si estuviéramos en un sistema de transcripción en que no existiera ni el principio de legitimación ni el de fe pública registral, no habría inconveniente en decir: inscriba de momento que ya resolverá el Juez. Pero en un sistema como el nuestro, decir "inscriba" es "presumir la validez de esta cláusula". ¿No se da cuenta la Dirección General que la materia de los consumidores no admite este planteamiento?

Pero es que lo más paradójico de todo es que haya sido la propia Dirección General de los Registros en la memorable Resolución de 7 de septiembre de 1988 la que ha establecido que el Registrador puede aplicar el artículo 10 de la Ley de Defensa de los Consumidores.

Los Registradores de la Propiedad, la institución registral, siempre han dado muestras de sensibilización ante los problemas de defensa de los consumidores, porque están en íntima conexión con la "legalidad" de las cláusulas de los contratos en masa que llegan a los Registros. Y así, antes de que se promulgara la Ley de Defensa de los Consumidores, la institución registral, a través de diferentes miembros intervino en numerosas ponencias, congresos, reuniones, en paralelo y en concordancia con las Asociaciones de consumidores, que siempre han reconocido la labor de la institución registral en esa materia. Ahora que otros profesionales, y es la línea europea en general, se apuntan a esta correcta iniciativa aplicable al campo inmobiliario más necesitado de protección todavía, ¿se debe impedir que los Registradores de la Propiedad apliquen el artículo 10 de la Ley de Defensa de los Consumidores en uso de su función calificadora?

Por último, a pesar de la revocación de la nota calificadora por parte de la Dirección General, no hay que echar en saco roto, una serie de importantes aspectos de la misma que han sido confirmados o no rebatidos en los presentes recursos. Así, el defecto 3.º de la nota calificadora es mantenido por la Dirección General. Ello es muy aceptable porque aquí sí que hubiera sido clarísima la infracción del artículo 10 de la Ley de Defensa de los Consumidores, si se permite la inscripción de una cláusula en la que, después de partir de que la resolución de la venta puede producirse por falta de pago de intereses, se dice que las cantidades que debe devolver el vendedor son las relativas al "precio". El Registrador exigía que se diera el mismo tratamiento a precio e intereses en las "maduras y en las duras", y este importante aspecto ha sido confirmado por la Dirección General.

Quedan también intactos, pendientes de resolver en el futuro, pero firmes en este caso concreto, aspectos fundamentales de la nota calificadora, como el de que no basta la mera notificación al comprador para que opere en su día la resolución, el pacto de imputación de pagos (que el Notario recurrente había tomado como base de una argumentación en los primeros recursos, y que en los presentes se conforma con la no inscripción de este pacto), los pactos sobre una serie de indemnizaciones de uso que se emparejaban a la cláusula penal (¿por qué estos no son inscribibles —lo que es lógico— y la cláusula penal que tiene la misma naturaleza, sí?), el pacto por el que el vendedor hace suyas las mejoras e

instalaciones de la finca en caso de resolución. Todo esto es muy importante y no puede olvidarse.

No se pueden dejar de resaltar dos aspectos curiosos antes de terminar este comentario de urgencia. En primer lugar, lo relativo a la aparición de cinco resoluciones idénticas de la Dirección General. Para quien haya leído los diferentes trámites del expediente de este recurso gubernativo, resulta inexplicable que habiendo obtenido el Registrador de la Propiedad la acumulación de los cinco recursos en uno solo por habérselo así concedido el Presidente del Tribunal Superior de Justicia en resolución expresa, por razones de economía procesal, surjan cinco resoluciones sin haber revocado previamente la concesión de esa acumulación de actuaciones. ¿Es que se quiere insistir cinco veces en el mismo asunto, a pesar de existir acumulación solicitada y concedida y no revocada?

En segundo lugar, hay un último aspecto que ofrece cierta perplejidad, aunque pudiera ser explicable. Resulta que el Registrador incluye un defecto con el número 6.º en que aludía a que la tradición jurídica catalana era contraria al comiso, y en el informe hace un estudio de esa cuestión, con cita de autores y textos.

Pues bien, el Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña confirma el defecto 6.º (al igual que el 5.º, no recurrido ahora, que también era materia de Derecho catalán), y de una forma expresa y rotunda, diciendo que es conforme con la tradición catalana lo que expresa la nota calificadora. Ciertamente que al final, al aludir a la apelación, dice el auto que cabe apelación ante la Dirección General de los Registros por tratarse de un tema de Derecho común fundamentalmente, pero existe el contrasentido de que un defecto que se refiere a materia de Derecho catalán como es el sexto, que ha sido expresamente confirmado por el Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, sea revocado por la Dirección General de los Registros, entrando en definitiva en si el pacto de la *Lex commissoria* es o no conforme con la tradición jurídica catalana, a pesar de que esto debería quedar reservado a las instancias de Cataluña.

Si el Presidente del Tribunal Superior hubiera entendido que no procedía entrar en el defecto 6.º por ser una materia de Derecho común, no habría problema. Pero una vez confirmado ese defecto de Derecho catalán, no parece pueda atribuirse la competencia para resolver el recurso a la Dirección General de los Registros, ni ésta debería poder resolver sobre ese problema.

Como resumen o concreción de todo lo expuesto, nos parece que esta posición de la Dirección General de los Registros y Notariado produce múltiples consecuencias, cuyo alcance apenas podemos sospechar y, entre ellas, principalmente tres:

1.^a Desvirtúa la naturaleza de las instituciones: los teólogos decían que hay cosas que el mismo Dios, con toda su omnipotencia no podía hacer, porque de suyo repugna su existencia, como un círculo cuadrado; pues bien, la Dirección lo ha hecho con dos instituciones:

a) Al admitir una condición resolutoria *que no se resuelve*, puesto que resolución es restituir las cosas, devolución de las prestaciones al momento inicial del negocio sin perjuicio de las indemnizaciones que puedan producirse, porque éstas no son efecto del negocio sino de una conducta dolosa o culpable; aquí se permite que el negocio resuelto sea eficaz en favor del vendedor o acreedor (intereses, retención, o comiso de parte del precio) y lo que es peor, permite que esto lo hagan las partes o la parte.

b) Declara, como no podía ser menos, pues del propio Código se desprende,

que la cláusula penal es de efectos personales, pero ordena que se inscriba, con lo que o la dota de efectos reales o desnaturaliza el propio Registro al que sólo deben tener acceso los derechos de trascendencia real, convirtiéndolo en registro de contratos.

2.^a Podría dar lugar al fraude de Ley, pues con esta peculiar estructura de la condición resolutoria, podrá garantizarse lo que no puede cubrir la hipoteca, como, por ejemplo, los intereses de veinte años o de cincuenta, que fue lo que la propia Ley pretendió evitar imponiendo un principio de especialidad y determinación y una limitación de responsabilidad en una época, incluso, en que los intereses eran fijos y no se pensaba siquiera en su variabilidad, hoy admitida. Si este camino se continúa, la condición "resolutoria, pero menos" desplazará a la hipoteca, al presentar más ventajas para el vendedor (con frecuencia especulador) y para las entidades acreedoras, lo que no parece muy acorde con un Estado *Social* de Derecho. De hecho, ya hoy los Bancos y las entidades de crédito (incluso las que se autodenominan "benéficas" que no lo son tanto en la opinión común) prefieren acudir a esta garantía en la venta de sus cuantiosos bienes; preferimos no abrir los ojos a otras posibilidades, aunque ellos solos las descubrirán tarde o temprano.

3.^a La referencia del artículo 18 de la Ley Hipotecaria parece confundir los elementos materiales de la calificación, título y Registro, con el contenido de la misma: la legalidad, como si el Registrador no pudiera apreciar una discordancia con la Ley (y al decir "Ley" nos referimos a *todas* las leyes y a todo el Ordenamiento Jurídico) que no resultare del título o del Registro; es decir, en la subsumción del caso respectivo en la Ley, prescinde de uno de los términos o, al menos, de parte de él, al excluir una Ley concreta que reserva en exclusiva a la contención judicial. ¿El criterio podrá también aplicarse a otras leyes concretas? No lo sabemos, pero el portillo puede resultar singularmente atractivo para algunos.

En todo caso, el ámbito de la calificación registral es el que resulta de la Ley que la regula.

PABLO VIDAL FRANCÈS

Registrador de la Propiedad de Barcelona

III. Sentencias del Tribunal Supremo

1. DERECHO CIVIL

B) OBLIGACIONES Y CONTRATOS

Por JOSÉ QUESADA SEGURA

SOLO SE ADEUDAN INTERESES SI LA CANTIDAD ES LIQUIDA. (SENTENCIA DE 5 DE MARZO DE 1990.)

Doctrina de la Sentencia.—Procede admitir el motivo tercero por infracción del artículo 1.108 en relación con el 1.101 del Código Civil, puesto que la obligación de pago de intereses con relación a la obligación para el pago de una cantidad de dinero que consideran dichos preceptos parten del supuesto de que se esté en presencia de una situación de mora que, ciertamente, no se produce cuando hay que determinar antes el saldo exigible y cuando la cantidad adeudada no es líquida, cosa que ocurre cuando se precisa determinarla mediante un pleito y especialmente mediante determinación pericial dentro del litigio, porque sólo si la cantidad es líquida se deben intereses en ortodoxa aplicación del principio, reconocido en Sentencia de 20 de febrero de 1988 de que *in illiquidis non fit mora*.

LA FIANZA MERCANTIL SOLO ES SOLIDARIA CUANDO ESTA INCORPORADA A UNA LETRA DE CAMBIO. (SENTENCIA DE 5 DE MARZO DE 1990.)

Doctrina de la Sentencia.—En el Título IX del Libro II del Código de Comercio, al tratar de “Los afianzamientos mercantiles”, no se apartó esta figura de garantía de la fianza de Derecho común, no ya en cuanto a su mismo *nomen*, sino en cuanto a su mismo objeto de asegurar el cumplimiento de un contrato mercantil o como solución de subsistencia de tal obligación accesoria en tanto no se extinga la obligación principal a la que garantiza; y si se contempla la antigua normativa mercantil al efecto, no ha de olvidarse que su juego de responsabilidad idéntica a la del deudor principal lo será sólo, según sus artículos 486 y 487, cuando dicho aval esté incorporado en una letra de cambio; y prueba de ello es que con la

reforma de la ordenación mercantil en lo atinente, llevada a cabo por la Ley 19/1985, de 16 de julio, sobre Ley Cambiaria y del Cheque, ha quedado sin contenido todo este Título X, y se prescribe que "el avalista responde de igual manera que el avalado..."; pero se repite cuando la garantía mercantil adosada esté incorporada al cuerpo de la cambial.

ALCANCE DE LA PROHIBICION ESTABLECIDA EN EL ARTICULO 506 DE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL. (SENTENCIA DE 7 DE MARZO DE 1990.)

Doctrina de la Sentencia.—Como tiene declarado esta Sala en Sentencias de 27 de febrero de 1951 y 7 de febrero de 1970, lo preceptuado en el artículo 506 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, prohibitivo de que se admita después de la demanda y contestación otros documentos que aquellos que se hallen en alguno de los casos que el mismo enumera, afecta tan sólo a los que deben acompañarse con dichos escritos, y no alcanza ni es aplicable a los documentos que tienen por objeto acreditar el carácter con que los litigantes comparezcan en juicio.

EL NEGOCIO DE CREDITO FIDUCIARIO NO ES SIMULADO, SINO REAL. (SENTENCIA DE 7 DE MARZO DE 1990.)

Doctrina de la Sentencia.—Nos hallamos en este supuesto litigioso en presencia de un claro y evidente negocio fiduciario en su concreta modalidad de *fiducia cum creditore*; la reiterada y uniforme doctrina de esta Sala admite la validez y eficacia de dicha figura negocial, caracterizada por el uso de un medio indirecto y fuera de los cuadros típicos de la Ley para obtener un resultado que pudo ser logrado por la vía directa del préstamo, con afianzamiento previsto en el ordenamiento jurídico y cuya esencia consiste en un negocio jurídico en virtud del cual una persona (fiduciante) transmite en plena propiedad un determinado bien o derecho a otra distinta (fiduciario) para garantizarle el pago de una deuda, con la obligación por parte de ésta de transmitirlo a su anterior propietario cuando la obligación garantizada se haya cumplido (*pactum fiduciae*), sin que, por tanto, pueda motejarse de contrato ficticio aparente o simulado, sino real y existente y querido por las partes contratantes, que lo elaboran mediante un acto formal mixto e integrado por dos independientes, pero de finalidad unitaria, uno de naturaleza real por el que se transmite el dominio, y otro de carácter obligacional, que constriñe a la devolución de lo adquirido para cuando la obligación crediticia asegurada se haya saldado, constituyéndose en su conjunto en un contrato causal, conforme al artículo 1.274 del Código Civil; y si bien la doctrina más reciente se aparta de la teoría del doble efecto (real y obligacional) en el contrato fiduciario e, incluso, prescinde de la sustantividad de la *causa fiduciae* como comprendida en el artículo 1.274 del Código Civil, no puede tildarse al negocio fiduciario de ficticio o simulado, por lo que la titularidad fiduciaria o propiedad formal habrá de desplegar su eficacia conforme a lo convenido y el fiduciante respetar la situación anómala creada (arts. 1.255 y 1.286 CC), lo que determina la validez entre las partes de la venta en garantía.

EN LA OBLIGACION FACULTATIVA SE DEBE UNA PRESTACION, PERO EL DEUDOR PUEDE LIBRARSE CUMPLIENDO OTRA DISTINTA. (SENTENCIA DE 13 DE MARZO DE 1990.)

Doctrina de la Sentencia.—A la obligación facultativa, tal como lo entiende la doctrina científica, se le asigna como contenido un solo objeto, aunque con la facultad concedida al deudor de cumplir la obligación entregando un objeto distinto, el cual, como dice la Sentencia de 16 de diciembre de 1983, no está *in obligatione*, aunque si *in solutione*, y a tenor de la Sentencia de 22 de junio de 1984, en la obligación facultativa o con facultad alternativa, que la doctrina y jurisprudencia definen como aquella que contiene una sola prestación, aunque se concede una facultad solutoria que permite en el momento del pago realizar una prestación distinta, según la fórmula tradicional *una res est in obligatione, altera in facultate solutionis*, la posibilidad de sustituir la prestación originaria por otra diversa, extinguiendo el crédito, viene atribuida a la unilateral decisión del deudor, sin que el cumplimiento quede subordinado al asentamiento del acreedor. La diferenciación de esta clase de obligaciones con las alternativas es clara, ya que en éstas se debe una prestación de entre varias, prestación aún no individualizada, y en aquéllas se debe una totalmente individualizada; y así, en las alternativas se paga con la prestación que se debe después de individualizada, y en las facultativas se puede pagar con la prestación que se debe —la única que se debe— o con otra (prestación facultativa); estableciéndose en la Sentencia de 22 de junio de 1984 que las obligaciones alternativas se caracterizan por su contenido disyuntivo, con varias posibilidades de prestación en concurrencia no acumulativa y con indeterminación relativa en tanto no se produzca la concreción antes del cumplimiento o mediante la *soluto*, elección que normalmente corresponde al obligado por virtud de la regla del *favor debitoris*.

LOS HOTELEROS NO RESPONDEN POR DAÑOS EN EL SUPUESTO DE FUERZA MAYOR. (SENTENCIA DE 15 DE MARZO DE 1990)

Hechos.—Unas viajeras depositaron en la caja de seguridad del hotel en que se alojaban unas valiosas joyas. El hotel sufrió un atraco a mano armada y las joyas fueron robadas. En la instancia es condenada la compañía hotelera a indemnizar, pero el Supremo la absuelve.

Doctrina de la Sentencia.—Los efectos que las viajeras introdujeron en el hotel, aunque los entregasen a los dependientes del establecimiento, sufrieron su sustracción del mismo a través de un suceso típico de “robo a mano armada”, fenómeno que en el artículo 1.784 del Código Civil es de los que, junto con otros de fuerza mayor, exime de responsabilidad a los fondistas. La dicción del precepto legal es lo suficientemente clara para no suscitar dudas de ninguna clase, pudiendo interpretarse en el sentido de hacer responsable al hotelero de los casos fortuitos que surgen en el normal ejercicio de la industria, pero queda eximido de responsabilidad por los sucesos extraños a ella, como son los de fuerza mayor mencionados en el artículo 1.784. Es de observar que no se hace por la Ley en este caso ninguna salvedad a dicha exención, y en especial no se distingue si el viajero entregó sus efectos en el establecimiento o él mismo los conservó bajo su custodia. En uno y otro caso se trata de un depósito necesario

que no requiere aceptación del fondista ni concertación expresa de un contrato de depósito voluntario.

La responsabilidad civil de hoteleros y fondistas experimenta actualmente la evolución debida a los avances de la responsabilidad objetiva, reflejados en la Convención de la Comunidad Económica Europea de 17 de diciembre de 1962 y en algunos Códigos Civiles como el alemán, donde siguiendo el criterio de la responsabilidad por riesgo no es preciso probar ya la culpa del hotelero en la desaparición de los efectos introducidos en el hotel; pero estas tendencias no llegan a imponer a los titulares del establecimiento la responsabilidad por los daños sufridos en supuesto de fuerza mayor, al igual que ocurre en otras leyes especiales como la de navegación aérea o energía nuclear. En definitiva, el depósito necesario de los efectos de los viajeros en el lugar donde se alojan deriva, como ya se observó en la Sentencia de esta Sala de 10 de julio de 1989, del contrato de hospedaje del que aquel depósito forma parte.

EL TERMINO ESTABLECIDO EN EL ARTICULO 1.796 DEL CODIGO CIVIL NO ES PRESCRIPTIVO. (SENTENCIA DE 23 DE MARZO DE 1990.)

Doctrina de la Sentencia.—Por lo que respecta al artículo 1.796 del Código Civil, es de decir que la puesta en conocimiento al asegurador por el asegurado del acaecimiento del siniestro en el brevísimo y perentorio término que establece no permite sin más calificarle de prescriptivo, pues ello sería contrario al espíritu de la regulación de la prescripción por el propio Código, al que preside la legislación mercantil incluso, siendo más ajustada a derecho la interpretación que asigna al mentado término una función o requisito de procedibilidad de las acciones a derivar del contrato, en el sentido de que las mismas no podrían ejercitarse si el asegurado incumple la obligación de dación de cuenta, con independencia del plazo de prescripción existente para cada caso concreto, y esta diferenciación entre ambas figuras, comunicación de daños y prescripción se aprecia en la nueva regulación del contrato de seguro por la Ley 50/1980, al distinguir entre ambos institutos en sus artículos 16 y 23.

PARA QUE UNA RELACION SEA JURIDICO-ADMINISTRATIVA HA DE EXISTIR EN ELLA UN ENTE PUBLICO. (SENTENCIA DE 23 DE MARZO DE 1990.)

Doctrina de la Sentencia.—Para que una relación pueda calificarse de jurídico-administrativa y, por tanto, sometida a la jurisdicción contencioso-administrativa, es inexcusable la presencia en la relación, como sujeto, de un ente público, exigencia que margina las relaciones entre particulares.

CONCEPTO DE "CONTRATO REPRODUCTIVO". (SENTENCIA DE 26 DE MARZO DE 1990.)

Doctrina de la Sentencia.—Lo que la doctrina jurídica llama unas veces "contrato reproductivo" y otras de "fijación jurídica", en cuanto refundidores de sucesivas declaraciones de voluntad sobre las que se presta nuevo consen-

miento, son convenciones que con designios de claridad y firmeza establecen y fijan situaciones jurídicas anteriores

PRINCIPIO DEL "ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA": DEBE FALTAR CAUSA JUSTA. (SENTENCIA DE 28 DE MARZO DE 1990.)

Doctrina de la Sentencia.—El principio de que nadie puede enriquecerse en perjuicio de otro —reiterado por este Tribunal Supremo— sólo tiene virtualidad cuando se está en presencia de un "enriquecimiento sin razón" o cuando hay una falta de derecho o de justicia para que el enriquecimiento se produzca. Y como explica la más autorizada doctrina, para que la acción exista debe, pues, faltar una causa justa de la atribución patrimonial, entendiendo por causa justa aquella situación jurídica que autoriza, de conformidad con el ordenamiento jurídico, al beneficiario de la atribución para recibir ésta y conservarla, bien porque exista un negocio jurídico válido y eficaz entre ellos, bien porque exista una expresa disposición legal que autoriza dicha consecuencia.

ARBITRAJE: SOLO EL COMPROMISO FORMALIZADO IMPIDE A LOS JUECES CONOCER DE LA CONTROVERSIA. (SENTENCIA DE 28 DE MARZO DE 1990.)

Doctrina de la Sentencia.—Con relación al arbitraje privado, tiene declarado esta Sala que si bien todo contrato preliminar de arbitraje vincula a sus otorgantes, que quedan por él obligados a la realización de cuantos actos sean necesarios para la ulterior formalización del compromiso, solamente el compromiso formalizado voluntario o judicialmente o la pendencia de esta última especie de formalización impide a los Jueces o Tribunales conocer de la controversia sometida o que se intente someter por la vía jurisdiccional al fallo arbitral, puesto que, por el contrario, si el compromiso no se hubiese voluntariamente formalizado o no se hubiese hecho uso del derecho que reconocen los artículos 9 y 10, el contrato preliminar de arbitraje quedará sin efecto (S. 29 marzo 1969).

LA ACCION "EX DELICTO" ES DISTINTA A LA AQUILIANA. (SENTENCIA DE 1 DE ABRIL DE 1990.)

Doctrina de la Sentencia.—La acción *ex delicto* ejercitada es distinta de la aquiliana del artículo 1.902 del Código Civil; para llegar a tan elemental conclusión basta con reproducir las tres vías que analiza el recurso de exacción de dicha responsabilidad: por la contractual del artículo 1.101 del Código Civil, por la extracontractual del artículo 1.902 o derivada de delito o falta que le ampara el artículo 1.092 del Código Civil (que dice así: "Las obligaciones civiles que nazcan de los delitos o faltas se regirán por las disposiciones del Código Penal"). No pueden aplicarse a la tercera acción los plazos de prescripción adosados a la segunda, ya que mientras para ésta, de modo *ad hoc*, el artículo 1.968.2 del Código Civil lo fija en un año, en el caso de la derivada del delito o falta habrá de entenderse la proyección genérica de la prescripción señalada en su artículo 1.964 del plazo quincenal. Con esta tesis se atenúan los efectos siempre reducto-

res de la justicia satisfactoria que toda apreciación de la prescripción como obstáculo al ejercicio de los derechos y acciones de por sí conlleva; y así, la Sentencia de 17 de marzo de 1986 decía "no debe perjudicar a la víctima una aplicación técnica desmedida del derecho fundada en una aplicación rigorista de la prescripción".

CON LA APORTACION DE UN BIEN A UNA SOCIEDAD SE TRANSMITE LA PROPIEDAD DEL MISMO.—NO ES ADMISIBLE LA DISTINCION ENTRE DEBITO Y RESPONSABILIDAD. (SENTENCIA DE 2 DE ABRIL DE 1990.)

Doctrina de la Sentencia.—Al no aportarse a la sociedad dinero, sino bienes, tanto la forma como los efectos de la aportación *in natura*, es conclusión más común y generalizada la de que con la aportación del bien se transfiere a la sociedad la propiedad, y así ya lo declaró la antigua jurisprudencia (SS. 12 junio 1883 y 23 febrero 1884) al establecer la presunción del paso de la propiedad de las cosas a favor de la sociedad, doctrina que es reafirmada, si cabe, con más fuerza en la última jurisprudencia, expresiva de "que si bien la aportación social no puede ser equiparada totalmente a una compraventa, sí constituye un auténtico negocio jurídico traslativo, un negocio de enajenación verdaderamente dispositiva que, por semejanza, ha permitido la expresión tradicional *apport en société vaut vent*, lo que explica la razón de la norma contenida en el artículo 31.2 de la Ley sobre Sociedades Anónimas respecto a la obligación del aportante sobre la entrega y saneamiento de la cosa objeto de la aportación, en los términos establecidos en el Código Civil para el contrato de compraventa" (SS 11 noviembre 1970 y 3 diciembre 1981), aportación que, por otra parte, no necesita la inscripción registral, ya que tal inscripción no es constitutiva en nuestro derecho, pues los derechos se adquieren y pierden fuera del Registro; y en caso de discrepancia prevalecerá la realidad extrarregistral acreditada frente a la registral.

En el escrito de conclusiones la parte demandante desentierra la vieja teoría, procedente del Derecho germánico, de la distinción entre el débito y la responsabilidad (SCHULD y HAFTUNG), tratando con ello de justificar una responsabilidad sin deuda procedente del contrato de fianza por ella suscrito. En el Derecho moderno no es admisible esta teoría, ya que la deuda y la responsabilidad son dos elementos institucionales del fenómeno de la obligación que no constituyen relaciones jurídicas autónomas y distintas; se es responsable porque se debe algo o se ha debido algo, y concretamente en el caso que nos ocupa, el artículo 1.822 del Código Civil dice precisamente: "Por la fianza se obliga uno a pagar o cumplir por un tercero en caso de no hacerlo éste"; así pues, el fiador es un *obligado* al pago y como tal responde con su patrimonio, y mucho más si la fianza es solidaria. Descartada esta fundamentación jurídica, no se puede por menos que acudir a la moderna orientación jurisprudencial, de la que es muestra la Sentencia de 25 de mayo de 1984, relativa a la permisiva práctica de penetrar en el *substratum* personal de la entidad o sociedad, a las que la Ley confiere personalidad jurídica propia, con el fin de evitar que a la sombra de esta ficción —legal y respetable— se puedan perjudicar intereses privados o públicos o bien se utilice como camino del fraude; se trata de permitir a los Jueces que "puedan levantar el velo jurídico" y penetrar en el interior de tales personas jurídicas cuando sea preciso para evitar el abuso de esa independencia.

NO ES APLICABLE EL ARTICULO 1.124 DEL CODIGO CIVIL CUANDO EN EL CONTRATO HAY PACTO DE "LEX COMMISSORIA". (SENTENCIA DE 4 DE ABRIL DE 1990.)

Doctrina de la Sentencia.—Es doctrina reiterada de esta Sala que no procede la aplicación del artículo 1.124 del Código Civil por no entrar en juego su reglamentación cuando en el contrato existe pacto de *Lex commissoria*, es decir, cuando hay una cláusula establecida por las partes que regula y condiciona el ejercicio de la resolución (S. 4 mayo 1972); y si se dispone que el incumplimiento de la prestación funcione como condición resolutoria, entonces la resolución se produce automáticamente y no por la facultad de resolver que otorga el dicho artículo 1.124; por último, como dice la reciente Sentencia de 12 de marzo de 1990, la opción entre exigir el cumplimiento o la resolución de lo convenido corresponde a la parte perjudicada por el incumplimiento del contrato y puede ejercitarla en la vía judicial o fuera de ella; pero la resolución del contrato es acto del contratante que considera incumplido el mismo por el otro y puede solicitarse mediante voluntad unilateral de quien ha cumplido, siendo la resolución que la acoge proclamación simple de la resolución ya operada (S. 14 junio 1988).

EL HECHO DE QUE EL FALLO NO SE PRONUNCIE SOBRE LA RECONVENCION PROVOCA INCONGRUENCIA POR DEFECTO. (SENTENCIA DE 6 DE ABRIL DE 1990.)

Doctrina de la Sentencia.—La omisión en el fallo de todo pronunciamiento sobre la reconvencción, ya para estimarla total o parcialmente o para desestimarla, coloca evidentemente al reconvéniente en situación de indefensión en cuanto al derecho ejercitado, contraviniendo así lo dispuesto en el artículo 24.1 de la Constitución y obligando, en caso de no corregirse esa deficiencia, a seguir el reconvéniente un nuevo pleito para reclamar sus derechos. En consecuencia, al no resolver todos los puntos litigiosos que fueron puestos como objeto del debate, la sentencia impugnada ha incurrido en el vicio de incongruencia por defecto.

EN CASO DE INSOLVENCIA DEFINITIVA DEL COMERCIANTE SE DEBE PROCEDER A LA DEPURACION DE RESPONSABILIDADES. (SENTENCIA DE 8 DE ABRIL DE 1990.)

Doctrina de la Sentencia.—El llamado expediente de suspensión de pagos como último remedio que beneficie al deudor, evitatorio del estado de quiebra, no impide que tras su calificación, en su caso, de insolvencia definitiva, se deba proceder a la depuración de responsabilidades con una finalidad de garantía del propio tráfico jurídico (así en la S. 30 septiembre 1987 se dijo: "...su finalidad tuitiva de seguridad del tráfico jurídico, conforme a la responsabilidad del empresario, por la gestión de su empresa como entidad en la cual, dentro de un sistema de libre empresa, existe un evidente interés público que exige una actuación inspirada en la buena fe, en la no dilapidación del patrimonio y en la transparencia frente a terceros, finalidad que se quebranta en los estados de insolvencia definitiva y obliga a examinar sus causas y, particularmente, la conducta del empresario por si ha incurrido en formas responsables de dolo o culpa").

RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL: LA OBJETIVACION HA DE ACEPTARSE MODERADAMENTE. (SENTENCIA DE 18 DE ABRIL DE 1990.)

Doctrina de la Sentencia.—La jurisprudencia es uniforme al proclamar la doctrina según la cual quien crea un riesgo, aunque su actuar originario sea lícito, debe pechar con los siniestros que aquél provoque; pero hace falta que se trate de una actividad realmente creadora de riesgo y que de ella se favorezca la titular. En los hechos de autos está acreditado que el fuego se inició en la farmacia, donde, naturalmente, existirá algún medicamento inflamable como el alcohol, y que del negocio se beneficia su titular; pero ello no comporta que en los tiempos actuales un despacho de farmacia sea actividad objetivamente peligrosa generadora de riesgos, y en consecuencia no cabe atribuir culpa a la demandada, hoy recurrente. Como dice la Sentencia de 11 de marzo de 1983, la objetivación de responsabilidades ha de aceptarse moderadamente y sin excluir en modo alguno el estricto principio de responsabilidad por culpa.

EL PRINCIPIO DEL ENRIQUECIMIENTO INJUSTO NO ES APLICABLE AL CONTRATO DE COMPRAVENTA. (SENTENCIA DE 19 DE ABRIL DE 1990.)

Doctrina de la Sentencia.—Como dice la Sentencia de 22 de marzo de 1985, el principio del enriquecimiento injusto no es aplicable al contrato de compraventa por estar excluida de nuestro Ordenamiento jurídico la regla del precio justo, al no estimarse indispensable la existencia de exacta adecuación entre el precio pactado y el verdadero valor de la cosa enajenada (salvo lo dispuesto por el Derecho catalán respecto a la lesión *ultra dimidium*). La prosperabilidad de la acción de enriquecimiento injusto exige no sólo un beneficio obtenido por el demandado, sino también, inexcusablemente, un correlativo empobrecimiento del actor, producido éste como consecuencia directa de aquél.

J Q. S.

C) ARRENDAMIENTOS

A) ARRENDAMIENTOS RUSTICOS

Por CATALINO RAMÍREZ RAMÍREZ

EXTINCION DE ARRENDAMIENTO —LA SENTENCIA DE INSTANCIA ES CONGRUENTE CON LA PETICION DE LA DEMANDA AUNQUE PROVENGA DE CONSIDERACIONES JURIDICAS DIFERENTES DE LAS ALEGADAS POR LAS PARTES, NO SE HIZO ANTES ALUSION A LA CONDICION DE CULTIVADOR PERSONAL DEL ARRENDATARIO. NO HA EXISTIDO PREAVISO O NOTIFICACION DE PRORROGA DEL CONTRATO POR PARTE DEL ARRENDATARIO COMO EXIGIA EL ARTICULO 10 DEL REGLAMENTO DE 1959. (SENTENCIA DE 8 DE OCTUBRE DE 1988.)

Desestimó la demanda el Juzgado número 2 de Granada, pero la Audiencia revocó la anterior declarando resuelto el contrato.

No prospera la casación. En primer lugar hay que determinar si el contrato es de aparcería o de arrendamiento. El documento privado de 1976 lo calificó de aparcería, pero el demandado dijo que era arrendamiento por fijarse la retribución en una cantidad fija de frutos que no depende de la variación de la cosecha. La Audiencia estimó la demanda por conclusión del plazo. El recurrente habla, sin embargo, en el escrito del recurso de contrato de aparcería, olvidando su anterior posición procesal, determinante de la litis. Por tanto, no ha sido incongruente la sentencia, que al decidir que se trataba de un arrendamiento no hizo más que resolver el punto que fue objeto de debate y no alteró la *causa pretendi* planteada en la demanda por cuanto se resolvió sobre el contrato en ella aportado, calificándolo en derecho. La congruencia viene determinada por la adecuación del fallo a las peticiones de los litigantes y los supuestos básicos en que descansan, siendo inoperante que la solución provenga de consideraciones jurídicas diferentes de las alegadas por las partes que no alteran la *causa pretendi*. Tampoco puede admitirse que sea el arrendatario cultivador personal, ya que no se hizo antes alusión a esa cualidad personal, previendo, por el contrario, la existencia de personal fijo cuyo número no se detallaba, pero sí que el recurrente se haría cargo de él. El contrato cuya extinción se solicitaba concluyó en 1979 y se prorrogó seis años, es decir, que en 1985 había concluido por expiración de la prórroga, y no en 1988 como sostenía el recurrente, no existiendo, por otra parte, ninguna prueba de que el arrendatario haya verificado el preaviso o notificación de prórroga del contrato, como exigía el artículo 10 del Reglamento de 1959.

RETRACTO.—HA DE PREVALECER EL PRECIO SATISFECHO REALMENTE SOBRE EL ESCRITURADO, YA QUE EL ARTICULO 1.218 DEL CODIGO NO ATRIBUYE AL DOCUMENTO PUBLICO VALOR SUPERIOR AL DE LAS DEMAS PRUEBAS. (SENTENCIA DE 10 DE OCTUBRE DE 1988.)

El Juzgado número 1 de San Sebastián desestimó la demanda, pero la Audiencia de Pamplona revocó la anterior

No triunfa la casación. La sentencia recurrida dice que el precio es el de tres millones, cuando el figurado en la escritura era el de doscientas mil pesetas; pero ello se deduce de otros elementos probatorios, como son la fotocopia adverada de los talones aportados al escrito de contestación y la hoja de valoración de la Diputación Foral, de los que resulta que el precio efectivo es el de tres millones, ya que, según reiterada jurisprudencia, el artículo 1.218 del Código Civil no atribuye al documento público valor superior a las demás pruebas y la verdad de su contenido puede ser contrastada con las restantes y su fuerza hay que reconocerla, mientras otros elementos probatorios no patentecen otra cosa. En los preceptos reguladores de los derechos de tanteo, retracto y adquisición preferente campea la noción básica del precio satisfecho realmente, porque se equipara al precio justo con el real o efectivamente pagado, y más teniendo en cuenta que en este caso no existió notificación de la escritura de enajenación. Las declaraciones del contrato vienen a constituir una presunción *iuris tantum* que puede ser destruida por otras pruebas según diversas sentencias de esta Sala.

DAÑOS.—NO SE VULNERA EL PRINCIPIO DE INDIVISIBILIDAD DE LA PRUEBA PORQUE EN UNA POSICION SE REFIERE AL DAÑO ATRIBUIDO AL DEMANDADO Y EN OTRA A LA CUANTIA DE LOS DAÑOS PRODUCIDOS EN LA FINCA, REFIRIENDOSE A HECHOS DIFERENTES. (SENTENCIA DE 26 DE OCTUBRE DE 1988.)

El Juzgado número 4 de Salamanca desestimó la demanda, pero la Audiencia de Valladolid revocó la anterior resolución.

No triunfa la casación. Esta no es una tercera instancia, por lo que no se puede valorar de nuevo la prueba. La valoración de los daños causados en cuatro millones es una apreciación subjetiva del recurrente, ya que la sentencia recurrida la había fijado, mediante prueba pericial, en un millón veintidós mil trescientas pesetas, sin que ello suponga dividir la prueba de confesión, ya que en una posición se refiere a la atribución de los daños al demandado y en otra a la cuantía de los daños producidos en la dehesa, desvirtuada por la valoración pericial practicada en fase aprobatoria, determinando la contestación a las invocadas posiciones-referencia a hechos diferentes, por lo que no se vulnera el principio de indivisibilidad de que se viene haciendo mención, como revela el artículo 1.233 del Código Civil en que trata de apoyarse el recurrente.

RETRACTO.—EL DERECHO DE RETRACTO NACE EN TODA ENAJENACION EN QUE LA SUBROGACION SEA POSIBLE DESDE EL MOMENTO EN QUE PUEDA PRODUCIRSE LA SUSTITUCION DEL COMPRADOR POR EL RETRAYENTE SIN OBSTACULOS INSALVABLES. (SENTENCIA DE 31 DE OCTUBRE DE 1988.)

El Juzgado número 1 de Granada admitió la demanda de retracto, pero la Audiencia revocó la anterior.

Triunfa el recurso del adquirente. Según la Sala, la acción entablada no había nacido en el momento en que el demandante la desencadenó, ya que al contrato de compraventa, documentado privadamente en enero de 1984, no había seguido la entrega, ni material ni instrumental, de la finca vendida, sin que, consiguientemente, se hubiese producido la consumación del negocio ni lesionado, en realidad, el derecho de preferencia que asiste a aquél, concluyendo la sentencia que había que negar, por el momento, al demandante el derecho a retraer la finca absteniendo de pronunciarse definitivamente en el fondo, siguiendo una doctrina que exige la consumación de la venta para el nacimiento del derecho de retracto, criterio restrictivo que pugna con la amplitud de la vigente Ley de Arrendamientos Rústicos, concluyendo que el ejercicio del derecho de retracto rústico ha de admitirse en toda enajenación onerosa en que la subrogación sea posible, sin que su ejercicio pueda ser tachado de prematuro desde el momento en que pueda producirse la sustitución del comprador por el retrayente sin obstáculos insalvables, tal como sucede en el caso presente.

Pero el recurso del arrendatario no puede prosperar, ya que reconoce el actor haber tenido noticia de la compraventa en enero de 1985, así como de las condiciones de la transmisión por la entrega de la copia del documento privado, así como del precio, que ascendía a 163 millones, de los cuales se entregan 40, comprometiéndose a abonar el resto en inmediatas anualidades; pero el retrayente se limita a consignar con la demanda aquella única cantidad de 40 millones,

dejando de hacer igual ofrecimiento del plazo vencido posteriormente, aduciendo que el plazo de un año para pagar el primer plazo se ha de contar desde que tuvo conocimiento del contrato, ya que sólo así se evita el fraude de haber sido ocultada la transmisión por el vendedor, tesis inadmisibles al hilo de los textos legales, inequívocos en este punto al decir del artículo 90 LAR que el pago del precio se hará en las mismas condiciones estipuladas en el contrato de transmisión, exigiendo el artículo 1.518 del Código Civil la consignación del precio si es conocido, reiteradamente exigido por este Tribunal, que insiste en la consignación de las rentas con la demanda y, en todo caso, dentro del plazo de que se dispone para ejercitar el retracto y el defecto o consignación por precio inferior es nula y equivale a no haberla efectuado. La desestimación del recurso ha de ser definitiva y no provisional, como entendió la sentencia de instancia.

ACCESO A LA PROPIEDAD.—SE ADMITE EL ACCESO A LA PROPIEDAD PORQUE EL ARRENDATARIO CONSIGNO EL IMPORTE DE LA RENTA DE 1986 ANTES DE INTERPONER EL RECURSO. TIENE EL ARRENDATARIO LA CONDICION DE CULTIVADOR PERSONAL, AUNQUE EL ARRENDAMIENTO SEA DE APROVECHAMIENTO GANADERO. (SENTENCIA DE 30 DE NOVIEMBRE DE 1988.)

El Juzgado de Pola de Siero desestimó la demanda y la Audiencia revocó la anterior.

No prospera la casación. Se entabló el recurso sin tener en cuenta las modificaciones de la Ley de Arrendamientos Rústicos hechas en 1984, a pesar de lo cual se han estudiado los correspondientes motivos en la medida en que sean homologables con los que establece el artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. A pesar de que en la fecha de la interposición del recurso aún no había tenido lugar el vencimiento de la renta del año 1986 el arrendatario consignó el importe de dicha renta. La finca era de aprovechamiento ganadero desde 1935 y así continúa y se halla sometida a la legislación especial, según el artículo 1 de la Ley de 1980, ya que los pastos constituyen el único aprovechamiento de la finca arrendada y la alusión a que se trata de “explotación ganadera de tipo industrial” se trata de una cuestión nueva, no planteada antes, y de la prueba practicada no se desprende que la explotación ganadera de tipo industrial se halle instalada en la finca arrendada, sino que tal industria está en una finca propiedad del arrendatario separada por un camino de la finca litigiosa. En el arrendatario concurre la condición de cultivador personal, sin que obste el que se trate de arrendamiento ganadero, siempre que el arrendatario realice personalmente las actividades de explotación.

B) ARRENDAMIENTOS URBANOS

RESOLUCION DE ARRENDAMIENTO.—EL RECURSO SE CONSIDERA CADUCADO POR NO HABER CONSIGNADO NI PAGADO LAS RENTAS. LAS NOTIFICACIONES HECHAS AL PROCURADOR HAN DE CONSIDERARSE HECHAS PERSONALMENTE SI NO SE PRUEBA LA IMPOSIBILIDAD DE COMUNICACION DEL PROCURADOR CON EL PODERDANTE. (SENTENCIA DE 16 DE SEPTIEMBRE DE 1988.)

El Juzgado de La Orotava declaró resuelto el arrendamiento y la Audiencia de Santa Cruz de Tenerife declaró caducado el recurso de apelación.

Se desestima la casación. La razón por la que se declaró caducado el recurso y firme la sentencia de desahucio fue la de que, requerido el arrendatario con arreglo al artículo 148 de la LAU para que acreditase el pago o consignación de las rentas de 1986 y enero de 1987, en el plazo de cinco días, el arrendatario no pagó ni consignó. El primer motivo que alega que la notificación se hizo en la persona del Procurador y no al arrendatario personalmente ha de ser rechazado porque el Procurador, como apoderado de la parte, ha de recibir toda clase de comunicaciones, con la misma eficacia que si interviniera en ellas el poderdante. Se exceptúan los casos en que se exige la notificación personal a los interesados, que no es el supuesto del artículo 148 de la LAU ni por su texto ni por su finalidad, que es la de evitar un perjuicio al arrendador y estimular la actividad del arrendatario como parte en el procedimiento. No existe dato alguno que permita deducir una imposibilidad de comunicación entre el Procurador y su representado ni una conducta posterior tendente a subsanar tal imposibilidad, ya que el arrendatario no realizó acto alguno tendente a regularizar la situación, aunque fuera extemporáneamente.

RETRACTO.—HA DE PAGARSE EL VALOR REAL DE LAS FINCAS RETRAIDAS POR EL RETRAYENTE CUANDO HAY DESPROPORCION ENTRE EL PRECIO ESCRITURADO Y EL QUE RESULTA DE LAS DISTINTAS PRUEBAS. (SENTENCIA DE 20 DE SEPTIEMBRE DE 1988.)

Estimó la demanda el Juzgado número 1 de Las Palmas y la Audiencia estimó parcialmente la apelación, declarando el derecho del actor a subrogarse en el contrato de compraventa, variando solamente la cuantía del precio.

No tiene éxito la casación. El recurrente se opone a la cuantía a pagar, pero hay que tener en cuenta que el Tribunal, para mejor proveer, ordenó una valoración objetiva del inmueble ante la evidente desproporción entre el precio escriturado y el que resulta de las restantes pruebas, consciente de que en estos casos ha de estarse por razón de justicia, como repetidamente ha declarado esta Sala en diversas sentencias, desde la de 11 de noviembre de 1956 a la de 12 de junio de 1984, que si bien es verdad que el precio que ha de tenerse en cuenta para la subrogación es el que figura en el contrato causal, ello no elimina la procedencia de admitir pruebas tendentes a demostrar que la cantidad escriturada es ficticia y debe operarse con la real, que es lo que hizo el Tribunal de Instancia. El recurso desarrolla una crítica del informe pericial, extrayendo consecuencias distintas a las del Tribunal sentenciador, olvidando que la casación no es una tercera instancia.

ARRENDAMIENTO DE LOCAL.—EL OBJETO PRINCIPAL DEL CONTRATO FUE LA EDIFICACION, SIENDO ACCESORIOS LOS TERRENOS AJENOS, POR LO QUE HA DE INCLUIRSE SU REGULACION EN LA LEY ESPECIAL DE ARRENDAMIENTOS URBANOS. (SENTENCIA DE 10 DE OCTUBRE DE 1988.)

Desestimó la demanda tanto el Juzgado número 1 de Santiago como la Audiencia de La Coruña.

Tampoco tiene éxito la casación. Existen dos contratos de 1959, uno de traspaso de local de negocio y otro de "arrendamiento de locales destinados a menesteres y terrenos anejos", compareciendo el propietario en el primero para confesar haber recibido el tanto por ciento de la prima del traspaso, conforme a la Ley arrendaticia. Con base en estos contratos se pretendió el desahucio del demandado por estar sujeto al derecho común y excluido de la prórroga forzosa. Esta pretensión fue desestimada tanto en primera instancia como en la Audiencia. Se pretende que hay error, derivándolo de la prueba pericial por el muy superior valor de los terrenos sobre el de las edificaciones; pero aparte de que la prueba pericial no puede fundar un recurso de casación, la verdad es que el informe pericial fue tenido en cuenta, pero no se le dio relevancia en orden a la calificación del contrato. Existe múltiple jurisprudencia que atiende para la calificación del contrato al concepto que lo arrendado tenía al tiempo de celebrar el contrato, no olvidando que los terrenos también son utilizados como elemento de desenvolvimiento del negocio para su expansión y uso por el público, es decir, que el elemento predominante fue la edificación con sus dos plantas al que se supeditan los terrenos, con lo que el arrendamiento queda incluido en la legislación especial, sin que se desvirtúe por la revalorización de los terrenos sobre las construcciones. El contenido y finalidad primordial del contrato fue convenir un arrendamiento de local de negocio y la ocupación de terrenos no deja de tener carácter accesorio.

DESAHUCIO.—NO EXISTE TRASPASO EN LOS CASOS DE ABSORCIÓN DE UNA SOCIEDAD POR OTRA QUE YA COEXISTIA EN EL ARRENDAMIENTO CON LA ABSORBIDA LA PERTENENCIA POSTERIOR DE LA ARRENDATARIA A UN "HOLDING" O UNIÓN DE EMPRESAS TAMPOCO PUEDE CONSIDERARSE TRASPASO. (SENTENCIA DE 22 DE OCTUBRE DE 1988.)

Estimó la demanda el Juzgado número 9 de Barcelona, pero revocó la Audiencia de la misma ciudad.

No prospera la casación. En 1963 realizó la arrendataria —"Almacenes Jorba"— ciertas obras en los locales arrendados para unirlos a un establecimiento contiguo de su propiedad y siendo accionista mayoritario de dicha arrendataria la entidad "Galerías Preciados", decidieron las partes novar el primer contrato estableciendo un nuevo contrato en el que se prohibía ceder o subarrendar total o parcialmente el local arrendado sin permiso escrito del arrendador, con la excepción de que "Galerías Preciados" fuera continuadora de los negocios de "Almacenes Jorba" por fusión, unión o absorción de aquella entidad, en cuyo caso no se alteraría en nada el contrato a favor de "Galerías Preciados", con todas las consecuencias. La Sala de Instancia entendió que no puede comprenderse esta cláusula como autorizadora del uso sucesivo de los locales, prohibiendo la coexistencia temporal de ambas sociedades. Es evidente que se estaba pensando en un proceso de absorción, pero no se impide la coexistencia en el uso de los locales mientras no se consumase la absorción y la conducta posterior de los contratantes interpretó claramente esta cláusula, incluso usando el nombre conjunto "Jorba-Preciados", y esto fue aceptado pacíficamente por el recurrente durante veinte años, interponiendo la acción resolutoria unos meses después de que la absorción hubiera tenido lugar de un modo formal. La regla general es la prohibición del subarriendo o cesión en general, salvo la que se autoriza para

"Galerías", lo cual constituye una regla en sí misma y notoriamente extensiva en sus términos. La ubicación en los locales de una agencia de viajes no afecta a la litis, ya que se halla en el edificio propiedad de la entidad arrendataria. La incorporación de "Galerías" al *holding* "Rumasa" tampoco puede aceptarse, porque la existencia de un grupo de empresas como realidad fáctica no se traduce en la creación de una nueva persona jurídica. La relación de dependencia entre las sociedades agrupadas no implica un cambio subjetivo en el arrendamiento, no existiendo una sustitución parcial o total de la entidad demandada en el uso y disfrute de la finca arrendada.

REVISION DE RENTA.—NO INTERVIENE LA CADUCIDAD DEL ARTICULO 106 DE LA L.A.U. PARA LOS INCREMENTOS DE RENTA PACTADOS ENTRE LAS PARTES, POR LO QUE DEBE APLICARSE EL PLAZO GENERAL DE QUINCE AÑOS. (SENTENCIA DE 20 DE OCTUBRE DE 1988.)

El Juzgado de Primera Instancia número 2 de Madrid desestimó la demanda, pero revocó la Audiencia.

No ha lugar la casación. El incremento de renta pactado no deriva de los casos establecidos en la Ley según el artículo 99 de la Ley, sino de la voluntad de las partes, para cuyo caso no interviene la caducidad del artículo 106 de la misma Ley —tres meses—, sino el plazo de quince años del artículo 1.964 del Código Civil. Se trata del supuesto del párrafo 2.º del artículo 106, como excepción a lo establecido en el número 1 de dicho artículo.

RESOLUCION DE ARRENDAMIENTO.—LA TRANSFORMACION DE UNA SOCIEDAD EN OTRA LLEVADA A CABO SIN CONSENTIMIENTO DEL ARRENDADOR ENTRAÑA UN CAMBIO INCONSENTIDO DE ARRENDATARIO QUE DETERMINA LA RESOLUCION DEL ARRENDAMIENTO. (SENTENCIA DE 25 DE OCTUBRE DE 1988.)

El Juzgado número 14 de Madrid estimó la demanda y la Audiencia confirmó.

No procede la casación. La resolución de los arrendamientos de locales se basa en la causa 5.ª del artículo 114 de la LAU y declara no haber lugar al retracto ejercitado en la reconvencción por la arrendataria. El Tribunal Supremo ha resuelto que la transformación de una sociedad en otra, llevada a cabo sin consentimiento del arrendador supone un cambio inconsentido de arrendatario que determina la resolución del arrendamiento, aunque la doctrina mercantilista opina que la transformación de una sociedad en otra no afecta a la esencia interna de la misma, la cual conserva su personalidad jurídica. Pero no se trata de la conservación de la capacidad jurídica de la sociedad, sino de procurar la adecuación y justa cohonestación del profundo cambio que entraña la transformación con el respeto de los derechos de los terceros. Las grandes limitaciones que se imponen al arrendador, como la prórroga forzosa y las restricciones de renta en los arrendamientos, tienen como compensación que no se puede producir un cambio de titular más que con los requisitos legalmente determinados, y establece el artículo 31 de la LAU que no se reputa traspaso cuando las sociedades cambien de forma por ministerio de la Ley, de lo que se deduce que cualquier

otro cambio de titular sin consentimiento del arrendador supone un traspaso incontestado. La transformación de una sociedad colectiva que se extingue por causas personales en anónima, cuya pervivencia es ajena a la situación personal de los accionistas, supondría para el arrendador una privación de sus derechos, tan dignos de protección como los de los acreedores sociales. Tampoco procede el retracto pretendido por el arrendatario, ya que no lo es de los locales de negocio que pretende retraer, presupuesto previo e ineludible para el ejercicio del retracto legal arrendaticio y, además, en la escritura se había practicado la división de la cosa común, que habían adquirido los actores por herencia de su padre, cuyo supuesto está excluido del expresado retracto arrendaticio según el apartado 3.º del artículo 47 de la LAU.

NULIDAD DE RESOLUCION DE ARRENDAMIENTO.—NO ESTA SUBORDINADA LA RESOLUCION A LA POSIBLE EDIFICACION POSTERIOR, SINO QUE BASA QUE LA DECLARACION DE RUINA SEA FIRME PARA QUE SE PRODUZCA LA CAUSA DE RESOLUCION. (SENTENCIA DE 12 DE NOVIEMBRE DE 1988.)

El Juzgado número 3 de León desestimó la demanda, confirmando la Audiencia de Valladolid.

No prospera la casación. Según reiterada jurisprudencia, el estado de ruina actúa a virtud de una declaración administrativa que, a tenor del número 10 del artículo 114 de la LAU, le sirve de base o supuesto de hecho sobre la que no es dable volver porque implicaría exceso de atribuciones o invasión de jurisdicción. No existe fraude de Ley ni abuso de derecho cuando la entidad arrendadora, para entablar demanda de resolución en orden al local llevado en arrendamiento por el ahora demandante recurrente, se apoya en una norma jurídica cual el número 10 del artículo 114 de la LAU, no actuando en contra del criterio finalista de tal norma. No es óbice que se hubiese demorado la demolición del edificio porque la declaración de ruina en manera alguna fue condicionada a proceder a dicha demolición, sino para que se procediera a la misma por apreciación del estado de ruina alegado a fines de la invocada resolución. Lo que posibilita la misma no es la posterior posible edificación, sino la situación de ruina, y lo único que se requiere es la justificación de la declaración de ruina efectuada por la autoridad administrativa mediante expediente contradictorio, con obtención de firmeza al no haberse interpuesto recurso en su adecuado momento contra tal acuerdo.

C. R. R.

IV. Tribunales Superiores de Justicia

PACTO DE SOBREVIVENCIA.—SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE CATALUÑA DE 14 DE JUNIO DE 1990.—PONENTE. SR. CORBAL FERNANDEZ.

Fundamentos de Derecho. Primero.—Para la adecuada decisión de la controversia procede recoger con carácter previo los antecedentes fácticos siguientes: 1.º En escritura pública otorgada en Igualada el 9 de febrero de 1976, don Antonio Alomar García, don José M.ª Morros Carulla y don Ricardo Segura Muncunill, en nombre propio y además en representación de otros ocho más en virtud de poder de fecha 3 de julio de 1972, como VENDEDORES, transmitieron la finca consistente en porción de terreno o solar para edificar, sito en el término de Odena, lugar conocido por "Puig Rabat", a don Veremundo Bertrán Vilaseca y doña Margarete Mogendorf, los cuales declararon que "*compran por mitad en común y 'pro indiviso' y el sobreviviente de los dos a solas*", procediéndose a la inscripción en el Registro de la Propiedad el 7 de octubre del propio año en el tomo 1150, libro 63 de Odena, folio 58, finca 2763; 2.º La entidad mercantil "Textil Santanderina, S.A.", formuló demanda ejecutiva contra don Veremundo Bertrán que dio lugar a los autos de juicio ejecutivo número 183/1985 del Juzgado de Primera Instancia número dos de Igualada, en el que se embargó la mitad indivisa de la finca referida perteneciente al marido, y se citó a doña Margarete Mogendorf Scharlach a los solos efectos del pacto de sobrevivencia. El embargo se anotó bajo la letra A en el Registro de la Propiedad, con el siguiente contenido: "Constituyo la presente anotación preventiva de embargo a favor de Textil Santanderina, S.A., sobre una mitad indivisa de esta finca, dejando a salvo los derechos que sobre la expresada mitad indivisa del demandado tiene su nombrada esposa en virtud del pacto de sobrevivencia". La anotación se practicó el 21 de noviembre de 1985 en virtud de la providencia del Juzgado del día cinco inmediato anterior; 3.º Doña Margarete Mogendorf formula demanda de tercería de dominio contra "Textil Santanderina, S.A.", y don Veremundo Bertrán Vilaseca solicitando se declare que "la finca descrita en el hecho primero de la demanda por ser de propiedad en común y *pro indiviso* de los cónyuges, don Veremundo Bertrán y doña Margarete Mogendorf, con el pacto de sobrevivencia, es decir, de que la finca sería toda ella del sobreviviente de los dos, no puede en el momento actual considerarse de propiedad del ejecutado don Veremundo Bertrán ni siquiera en su mitad indivisa, ya que dichos cónyuges viven y no se hallan separados ni divorciados y, por tanto, la finca no puede ser objeto de ejecución por la vía de apremio por deudas contraídas por el marido, y en consecuencia se declaran nulas y sin efecto alguno todas las actuaciones efec-

tuadas en ejecución de dicha finca..."; y 4.º El Juzgado de Primera Instancia dictó el 24 de enero de 1989 sentencia en la que desestima la demanda de tercera, resolución que fue confirmada en grado de apelación por la Sentencia de la sección 16 de la Audiencia Provincial de Barcelona de 9 de noviembre de 1989. Contra esta última decisión se interpuso por la representación de doña Margarete Mogendorf recurso de casación con base en los seis motivos que serán objeto de examen en los fundamentos jurídicos que se expondrán a continuación.

Segundo.—La expresión recogida en la escritura pública de 9 de febrero de 1976, "COMPRAN POR MITAD, EN COMUN Y 'PRO INDIVISO' Y EL SOBREVIVIENTE DE LOS DOS A SOLAS", da lugar, indudablemente, a un supuesto de compra por pacto de sobrevivencia o, mejor, de pacto de sobrevivencia concertado en una compraventa, institución de origen consuetudinario, regulada por los artículos 61 y 62 de la Compilación del Derecho civil de Cataluña, sobre cuya naturaleza jurídica existe ya una abundante bibliografía jurídica, discutiéndose si nos hallamos ante un negocio unitario o una dualidad contractual (contrato de compraventa y pacto aleatorio y oneroso de sobrevivencia) y si se trata de una figura híbrida o *sui generis*, con peculiaridades propias, como parece más seguro, o si por el contrario cabe asimilarla a figuras ya conocidas como la de donación *mortis causa*, heredamiento mutuo, fideicomiso condicional recíproco en el que el cónyuge sobreviviente sería el fideicomisario respecto de la mitad correspondiente al premuerto; sucesión contractual entre cónyuges, con diferentes perspectivas, entre otras posturas doctrinales; al tiempo que se hacen entrar en juego las diversas consecuencias de las comunidades germánica y romana, según las respectivas soluciones adoptadas, siquiera parece incuestionable que la finalidad de la institución jurídica se halla en actuar a modo de paliativo o correctivo del régimen de separación de bienes. Por lo demás, no ofrece duda que en el caso se cumplen los presupuestos legales necesarios para la existencia del pacto, a saber: a) los compradores son cónyuges y están sujetos al Derecho civil catalán; b) al no tener pactado otro régimen económico conyugal rige entre los mismos el supletorio de separación de bienes; c) la compra se efectuó conjuntamente y el pacto de sobrevivencia se formalizó en el propio título de adquisición; d) no consta hayan otorgado heredamiento a favor de ellos o heredamiento puro a favor de sus hijos, y e) existencia de cuotas iguales, en el sentido de que se entiende que el precio procede de ambos consortes por iguales partes.

Tercero.—El tema del pleito incide en uno de los principales problemas jurídicos que plantea la institución, debido especialmente a que, a diferencia de lo que ocurre con otros aspectos (legítima, cuarta viudal, nulidad matrimonial, separación judicial, divorcio), la Compilación no contempla las consecuencias del pacto de sobrevivencia en relación con los derechos de los acreedores; de ahí que la doctrina destaque y la práctica sienta la necesidad legislativa de atender a tan importante laguna. Es de advertir ya que la cuestión no admite una solución unitaria, y es que las numerosas facetas y contingencias que se presentan en la vida jurídica no pueden ser tratadas con una misma regla absoluta y radical, como hacen en sentidos distintos las partes y, parece que también, las resoluciones de la primera y segunda instancias. Sin el propósito de enfocar la generalidad de la problemática, que no es además el lugar adecuado, parece conveniente distinguir aquellos casos en que por diversas razones el pacto de sobrevivencia no es operativo (entre cuyas situaciones cabe imaginar las derivadas de deudas domésticas contraídas conjuntamente que han repercutido en utilidad o ventaja

del propio bien sujeto a la comunidad; y otras en que es relevante contemplar el origen y destino del crédito; también supuestos de existencia de fraude, e, incluso, acaso, cabría discurrir sobre la naturaleza y características de la cosa, pues no parece lo mismo que esté impregnada de la nota de la necesidad que lo sea de mero lujo o recreo, etc.; siquiera ha de tenerse en cuenta que las consecuencias no son siempre las mismas, dado que la responsabilidad patrimonial puede no recaer sobre la totalidad del bien, aunque en la perspectiva del análisis que aquí se hace la conclusión resulta idéntica: ineffectividad del pacto de sobrevivencia), de aquellos otros casos en que dicho pacto goza de plena operatividad. Para este supuesto se barajan diversas posibilidades de solución. Una primera admite el embargo de la mitad indivisa y su plena realización en vía de apremio, de modo que al ser adjudicada a un tercero se produce una transformación de la situación existente, de comunidad germánica o *sui generis* de indivisibilidad en comunidad romana, con extinción del pacto de sobrevivencia y posibilidad para el adjudicatario de ejercitar la *actio communi dividundo*. Este criterio no parece sostenible habida cuenta de que conduce a la inestabilidad y práctica desprotección jurídica de la institución, tanto más si no se valora la eventual actitud fraudulenta del cónyuge deudor, dirigida teleológicamente, aunque de forma indirecta, a obtener la ineffectividad del pacto. Una segunda solución sería *a prima facie* igual a la anterior, pero con un importante correctivo: privación de la *actio communi dividundo*. Equivaldría a crear una comunidad ordinaria temporal entre el tercero adjudicatario y el cónyuge no deudor sujeta en su duración a un plazo incierto —muerte de uno de los cónyuges (dato fáctico cierto en el AN e incierto en el QUANDO)—; y producido este evento actuaría en toda su plenitud el efecto expansivo del pacto. El embargo comprendería la titularidad de la mitad indivisa sujeta a condición resolutoria y, también, podría comprender el derecho expectante sobre la otra mitad sujeto a condición suspensiva. A favor de esta solución cabría aducir que la posición o situación jurídica —conjunto de derechos y facultades— objeto del embargo tendría un valor económico apreciable, sin incidir para nada en el efecto sucesorio del pacto; y en contra, se piensa que el pacto presupone que durante la vigencia del mismo ningún tercero puede ostentar derecho alguno (inmediato) sobre la cosa comprada; en definitiva, que es reluctantante a la introducción del tercero en la comunidad. Una tercera solución circunscribe el embargo a los derechos que el deudor ejecutado pueda tener —mitad indivisa y derecho expectante—, pero sin otra posibilidad que su cabal efectividad en el momento en que aquél sea el sobreviviente, produciéndose, por tanto, la premoriencia de su esposa. Por último, hay quienes entienden, como la tercerista en el escrito de demanda, que el objeto comprado con pacto de sobrevivencia queda a salvo de la acción de los acreedores particulares de uno de los cónyuges. De las diversas soluciones expuestas a grandes rasgos, pues siempre cabría añadir matices, parece la más adecuada el caso de autos (en el que la compra con pacto de sobrevivencia se hizo constar en el Registro de la Propiedad y tuvo lugar varios años antes de concertarse el crédito determinante de la ejecución correspondiente a deuda privativa del esposo), la que admite el embargo de la mitad indivisa perteneciente al cónyuge ejecutado y su derecho expectante a la otra mitad, de tal modo que el adjudicatario adquiere la titularidad de ambos, pero sin que pueda ejercitar la división de la comunidad; y producido el evento de la muerte un cónyuge, si el sobreviviente es el no deudor, el adjudicatario pierde todo derecho sobre la cosa, que pasará a pertenecer en su integridad al consorte sobreviviente; y si aquél es el premuriendo, entonces el adjudicatario pasará a ser propietario en exclusiva del bien, desapareciendo la

condición resolutoria en cuanto a una mitad y operar por cumplimiento la condición suspensiva respecto de la otra mitad. No cabe admitir la posibilidad de pedir la división de la comunidad porque ello implicaría tanto como privar al cónyuge no deudor de una posición jurídica por causa de deudas ajenas y, cuando menos, dificultar notoriamente la operatividad en su día de los derechos sobre la cosa. Empero, esa posición jurídica no es obstáculo a la introducción del tercero en la comunidad, pues son compatibles los respectivos derechos de disfrute, utilización y administración en el ámbito de una propiedad plúrima total, sin que a ello se opongan los preceptos contenidos en las normas primera y segunda del artículo 62 de la Compilación, pues el contenido básico del pacto radica en garantizar que al fallecer uno cualquiera de los dos cónyuges compradores el sobreviviente de ellos hará suya la totalidad de lo comprado; y abundan en la solución que se mantiene: evidentes razones de índole práctico que repudian que la institución puede servir de escudo protector de la economía de un cónyuge en perjuicio de legítimos acreedores.

Cuarto.—Antes de seguir adelante procede observar la existencia de errores fácticos en la sustanciación de la demanda, convenientemente advertidos por la demandada, "Textil Santanderina, S.A.", y las sentencias de instancia; y es que se afirmaba en el escrito rector que se embargó *toda la finca*, y si bien no hay constancia directa de la diligencia de embargo, no obstante, de la certificación del Registro de la Propiedad aportada por la propia parte actora claramente se deduce que el Juzgado hizo la traba "sobre la mitad indivisa perteneciente al marido"; y, por otro lado, se alegó también en la demanda que se anotó tal embargo *sobre la totalidad de la finca descrita*, cuando con claridad meridiana resulta de la mencionada certificación que la anotación preventiva recayó "sobre una mitad indivisa de la finca, dejando a salvo los derechos que sobre la expresada mitad indivisa del demandado tiene su nombrada esposa en virtud del pacto de sobrevivencia". Lo dicho es importante para clarificar el debate, aunque no definitivo porque se postula la declaración de que la finca no podría ser embargada por deudas de don Veremundo Bertrán Vilaseca y que no puede seguir adelante el procedimiento de apremio y la subasta, NI SIQUIERA EN SU MITAD INDIVISA. Si se compara lo suplicado por la actora con lo razonado en esta resolución, claramente es de ver la procedencia de embargar la mitad indivisa del cónyuge deudor sujeta a la condición resolutoria dimanante del derecho expectante del otro cónyuge. Esto quiere decir que la anotación preventiva de embargo se ha efectuado correctamente, pero no así el embargo. Y todo ello supone: 1.º Discrepar de la resolución recurrida en una doble perspectiva: por un lado, vedando al adjudicatario el hipotético ejercicio de la acción de división de la comunidad, aspecto que conviene dejar claramente sentado, aunque no ha de trascender al fallo; y, por otro lado, en la apreciación de la legalidad del embargo efectuado, en cuyo punto, con incidencia parcial en el fallo, ha de limitarse la entidad de la traba en los propios términos que lo hizo la anotación preventiva, es decir, "dejando a salvo los derechos que sobre la mitad indivisa del ejecutado tiene su esposa, doña Margarete Mogendorf Scharlach, en virtud del pacto de sobrevivencia", debiendo destacarse la oportunidad del acuerdo porque el embargo delimita el ámbito del apremio, sin que se dé incongruencia cuando dentro de lo pedido se da menos, siendo por lo demás superfluo extenderse sobre el mantenimiento de la anotación preventiva al ser claramente ajustada a derecho; y 2.º Ha de discreparse también del recurso de casación, en análisis conjunto de los motivos 1.º y 2.º (en los que se denuncia infracción de los artículos 61 y 62 de

la Compilación del Derecho civil de Cataluña por violación e interpretación errónea de dichos artículos; e infracción de los artículos 790, 791, 1.113, 1.114 y 1.115 del Código Civil por violación, inaplicación e interpretación errónea), EN CUANTO PRETENDE se excluya de la traba la totalidad de la finca declarando improcedente el embargo de la mitad indivisa del ejecutado, toda vez que, como se tiene razonado, resulta incuestionable la posibilidad de embargar los derechos pertenecientes actualmente al marido sobre la mitad ideal de la finca (como ya reconoció la Resolución de 24 de abril de 1918). En cambio, cabe acoger el recurso en su postulación subsidiaria, desarrollada con amplitud en el segundo motivo, porque, obviamente, no cabe desconocer el derecho expectante del otro cónyuge (no deudor, titular de la otra mitad indivisa), respecto del que la limitación que se aplica al embargo actúa como mecanismo protector. Y es que tal limitación no cabe entenderse como una alteración del principio de responsabilidad patrimonial universal o supuesto legal de exclusión del embargo, sino que es una consecuencia de la regla de que sólo es susceptible de traba aquello que forma parte del patrimonio del ejecutado, sin que pueda afectarse a derechos pertenecientes a terceros ajenos al proceso de ejecución. Lo razonado hace prácticamente innecesario analizar los restantes motivos del recurso, aunque resulta conveniente resaltar, en la perspectiva en que se rechaza el recurso, que no se aprecia infracción de los preceptos hipotecarios aludidos en el motivo tercero; que mal puede darse aplicación indebida de los preceptos de la sociedad de gananciales que no son objeto de aplicación (motivo 4.º), siendo de observar que, con independencia del alcance y valoración jurídica que pueda merecer la doctrina de la Resolución de la Dirección General de los Registros y el Notariado de 29 de diciembre de 1977, una cosa es la aplicación de una concreta normativa jurídica, y otra diferente que a propósito del examen de una determinada institución se diga que la misma presenta una situación paralela con la que se manifiesta en otra institución distinta; que el derecho expectante del cónyuge deudor, que es lo único que debe ser protegido de modo inmediato, queda suficientemente amparado bajo el régimen y fórmula registral que se tiene expresado (5.º motivo), y la cita de una sola sentencia no es suficiente para dar lugar a jurisprudencia y, por tanto, a la posibilidad de recurrir en casación por la vía del ordinal quinto del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y, además, de la Sentencia citada de 23 de febrero de 1971 no cabe deducir ninguna conclusión contraria a lo que se ha dicho en orden a admitir la posibilidad del embargo en los términos expresados (motivo 6.º), procediendo, por último, únicamente indicar en relación con la alusión que se hace en uno de los motivos del recurso a una serie de instituciones del Derecho catalán, que en ninguna de ellas (fideicomiso —art. 193 de la Compilación—, heredamiento, venta a carta de gracia) cabe hablar de absoluta inembargabilidad. La estimación parcial del recurso supone, en cuanto a las COSTAS, que no se haga especial mención respecto de las causadas en las dos instancias y que cada parte haya de satisfacer las suyas por lo que atañe a las de casación (arts. 1.715.4.º y 523, párrafo 2.º LEC); y en cuanto al DEPOSITO, debe acordarse su devolución (art. 1.715, último párrafo, *a contrario sensu*, de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

Por lo expuesto, EN NOMBRE DEL REY Y POR LA AUTORIDAD CONFERIDA POR EL PUEBLO ESPAÑOL,

FALLAMOS

Que estimando parcialmente el recurso de casación interpuesto por el Procurador don Juan Dalmau Rafael en nombre y representación de doña Margarete Mogendorf Scharlach contra la Sentencia dictada por la sección 16 de la Audiencia Provincial de Barcelona el 9 de noviembre de 1989, con revocación de esta resolución y estimando en parte la demanda de tercería de dominio entablada por la citada señora Mogendorf Scharlach contra la entidad mercantil "Textil Santanderina, S.A.", y don Veremundo Bertrán Vilaseca, este último en rebeldía, declaramos que el embargo trabado en el juicio ejecutivo número 183 de 1985 del Juzgado de Primera Instancia número 2 de Igualada sobre la mitad indivisa de la finca de autos, debe entenderse, dejando a salvo los derechos que sobre la expresada mitad indivisa del señor Bertrán Vilaseca tiene su esposa doña Margarete Mogendorf Scharlach en virtud del pacto de sobrevivencia, en cuyo sentido ha de considerarse modificada la correspondiente diligencia y, con tal limitación, procederse en la vía de apremio; todo ello sin hacer expresa imposición de las costas causadas en las dos instancias y en este recurso de casación y con devolución del depósito constituido. Líbrese testimonio de esta resolución, que se remitirá a la Audiencia juntamente con el rollo y autos enviados en su día.

Así por esta nuestra sentencia que se insertará en la COLECCION LEGISLATIVA, pasando al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

(Tomado del *Boletín del Centro de Estudios Hipotecarios* de Cataluña.)

INFORMACION BIBLIOGRAFICA

BELTRÁN, EMILIO: *La disolución de la sociedad anónima*, Editorial Civitas, 161 páginas.

Dentro de la colección de Estudios de Derecho Mercantil, y con el número 5, aparece la obra que ahora comento. Tanto el autor como el tema elegido están llenos de interés. EMILIO BELTRÁN es catedrático de Derecho mercantil de la Universidad de Cantabria y de sobra conocido por sus múltiples escritos (basta citar entre los últimos su espléndido libro sobre los dividendos pasivos o su artículo publicado en la *Revista de Derecho Mercantil*, en colaboración con el profesor MENÉNDEZ, sobre las acciones sin voto). El tema elegido, la disolución de la sociedad anónima, reviste además una gran actualidad. No puede olvidarse cómo uno de los fines primordiales de la reciente reforma mercantil ha sido la eliminación de todas aquellas sociedades que de hecho, en la práctica, eran inoperantes. Se prevén así fuertes sanciones económicas para aquellas sociedades que, llegado el término que la Ley señala, no se adapten a la misma o se disuelvan. Incluso se prevé la disolución del pleno derecho de las sociedades anónimas que el 31 de diciembre de 1996 no se hayan adecuado a la nueva cifra de capital social mínimo. Además, esta materia ha sufrido importantes modificaciones en la Ley de adaptación de nuestra legislación a las Directivas de la CEE en materia de sociedades (Ley 19/1989), recogidas en el Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas y desarrolladas en el nuevo RRM.

La obra, como era de esperar conociendo a su autor, está llena de sugerencias y de ideas innovadoras. Alguna de ellas, incluso, demasiado innovadora, no pudiendo dejar de manifestarlo; en alguna de ellas discrepo, lo cual no resulta fácil dada la contundencia con que el autor siempre fundamenta sus opiniones. Como el profesor BELTRÁN pone de relieve en las palabras introductorias, se ha abordado el estudio de la disolución, dejando fuera de su análisis el procedimiento de la extinción (la liquidación), así como el momento en que se produce y los efectos que lleva consigo. La verdad es que es una pena que el autor se halla detenido en la disolución sin continuar su estudio con el proceso liquidatorio; pero, quizá, la colección de la que la obra forma parte impone una extensión no excesiva y abordar la liquidación hubiese dado a la obra una desmesurada extensión. Basta consultar cualquier estadística reciente sobre las disoluciones operadas para comprender el enorme auge de esta institución, que, sin duda, se incrementará en un futuro próximo hasta la terminación del período de adaptación a la nueva normativa.

El libro se divide en dos capítulos, el primero dedicado al estudio del concepto de la disolución de la sociedad anónima, y el segundo a lo que el autor denomina "formas de disolución". Comienza el autor exponiendo una idea básica, frecuentemente olvidada, como es que la disolución no pone fin a la persona jurídica ni convierte a la sociedad en otra persona jurídica distinta. Incluso, entiende, no puede aceptarse que la disolución resuelva el contrato social de modo que la

conservación de la persona jurídica tenga un carácter simple instrumental para atender a la satisfacción de los acreedores sociales y a la división del remanente entre los socios. La disolución es, simplemente, el presupuesto para la extinción de la sociedad anónima en su doble aspecto: institucional y contractual. Es, pues, la disolución una institución jurídica cuyo único significado radica en determinar el final del período de la vida activa de la sociedad. La disolución no es un acto ni tampoco un hecho, sino el efecto de ese hecho, agotándose en sí mismo.

Se adentra a continuación la obra en el estudio de las relaciones entre la disolución y la liquidación. Sin ánimo de estudiar la liquidación, sí deja el autor bien claro que la extinción de una sociedad es un proceso complejo, del cual la liquidación del patrimonio constituye una simple fase. La liquidación de una sociedad anónima comprende tanto la liquidación patrimonial cuanto la división del patrimonio resultante entre los socios. Es obvio que existe una íntima relación entre la disolución y la liquidación, a pesar del poco claro artículo 266 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas en relación a la fusión o a la escisión total o cualquier otro supuesto de cesión global del activo y el pasivo. El autor aclara cómo el medio técnico empleado para la extinción de las sociedades fusionadas o escindidas no es la liquidación. Ahora bien, se excluye no solamente ésta, sino también la disolución, pues por su propia naturaleza la sociedad anónima puede extinguirse también a través de operaciones de fusión o escisión total. Explica el autor estas ideas aun a pesar de la aparente contradicción con los artículos 260.1 6.º y 266 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas, que parecen llevar a considerar la fusión y la escisión total como supuestos de "disolución sin liquidación". Las ideas expuestas se contemplan teniendo en cuenta la admisibilidad de que sociedades disueltas o en liquidación participen tanto en una fusión como en una escisión total (arts 251 y 254 del propio Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas).

Especialmente brillante resulta el análisis de la quiebra en relación a la liquidación social y liquidación concursal, a la que, por otra parte, dedica uno de los apartados finales del libro. Entiende el autor que la afirmación de la doctrina de que tampoco se abrirá el período de liquidación cuando la sociedad se disuelva como consecuencia de la quiebra debe ser convenientemente precisada. La sociedad no se extingue por la quiebra. De ahí que la quiebra pueda abrirse tanto en una sociedad disuelta como en una no disuelta, y el período de liquidación no es en modo alguno incompatible con la declaración de quiebra. La declaración de quiebra de una sociedad no implica en modo alguno la eliminación de la liquidación de la sociedad anónima. Como resumen de estas ideas el autor deja claro cómo la finalidad de una liquidación voluntaria es repartir el patrimonio resultante entre los socios previa extinción de las relaciones jurídicas con terceros, mientras la finalidad de la liquidación concursal es únicamente eliminar el pasivo.

Termina este apartado con el análisis de la sociedad declarada nula, resaltando cómo la nueva normativa establece que la sentencia que declare la nulidad abre su liquidación, que se seguirá por el procedimiento previsto para los casos de disolución. En cualquier caso, a la sociedad declarada nula le serán aplicables todas las normas sobre liquidación de la sociedad anónima.

El segundo gran apartado dentro del capítulo primero se dedica al estudio del sistema legal de disolución de la sociedad anónima. La primera afirmación sentada por el autor en esta materia es el carácter imperativo de las normas sobre disolución. La sociedad anónima se disolverá también por cualquier otra causa establecida en los estatutos, pero lo que éstos no podrán hacer es eliminar o

modificar de modo restrictivo los supuestos de disolución previstos legalmente. Ello conduce también a la conclusión de que la enumeración legal de las circunstancias por las que la sociedad anónima se disolverá tenga carácter taxativo y, por consiguiente, la sociedad anónima sólo puede disolverse por las causas establecidas por la Ley o por los estatutos.

En armonía con la idea expuesta estudia la obra a continuación como ejemplo paradigmático la reducción del número de socios por debajo del número legal, y en concreto la sociedad de carácter unipersonal. La conclusión es evidente: la unipersonalidad no es causa de disolución de la sociedad anónima (estudia el autor someramente la conocida Resolución de 21 de junio de 1990 al respecto).

La obra se adentra a continuación en el estudio de los requisitos para la disolución, y en concreto al momento en que la disolución se produce. La doctrina había señalado con anterioridad a la nueva normativa que había que distinguir dos tipos de causas de disolución: unas producían inmediatamente la disolución sin necesidad de publicidad ni de deliberación entre los socios, y otras exigían el reconocimiento por parte de los socios o del Juez (los efectos de las primeras se producían *ex tunc*, mientras que los de la segunda se producían *ex nunc*). ¿Qué decir de la nueva normativa al respecto? El artículo 260 parece unificar todas las causas a este respecto dada su expresión "se disolverá". Pero como expone el autor, sólo dos de las circunstancias legalmente previstas (el acuerdo de la Junta general adoptado conforme al artículo 103 y el cumplimiento del término fijado en los estatutos) producen sin más la disolución y consiguiente apertura de la liquidación. Todas las demás requieren también un acuerdo de Junta o, en su caso, una resolución judicial, como más detenidamente se expone en otro capítulo del libro. Esta exigencia tiene carácter constitutivo en el sentido de que no hay disolución sin el acuerdo de la Junta o la correspondiente resolución judicial. Deja, pues, claro el autor cómo la Ley ha querido fijar con claridad el momento de la disolución, y para ello establece requisitos distintos en cada caso. La disolución se producirá, unas veces, por la simple concurrencia de un acto (acuerdo extraordinario de la Junta general) o de un hecho jurídico (transcurso del plazo) y, sin embargo, en otros supuestos presenta una estructura compleja que requiere la presencia de dos elementos: la concurrencia de una causa legítima para la disolución, legalmente prevista, y el acuerdo ordinario de la Junta general o la correspondiente resolución judicial en su caso. Pese a la falta de uniformidad de la disolución de la sociedad anónima, la doctrina opta por referirse de modo unitario al concepto de causas de disolución, distinguiendo entre aquellas que operan automáticamente y aquellas que exigen una declaración de voluntad de la sociedad o del Juez.

En este punto el autor se muestra especialmente original, pues entiende que aunque se trate de consideraciones fundamentalmente terminológicas, la falta de uniformidad de las circunstancias disolutorias puede construirse centrándolo la atención en el concepto de disolución, de modo que en lugar de distinguir las *formas de operar las causas de disolución* cabe distinguir las diversas *formas (procedimientos) en que la disolución se produce*. Distingue el profesor BELTRÁN en este sentido cuatro formas de disolución de la sociedad anónima, como son la disolución por acuerdo extraordinario de la Junta general de accionistas, la disolución automática o de pleno derecho (que tiene lugar cuando se produce un determinado hecho al que el ordenamiento jurídico anuda la disolución, como son el transcurso del término fijado y la disolución por incumplimiento de la obligación de adecuar el capital social a la cifra mínima legal prevista en la Ley de reforma), la disolución por acuerdo ordinario de la Junta general o, en su

caso, por resolución judicial como consecuencia de la concurrencia de alguna de las causas legítimas para la disolución previstas legalmente, y finalmente la disolución por quiebra (la declaración judicial de quiebra no obliga a los administradores a convocar Junta ni abre paso a la disolución judicial, sino que, como se detalla en otro capítulo del libro, simplemente faculta a la sociedad para adoptar un acuerdo de disolución de carácter ordinario, con las consecuencias en relación al quórum a que luego me referiré). A estas formas habría que añadir la disolución de la sociedad en formación que se estudia en las últimas páginas de la obra.

Consecuente con estas ideas, el autor entiende que una mejor exposición de la problemática de la disolución le lleve a utilizar con carácter general el término forma (procedimiento) de disolución que comprende cualquier supuesto de disolución y reservar el concepto de causa de disolución para aquellas circunstancias que no originan por sí mismas la disolución, sino que constituyen un presupuesto de la misma, poniendo en marcha el mecanismo legal previsto en el artículo 262 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas.

Aborda la obra a continuación la disolución y publicidad de la misma, pues cualquiera que sea su forma la disolución produce siempre los mismos efectos, como son la apertura del proceso de liquidación. Se analizan someramente los diferentes modos de acceso al Registro Mercantil según qué tipo de disolución se trate; y en cuanto al contenido de la inscripción, merece especial atención lo que el autor considera el punto más importante, como es el relativo a las "personas encargadas de la liquidación". El profesor BELTRÁN analiza si la previsión reglamentaria de que la inscripción de la disolución contenga la indicación de las personas encargadas de la liquidación impide practicar la inscripción de la disolución en tanto no recaiga el nombramiento de liquidadores, entendiendo que ello no es así y que, por tanto, podrá inscribirse la disolución aun sin que se haya producido el nombramiento de liquidadores simultáneamente. La publicidad que da la inscripción a la disolución no tiene carácter constitutivo, sino simplemente declarativo de la disolución ya producida.

Aborda la obra a continuación un interesante problema como es la reactivación de la sociedad disuelta, y he de decir que en este punto discrepo de las opiniones del autor, pues en contra de lo que él mismo reconoce como doctrina mayoritaria, no admite la reactivación, entendiendo que la misma en el derecho vigente no es admisible, ni aun en el supuesto de que el acuerdo se adopte en Junta universal y por unanimidad. Y digo que discrepo, pues no estando expresamente prohibida dicha reactivación en nuestra legislación y teniendo en cuenta los intereses en juego y el principio de conservación de la empresa, creo que debe admitirse su posibilidad, singularmente en acuerdo tomado por unanimidad por todos los socios. A pesar de la brillantez de los razonamientos del profesor BELTRÁN, he de reconocer que en este supuesto concreto me parecen poco convincentes, debiendo, a mi juicio, admitirse la posición contraria a la defendida por él.

La parte final del capítulo primero se dedica al estudio de los efectos de la disolución. Comienza el autor resaltando cómo la sociedad disuelta conserva su personalidad jurídica en tanto se realiza la liquidación (art. 264 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas), no sufriendo merma alguna en su capacidad. Rechaza, pues, la tesis de que la capacidad sufra merma y, por tanto, la sociedad queda obligada por los actos realizados por los liquidadores a menos que se pruebe que el acto realizado no estaba vinculado directa o indirectamente

con la liquidación y que los terceros conocían o debían conocer dicha circunstancia.

Lógicamente, sufre modificaciones sustanciales, y así, por ejemplo, seguirá desarrollando su objeto social sólo en la medida que sea necesario para la extinción de la sociedad. También sufre importantes modificaciones en materia de contabilidad social. Sin embargo, resultarán plenamente aplicables todas las normas legales sobre funcionamiento de la Junta general, incluida la impugnación de los acuerdos de la misma, si bien la competencia de la Junta se limitará a los acuerdos que sean compatibles con la liquidación. Admite el autor la posibilidad de transformación de la sociedad en liquidación, así como el aumento de capital cuando persiga la finalidad de facilitar la liquidación. La reducción de capital o la adquisición de acciones propias serán admisibles igualmente en tanto en cuanto se encuentren en función de la finalidad de la liquidación. En materia de órganos de administración, las consecuencias son evidentes, pues cesa la representación de los administradores para hacer nuevos contratos y contraer nuevas obligaciones y son sustituidos por los liquidadores, órgano de administración y representación de la sociedad durante el periodo de liquidación. En consonancia con la idea antes expuesta de la posibilidad de inscribir la disolución sin el nombramiento simultáneo de liquidadores, está la idea de que el cese de los liquidadores es gradual: pierden parte de su poder de representación por el simple hecho de la disolución de la sociedad, sin tener que esperar a que la disolución se inscriba en el Registro Mercantil. Ahora bien, en tanto no se inscriba y se publique en el *BORME*, el juego de los principios registrales trae como consecuencia que la sociedad quede obligada frente a terceros de buena fe por las operaciones realizadas por los administradores. Además, los administradores continúan siendo órganos de gestión interna en tanto no acepten los liquidadores (deberán así, por ejemplo, convocar en su caso la Junta general). Estudia el autor a continuación la posibilidad de nombramiento de interventores previsto en la Ley como auténtico órgano de vigilancia, que, sin embargo, no es un órgano necesario durante la liquidación.

Finalmente se estudia la disolución en relación al accionista (que continúa disfrutando de todos los derechos atribuidos por las acciones; pero, sin embargo, el derecho a participar en las ganancias quedará integrado en el derecho a la cuota de liquidación, la disolución no afecta a los dividendos pasivos ya acordados y sólo los no acordados se subordinan en todo caso a la necesidad de satisfacer a los acreedores, posición que critica el autor, etc.); y en relación a los terceros, resalta el autor cómo la disolución no modifica en sí misma la posición de los acreedores sociales, los cuales ni se benefician ni se perjudican por la apertura de liquidación, y así, por ejemplo, no se hacen exigibles las deudas no vencidas de la sociedad, no se extinguen ni modifican los contratos concluidos, etc., consideraciones igualmente aplicables respecto a los obligacionistas.

El capítulo II se dedica al estudio de lo que el autor llama formas de disolución (antes explicado), distinguiendo la disolución por acuerdo extraordinario de la Junta general, la disolución de pleno derecho, la disolución por acuerdo ordinario de la Junta o por resolución judicial cuando concurre causa legítima y, finalmente, la disolución por razón de quiebra y de la sociedad en formación. La primera forma de disolución que se aborda es la que se produce por acuerdo extraordinario de la Junta general. El calificativo extraordinario se refiere a la necesidad de que concurren los supuestos quórum, etc., previstos en el artículo 103 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas. Sin embargo, entiende el autor que ante el silencio de la Ley no será necesario cumplir los demás requisitos

formales de las modificaciones estatutarias, singularmente el artículo 144 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas, es decir, no exige un informe de los administradores que justifique la propuesta de disolución de la sociedad. En este punto siento discrepar nuevamente del autor. Efectivamente, una interpretación literal de los preceptos legales podría llevar a esa conclusión (si bien podría objetarse que la disolución sí implica al menos una "pequeña" modificación estatutaria al deber añadirse las palabras en liquidación al nombre de la sociedad, lo que implicará la modificación del correspondiente artículo estatutario, normalmente el artículo 1.º). Pero es que creo que la trascendencia de una disolución de la sociedad es de tal gravedad, que aunque los preceptos legales no lo impongan expresamente, sí deberían aplicársele los requisitos formales exigidos por la nueva legislación para la modificación estatutaria, singularmente la exigencia del citado informe de los administradores y la puesta a disposición del mismo a los accionistas con carácter previo a la Junta y con la expresión en el orden de convocatoria de dicha puesta a disposición (art. 144 del TR de la LSA). Lo contrario significará que el socio acuda a la Junta sin tener los informes que justifiquen suficientemente la propuesta de una medida de tal trascendencia para la sociedad. ¿No resulta paradójico exigir todos esos requisitos para cualquier pequeña (e intrascendente) modificación estatutaria y no exigirlo para un acuerdo que implica nada menos que la disolución (además con carácter irreversible si no se admite la reactivación)?

La segunda forma de disolución es la disolución de pleno derecho, que incluye la que se produce por el transcurso del término fijado en los estatutos y por incumplimiento de la obligación de la sociedad de adecuarse a la exigencia de una cifra mínima del capital social. En cuanto a la primera, estudia el autor cómo resulta indiferente que los estatutos fijen directamente la fecha en que se formó la sociedad o se limiten a establecer un plazo de duración. Esta forma plantea algunos interrogantes, entre los que el autor resalta el relativo al nombramiento de los liquidadores y el de la prórroga de la sociedad. Aprovecha el autor la ocasión para considerar inadmisibles en una sociedad anónima la facultad de denuncia, que se daría, a su juicio, cuando se atribuya a un accionista la facultad de oponerse a la prórroga. En cuanto al segundo supuesto (no adecuación del capital a la cifra mínima) lo considera el autor un supuesto de disolución de pleno derecho plenamente paralelo a la disolución por transcurso del término, con la diferenciación de que aquí el término no es puesto por los estatutos, sino por la Ley. Analiza los diferentes plazos de sobra conocidos que otorga la nueva legislación para adecuar el capital a la cuantía mínima exigida. Finalmente analiza la duda de si transcurrido el 30 de junio de 1992 sin haberse adecuado a la cifra mínima exigible para una sociedad anónima la sociedad podrá cumplir la adecuación transformándose, lo que se llamaría una transformación tardía. El profesor BELTRÁN admite dicha posibilidad. Finalmente, entiende que no serán aplicables a las sociedades anónimas laborales las sanciones de disolución de pleno derecho y de cancelación de los asientos registrales.

El tercer apartado dentro de las formas de disolución se refiere a la disolución por acuerdo ordinario de la Junta general o, en su caso, por resolución judicial por la concurrencia de causa legítima. Como antes indiqué, se reserva el concepto de causa disolución o causa legítima para la disolución a los hechos previstos por la Ley o los estatutos que deben conducir a la disolución de la sociedad, la cual se producirá, sin embargo, mediante un acuerdo de la Junta general o por resolución judicial. El autor insiste en que este acuerdo será ordinario, es decir, y en contra de lo dispuesto para los supuestos de disolución voluntaria, no requerirá

los requisitos especiales del artículo 103 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas. Se analizan a continuación las causas legitimadoras de la disolución, como son los siguientes: la conclusión de la empresa que constituye el objeto social (cuya trascendencia es muy escasa y puede considerarse que sólo opera cuando la sociedad se constituya para la explotación de un negocio perfectamente definido), la imposibilidad manifiesta de realizar el fin social (cuya trascendencia depende de cómo se configure la expresión fin social y que abarca tanto la imposibilidad originaria, que no puede considerarse como causa de nulidad al no estar incluida legalmente entre las que lo son, como a la sobrevenida con posterioridad, entre las que como hipótesis típica deberá incluirse, a juicio del autor, la infracapitalización material), la paralización de los órganos sociales (cuya inactividad haga imposible el funcionamiento de la sociedad, debiendo ser permanente e insuperable, por lo que de hecho se reduce a la imposibilidad de funcionamiento de la Junta general, pues si lo es del órgano de administración, de hecho la Junta podría cambiarlo) y otras dos causas que merecen un tratamiento especial, como son las pérdidas de la mitad del capital social y la violación sobrevenida y duradera del límite impuesto a la emisión de acciones sin voto. El autor analiza profundamente la primera de estas dos (es decir, la pérdida de la mitad del capital), configurándolo como una norma de carácter preconcursal. La importancia del supuesto determina la trascendencia del estudio de los presupuestos de esta causa de disolución. En este sentido analiza con detalle el problema relativo al momento en que debe estimarse que concurre (entiende el profesor BELTRÁN que la Ley no ha utilizado el concepto de pérdidas aquí en el sentido de determinación del resultado del ejercicio sino con un resultado puramente económico, por lo que existirá la causa cuando el valor del patrimonio social quede por debajo de la mitad de la cifra del capital, sin que se exija además que la Junta general tome conciencia de esta situación). Los administradores deben, pues, convocar la Junta en cualquier momento del ejercicio en que a través de cualquier balance constaten la existencia del referido desequilibrio patrimonial. Aborda aquí el profesor BELTRÁN a través de un brillante análisis las relaciones y posible contradicción entre la norma que estamos analizando y el mantenimiento de aquella otra norma que obliga a reducir el capital social cuando existan pérdidas de un tercio y hubiese transcurrido un ejercicio social sin haberse recuperado el patrimonio. A pesar de que la reciente reforma ha sustituido la expresión reintegración del capital por la de "aumento", entiende el autor que no existe inconveniente alguno para que las pérdidas constitutivas de la causa de disolución se eliminen incorporando al patrimonio social por cualquier medio nuevos bienes que no graven el pasivo, sin perjuicio de los problemas fiscales que ello conlleva. Finalmente, basta para que el resultado de la operación efectuada elimine la causa de disolución con que la adecuación entre capital y patrimonio se lleve a cabo "en la medida suficiente".

Como una causa independiente de la que se ha estudiado anteriormente se configura la relativa a la reducción del capital por debajo del mínimo legal. Sin embargo, el profesor BELTRÁN entiende contradictoria la existencia de dos normas tuitivas del capital social mínimo, como son las que prohíben un acuerdo de reducción por debajo del mínimo legal (art. 169 del TRLSA) y la que establece que la sociedad se disolverá si reduce el capital por debajo de ese mínimo (art. 260.1.5.º del TRLSA). El autor resuelve brillantemente esta contradicción, llegando a la conclusión de que todo acuerdo de reducción por debajo del mínimo legal que no se acompañe del aumento o de la transformación es nulo y, por tanto, no inscribible. Sin embargo, admite dos supuestos de reducción forzosa

del capital en los que estas conclusiones no son tan nítidas, como son la reducción del capital por amortización de las propias acciones decidido por el Juez al amparo de los artículos 76 y 78 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas y la reducción del capital que sea consecuencia del ejercicio del derecho de separación del socio disidente en los casos de sustitución del objeto social (art. 147) y de traslado del domicilio social al extranjero (art. 149.2).

Analiza el autor a continuación una causa de disolución frecuentemente olvidada, como es la violación sobrevenida y duradera del límite impuesto a la emisión de acciones sin voto prevista en el artículo 91.2 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas. Esta causa de disolución implica la existencia de dos elementos, como son un acuerdo de reducción de capital social por pérdidas como consecuencia del cual el valor nominal de las acciones sin voto exceda de la mitad del capital social desembolsado, y que la citada proporción no se restablezca en el plazo máximo de dos años. La disolución no es automática, sino que, por el contrario, exige el acuerdo de la Junta (acuerdo ordinario) o la resolución judicial.

Termina el estudio de este apartado con un breve análisis de las causas estatutarias. Se muestra tajante el autor en cuanto a la imposibilidad de establecer en la sociedad anónima cláusulas estatutarias de disolución basadas en circunstancias que se refieran a las personas de los socios, por contradeír, a su juicio, los principios configuradores de la sociedad anónima. Se muestra igualmente escéptico en cuanto a las llamadas cláusulas de denuncia, es decir, establecer la disolución por la denuncia de cualquiera de los socios o de un porcentaje del capital social.

La concurrencia de una causa legítima para la disolución no significa que la sociedad haya quedado disuelta, sino, por el contrario, que existe un hecho incompatible con la subsistencia de la sociedad. El sistema legal presupone como efecto fundamental la necesidad de un acuerdo de disolución adoptado por la Junta general, que, como antes se dice, se adopta con el quórum ordinario. Aborda el profesor BELTRÁN la competencia de la Junta para remover la causa, competencia indudable en los supuestos de pérdidas patrimoniales y de paralización de los órganos sociales, pero dudosas en los demás supuestos en que procede la disolución. La consecuencia inmediata de una causa de disolución es la obligación de los administradores de convocar la Junta general, llamando la atención el autor sobre la necesidad de incluir en la convocatoria la posibilidad de remover la causa de disolución, por lo que habrá de cumplirse los requisitos previstos en su caso para la modificación estatutaria si, por ejemplo, se pretende salvar mediante una reducción o aumento del capital. La Ley faculta a cualquier accionista para requerir a los administradores para que convoquen la Junta e, incluso, a juicio del autor, no existe inconveniente alguno para que cualquier accionista solicite la convocatoria judicial, si bien hoy dicha facultad parece inútil, puesto que la falta de convocatoria de la Junta solicitada autoriza a cualquier interesado para pedir la disolución judicial, como el propio profesor BELTRÁN establece. A falta de acuerdo, se puede obtener la correspondiente resolución judicial, constituyendo este tema una de las novedades más importantes por la Ley de reforma de esta materia. Cualquier interesado puede pedir la resolución judicial (quién es interesado entiende el autor es una cuestión de hecho que dependerá de la causa de disolución correspondiente), teniendo dicha disolución judicial un marcado carácter subsidiario, subordinado a la constatación de la falta de voluntad social de disolver. No es posible, a su juicio, la disolución judicial si no se constata la falta de voluntad social de disolver. En

cuanto al procedimiento aplicable, se muestra partidario del juicio ordinario declarativo que corresponda, es decir, el de menor cuantía, si bien en un brillante análisis entiende sería aplicable la inclusión del supuesto entre los de jurisdicción voluntaria aunque no esté expresamente previsto en la Ley de Enjuiciamiento Civil. La resolución judicial, a su juicio, tiene carácter constitutivo, pues la sociedad se entenderá disuelta cuando esta resolución se produzca.

Se estudia a continuación la responsabilidad de los administradores por las obligaciones sociales para el supuesto de que incumplan la obligación de convocar Junta general o de solicitar en su caso la disolución judicial. Critica el autor la dureza del precepto, que, a su juicio, sólo se justificaría en el supuesto de pérdidas patrimoniales cualificadas por tratarse, como antes se dice, de una medida preconcursal. Se trata de una responsabilidad que se impone a los administradores como órgano social y no a título individual; por otra parte, es una responsabilidad personal y de carácter ilimitado. En el ámbito objetivo se extiende a las obligaciones sociales, a juicio del autor a todas ellas, y no sólo a las surgidas tras el incumplimiento de la correspondiente obligación de convocar la Junta.

Termina la obra con un brillante análisis de la disolución por razón de quiebra y la disolución de la sociedad en formación.

La quiebra no produce, *ipso iure*, la disolución (pues se puede llegar a un acuerdo con los acreedores). La quiebra, a juicio del autor, ni disuelve de pleno derecho la sociedad ni es "causa legítima para la disolución". Sin embargo, el acuerdo tomado por la Junta en este caso es también un acuerdo "ordinario" (sin aplicarse, por tanto, los requisitos del art. 103 TRLS). Se trata, sin embargo, de una causa facultativa (los administradores no tienen obligación de convocar Junta). Reconoce sin embargo el profesor BELTRÁN que la declaración judicial de quiebra enerva la eficacia de la causa legítima para la disolución consistente en las pérdidas patrimoniales superiores a la mitad del capital social.

La disolución de la sociedad en formación es objeto igualmente de un brillante estudio. No resulta fácil de coordinar las dos normas de tutela contempladas en el artículo 16 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas (la tutela de los socios con el derecho a instar la disolución y la que protege a los acreedores, como es la conversión en sociedad colectiva o civil). El brillante razonamiento del autor lleva a la conclusión del carácter subsidiario de la conversión, es decir, que las normas de la sociedad colectiva o civil sólo se aplicarán cuando la sociedad no se disuelva. Sólo así tiene sentido el derecho concedido a los socios de instar la disolución. Entiende el autor que el socio podrá acudir directamente al Juez (aunque también en primer término a la propia sociedad).

Estamos en presencia de una obra brillante, como no podía ser menos conociendo a su autor. La discrepancia en algún punto concreto no merma la admiración que el profesor BELTRÁN merece. El libro ayudará sin duda a la comprensión de esta institución, que jugará un importante papel en tiempos próximos (incluso en el presente). El libro sabe a poco, no porque decepcione, sino, al contrario, porque no incluye el análisis de la liquidación. Espero y deseo que el autor, en un futuro no lejano, aborde esta otra institución, y así sus asiduos lectores no nos quedemos con la miel en los labios. Tras la lectura de esta obra se comprende mejor la figura de la disolución de la sociedad anónima.

Mi felicitación al autor.

MANUEL CASERO MEJÍAS

GENOVESE, ANTEO: *La nozione giuridica dell'imprenditore*, Ed. CEDAM, Padova, 1990.

No con la unánime aprobación doctrinal, el Código Civil italiano de 1942 sustituyó el concepto de comerciante por el de empresario (como en España con las reformas de 1989) y le dio un relieve tan considerable que pudo estimarse como uno de los ejes de la renovación mercantil. Pero su delimitación tuvo más un acento económico que jurídico. De la ingente literatura originada por el hecho, fueron muchos los que discutieron la unicidad del concepto empresario y autores muy calificados como FERRARA, GALGANO, ASQUINI, FANELLI, MINERVINI, FRANCESCHELLI, OPPE, SPADA... estimaron la configuración legal como rompecabezas, figura geométrica poliédrica, norma en blanco y otro repertorio calificativo nada grato. En cambio, algunas de sus pretendidas subespecies, como la del pequeño comerciante o el agrícola, con retoques posteriores de índole normativa, han merecido mejores juicios.

Nuestro autor realiza un intento muy estimable al tratar de unificar el concepto y aunar sus perspectivas económica y jurídica; la obra es profunda y detallista y suple la deficiencia dimanante del Código con las importantes, aunque no siempre coincidentes, elaboraciones de la jurisprudencia y la doctrina, verdaderas creadoras del concepto de empresario.

Su característica más destacada, ineludible, pues sin ella nos hallamos ante una simple abstracción, es la de la actividad, actividad profesional, aunque para el empresario pueda ser secundaria o simple *hobby*. Se es empresario con independencia de la voluntad personal, sin que sea admisible la renuncia, por el simple ejercicio regular y permanente, en forma pública. El "empresario oculto" de BIGIARI sólo asume realmente tal condición al adquirir trascendencia exterior. La producción puede comprender múltiples fases, asumidas por empresas diversas y puede tener una organización muy simple o sumamente compleja, pero siempre indispensable.

Para muchos —no para todos— la actividad empresarial se inicia ya con la preparación de los elementos para el ejercicio. Hay que distinguir la misma de la que en España se denomina "inicio de operaciones sociales" y cuya datación, a diferencia de la mayoría de normativas continentales, se exige legalmente más por inercia que por interés. Una sociedad inicia sus operaciones sociales apenas terminado el proceso constitucional con la registración, no antes, aunque así la exprese el Reglamento del Registro Mercantil y este sea elogiado por algún destacado estudioso. Las actividades empresariales pueden ser muy posteriores: puede haber sociedades inactivas, durmientes y no lucrativas, como las deportivas. También tenemos sociedades no empresariales, como las de estudios políticos o religiosos, muestras del carácter "neutro" que va adquiriendo el concepto de sociedad, mercantil por la forma y normalmente encaminadas al ejercicio empresarial aunque la finalidad de lucro, para parte de la doctrina quede sustituido por el objetivo económico, valorando el aspecto objetivo sobre el subjetivo.

La sociedad puede asumir varias empresas a una sola con ejercicio discontinuo, por imponerle circunstancias económicas. Lo propio el empresario individual. Se acostumbra a hablar del riesgo como elemento esencial anejo a la condición de empresario. Parte de la doctrina no coincide con ello y, con el propio GENOVESE, estima que es "circunstancia que acompaña normalmente al empresario". Otros más que de riesgo prefieren hablar de responsabilidad. La jurisprudencia ha acentuado el concepto de "objetivo económico". Riesgo y

"alea" no coinciden. El primero, ordinariamente, se halla impuesto por la concurrencia, el librecambio.

La obra, aparte el empresario en general, efectúa análisis sumamente detallistas del empresario agrícola, el comercial, el pequeño empresario, los entes públicos y las sociedades y asociaciones no reconocidas a la sociedad cooperativa "pura", las mutuas aseguradoras "puras" y los consorcios como empresarios. En la imposibilidad de seguir, ni aún esquemáticamente, el entramado que acaba de enunciarse, nos limitamos a resaltar sólo algunos extremos que juzgamos de mayor interés.

Es casi unánime la postura de que el profesional facultativo no es un empresario, a pesar de reunir todos los requisitos que el Código exige a los últimos y no prever tal texto que las actividades empresariales deben limitarse al estudio manual. Pero tradicionalmente el trabajo intelectual se viene situando en plano más elevado y se estima prudente su asimilación al manual tratado despectivamente a pesar de que en muchos supuestos este último requiere difíciles conocimientos técnicos. La "Relazione" que precede al Código se refiere el ejercicio profesional "en forma de empresa", sin perjuicio de aceptar la doctrina común del carácter no empresarial de los profesionales. Pero no hay que olvidar que en la actualidad muchas profesiones requieren inversión de capital, organización, asalariados y suponen riesgos. Pueden ser menos acentuados en el cantante o en el internista que en el titular de una clínica, un laboratorio, una asesoría fiscal o un notario. Son materias en trance de revisión.

El "pequeño empresario", persona física, es una categoría abstracta poco relevante cuyos requisitos detalla el Código y normas complementarias. Destaca más el aspecto de labor directa del empresario y sus familiares que el de la dimensión económica.

El "empresario por cuenta propia" es un supuesto de escuela. El barbero que limita a afeitarse personalmente es intrascendente. Las empresas que producen para autoconsumo son escasas. Normalmente los excesos son objeto de venta o permuta.

Las llamadas "asociaciones no reconocidas", disfrutan no sólo de subjetividad y reconocimiento, pues el Código se ocupa de ellas, sino de ciertas ventajas que hacen se estime de poco interés el expreso reconocimiento. Sin duda pueden ser empresarios lo mismo que las Fundaciones y aún las simples comunidades entre las que se distingue perfectamente el grupo de las "societarias" o "empresariales". No es preciso que se trate de comunidades indivisas simplemente; pueden serlo igualmente las en propiedad horizontal. Es materia poco estudiada por la doctrina (GIRÓN y FERNÁNDEZ DEL POZO son nombres que merecen expresa cita) a diferencia de las Fundaciones sobre las que la literatura es sumamente abundante.

JOSÉ M. PIÑOL AGUADÉ

BARGER CARCAMO, RONCESVALLES: *El retrato gentilicio*, Editorial Montecorvo, Tesis doctoral, con Prólogo del profesor AREDECHERRA, Madrid, 1991. Un tomo de 536 páginas.

A la hora de enajenar una finca ¿qué es más importante: consolidar la compra efectuada o atender a las expectativas de los familiares del enajenante? Así de sencillo es el planteamiento que hace en el prólogo el profesor Arechederra, Director de esta interesantísima tesis doctoral.

La rapidez de la vida actual va imponiendo inexorablemente la aplicación de medidas cada día mayores para asegurar el tráfico jurídico, con apartamiento de trabas e inconvenientes. Y uno de los más señalados desde tiempos tradicionales es la institución del retracto en sus variadas formas, en cuanto pueda significar una rémora a la libre transmisibilidad de los bienes.

Por otra parte, la familia ancestral y campesina, de fuerte arraigo en las zonas rurales españolas, no es que esté en trance de debilitamiento, sino que está desapareciendo en la práctica a velocidades de vértigo. Además, la facilidad de las comunicaciones, en complicidad con el cine y la televisión, hacen que los mozos de los pueblos, lejos de soñar con la llevanza de las tierras de sus antepasados, piensen más en marcharse cuanto antes a la gran urbe y "gozar de sus delicias" ... aunque la realidad resulte después un tanto prosaica y a veces demasiado dura.

Nadie ansía tierras y pocos se meten en pleitos para retraer las tierras vendidas por sus parientes. Al revés, quizá respiren un tanto aliviados pensando que, vendidas tales tierras, se quedan menos ligados al terruño de siempre y podrán volar más fácilmente a los edenes de su sueños.

Pero nos estamos metiendo en disquisiciones sociológicas y no es ese nuestro cometido, sino, en este caso, presentar y comentar este libro que contiene un completo estudio del retracto gentilicio, institución que subsiste en las normas y en la vida de algunas de las regiones españolas.

Se trata de una importante tesis doctoral, con profundidad de doctrina, acopio amplio de datos y una buena muestra de jurisprudencia, que viene a cubrir todo el abanico de posibilidades de esta especial figura, para quienes tengan interés en el estudio y aplicación de los retractos de origen gentilicio.

Sabido es que, desde la promulgación del Código Civil, el retracto gentilicio no existe en los territorios de Derecho común. En cuanto a los regidos por el llamado Derecho foral, su existencia tampoco es general, sino que está limitada a Navarra, Aragón, zonas del Fuero de Vizcaya y el Valle de Arán en Cataluña.

En cuanto a Navarra, el título VI del libro III del Fuero Nuevo se inicia con unas disposiciones generales en el que se encuentra perfilado el régimen de tanteo y el retracto. La Ley 445 los define conjuntamente; tales derechos no son independientes, ya que no podrá ejercitarse el retracto si pudo hacerse uso del tanteo.

En Aragón, bajo el nombre de "derecho de abolorio o de la saca", la Compilación de Derecho civil especial regula la institución en sus artículos 149 a 152.

La Compilación de Vizcaya y Alava se ocupa de la institución en el título VII del libro I, artículos 51 a 59. Allí se expone el régimen de la figura de forma completa y sistemática, armonizando la tradición histórica con los desarrollos técnicos modernos.

En Cataluña se reduce su aplicación al Valle de Arán, bajo el nombre de derecho de tornería, de conformidad con los privilegios y los usos y costumbres de la comarca.

La autora centra principalmente su estudio en el retracto gentilicio navarro, aunque también se extiende a las otras figuras similares citadas, con lo que lleva a cabo un meritorio examen global; en él señala las diferencias existentes y recoge los rasgos comunes, con el resultado de una doctrina general muy completa.

Previo un interesantísimo prólogo del Director de la Tesis, profesor don Luis Ignacio Arechederra Aranzadi, que centra la cuestión de modo preciso, como hemos apuntado, hay una introducción ilustrativa de la metodología y los fines

que la autora se propone en su exposición y que, anticipamos, ha conseguido plenamente.

A continuación el libro entra en materia, dividido en dos grandes capítulos dedicados, sucesivamente, a desentrañar las perspectivas estática y dinámica del retracto gentilicio.

En el capítulo I se estudian los conceptos previos fundamentales para centrar la cuestión. La preferencia familiar ante una enajenación puede ser previa, tanteo, o posterior, retracto; por ello la autora señala la imprecisión del término global "retracto gentilicio", cuando en realidad se encubren dos instituciones distintas, aunque tendentes al mismo fin y correlativas. Recoge las opiniones doctrinales y pasa después a los textos legales para confirmar y defender su aserto.

Hecha esta precisión fundamental, estudia los presupuestos necesarios para que se originen estos derechos de adquisición preferente, siendo el primero la enajenación en la que pretende subrogarse el pariente. A tal efecto desmenuza los posibles casos que pueden presentarse en la compraventa, sea pura o condicional, en subasta pública, de una o de varias fincas. Igualmente, examina las dudas que se plantean en las donaciones onerosas y remuneratorias o las mixtas, en los censos, la dación en pago, la permuta y las aportaciones societarias. Con especial atención estudia el caso del acceso a la propiedad del arrendatario rústico o colono, que la autora estima como una enajenación contra la que puede ejercitarse el retracto gentilicio, citando dos Sentencias del Tribunal Supremo de 1965 y 1980; sin embargo, si pensamos que la Ley de Arrendamientos Rústicos vigente es posterior y vemos los tajantes términos de su artículo 94, no estamos seguros de tal posibilidad, dada la prelación que se establece.

El elemento objetivo, o sea los bienes objeto de estas expectativas de adquisición, ha de ceñirse exclusivamente a los bienes raíces de carácter familiar; la autora se detiene en analizar los conceptos de bienes de abolorio y de patrimonio, los conquistados y los sometidos a la saca foral, según las respectivas regulaciones regionales.

Sobre quienes son los parientes legitimados para ejercitar estos derechos y las posibles cuestiones de preferencia, se extiende la autora, resaltando el carácter personal de la legitimación activa, sin posibilidad de representaciones.

En el capítulo II, dedicado, como se ha dicho, a la perspectiva dinámica del retracto gentilicio, se estudia el ejercicio de las acciones correspondiente para hacerlo valer. Por supuesto, cabe el previo acuerdo extrajudicial o, en otro caso, acudir a la vía de los tribunales. En el libro se reseñan la acción, los plazos y cómputo de su iniciación y la posible renuncia a los derechos adquisitivos, así como se determina la legitimación pasiva y sus posibles variaciones.

Un problema muy importante, al que ya se había aludido antes, es el de la concurrencia de este retracto con otros derechos de adquisición. ¿Cuál de ellos prevalecerá? La autora apunta que la doctrina ha señalado la falta de un criterio unitario en la legislación; por el contrario, la existencia de varias fuentes, tales como el Código Civil, las leyes de arrendamientos rústicos y urbanos y las normas forales, ha dado lugar a antinomias difícilmente salvables y que provocarán problemas.

El capítulo termina analizando los requisitos procesales, entre ellos el plazo, la consignación del precio y los gastos, la justificación del título y el compromiso que ha de prestar el retrayente de no enajenar la finca durante dos años.

Tras la veinticuatro conclusiones en las que la nueva doctora resume y condensa su trabajo, el libro termina con un completo índice cronológico de juris-

prudencia en el que se reseñan nada menos que 704 Sentencias del Tribunal Supremo, siete Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado, 28 sentencias de la Audiencia Territorial de Pamplona, una Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia y cuatro Sentencias más de diversos Juzgados de Primera Instancia.

No es preciso repetir la inmejorable impresión que nos ha causado la lectura de esta Tesis y que hemos manifestado. Basta con decir que mereció para su autora el Premio Extraordinario del doctorado por la Universidad de Navarra. Por supuesto, antes obtuvo la máxima calificación *cum laude*. Me resisto a decir esa tacañería de apto, cuando debía decirse sobresaliente.

FRANCISCO CORRAL DUEÑAS

RODRÍGUEZ LÓPEZ, FÉLIX, y LUIS MANUEL SELVA SÁNCHEZ: *Jurisprudencia registral resumida, 1986-1990*, Centro de Estudios Registrales del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 1991. Un tomo de 396 páginas.

La ordenación y puesta al día de las Resoluciones de la Dirección General es un elemento indispensable para nuestra tarea profesional, pues su doctrina nos sirve de guía a la hora de calificar. Esta calificación es nuestra función ineludible y a veces supone una carga poco agradable, sobre todo cuando se presentan documentos con cláusulas tan extrañas que toda ayuda es poca.

Lo curioso es que hay quienes piensan que algunos Registradores son unos seres masoquistas a quienes encanta encontrar defectos. Nada más lejos de la realidad, pues siempre resulta desagradable tener que denegar la práctica de un asiento, originando problemas a los interesados y roces con los funcionarios intervinientes, que suelen ser no sólo compañeros sino también amigos; y además... se dejan de percibir unos honorarios que nunca vienen mal.

La verdad es que cuando un caso se pone difícil, la búsqueda de soluciones se agudiza, buceando en la doctrina jurisprudencial un atisbo de solución; pero la experiencia nos dice que pocas veces se encuentra la justa Resolución que acierte de lleno en la cuestión planteada.

Pero siempre ayudan, ¿cómo no?, los antecedentes jurisprudenciales y doctrinales aplicados a casos análogos y que pueden traerse a colación. De ahí la necesidad perentoria de buscarlos.

Pero a veces, aun recordándolos vagamente, no es fácil concretar tales antecedentes en la memoria, cada día más ocupada y cansada a medida que avanzamos en años y complicaciones. Y es entonces cuando hay que acudir a recordatorios o prontuarios, cronológicos o alfabéticos, que nos indiquen el lugar, la página exacta, donde podemos dar con la lucecita que nos alumbre. De aquí la enorme utilidad de estos compendios o guías, cuyos autores merecen agradecimiento en cuanto a nos facilitan la tarea.

¿Se trata de problemas de albaceas, cesiones, donaciones, legados, quiebras o usufructos, pongamos por caso? Pues bendito sea Dios, que con irnos a estos repertorios alfabéticos encontramos con toda rapidez lo que nos "sonaba" y andábamos buscando sin éxito en los gastados anaqueles de nuestro cerebro.

Todos estos exordios son para presentar este utilísimo y estupendo libro, cuyos autores, en cambio, no precisan de presentación alguna, porque son amigos de todos y conocidos por asiduos colaboradores, tanto de esta *Revista* como

del *Boletín del Colegio de Registradores* y donde sus nombres se prodigan repetidamente a través de magníficos trabajos jurídicos.

Concretamente, en esto de ordenar y resumir las decisiones jurisprudencias de nuestro Centro Directivo, Félix Rodríguez López y Luis Manuel Selva Sánchez, Registradores de la Propiedad de Morón de la Frontera y Estepa, respectivamente, tienen ya ganado un puesto fijo en el *Boletín del Colegio*. Desde 1986 y en el primer número de cada año, nuestros compañeros nos aportan estos resúmenes jurisprudenciales que ocupan el primer lugar, el puesto de honor, en las "Notas de colaboración" de la publicación colegial.

Desde su aparición inicial el formato es el mismo: Fecha de la Resolución, materia de la misma, fecha de publicación en el *BOE*, página y número del *Boletín del Colegio* donde se recoge su texto íntegro y Registro originario de la nota calificadora que dio lugar al recurso, después vienen los "Vistos" de la Resolución, con las disposiciones legales o reglamentarias en que se basa la decisión y jurisprudencia del Tribunal Supremo y de la Dirección General, terminando con un acertado resumen del contenido.

Todos estos datos se recogen ahora también en este libro, al que se añade un detalle más, que es la página y el número de la REVISTA CRITICA DE DERECHO INMOBILIARIO donde se puede encontrar el comentario a la Resolución, en los casos en que ha tenido lugar, lo que proporciona una más completa información del caso.

Así pues, el libro contiene todos estos datos de las Resoluciones de los cinco años comprendidos de 1986 a 1990, ordenados en varios índices, con lo que su busca es coser y cantar.

En primer lugar hay un índice analítico en el que, por orden alfabético de conceptos, se señalan las fechas de las decisiones correspondientes.

Teniendo esta fecha, se pasa con toda facilidad al segundo fichero, que contiene un listado completo de resúmenes por orden cronológico, donde constan todos los datos antes señalados, con información suficiente para poder encontrar después el texto íntegro de la Resolución deseada y de su comentario doctrinal si existe.

En la parte tercera del libro hay en primer lugar una guía o glosario de conceptos, como ayuda para identificarlos y a continuación se resumen por cada concepto las ideas centrales o básicas de todas las Resoluciones.

Con estos datos sobre el libro que comentamos queda claro que no es preciso ponderar su utilidad. Calificamos, sin dudar, de obra bien hecha la que han llevado a cabo nuestros amigos Félix Rodríguez López y Luis Manuel Selva Sánchez, a los que hemos de agradecer su ayuda y animarles para que cada año, en el primer *Boletín del Colegio*, no nos falten sus indispensables resúmenes ordenados. Los necesitamos muchísimo. Por cierto, en el año 1991 ha sido tal el número de Resoluciones dictadas por la Dirección General, que nuestro amigo Félix Rodríguez López nos acaba de comunicar que no se pueden incluir en el *Boletín del Colegio*, so pena de aumentar su volumen de modo desmesurado. Se publicarán en un apéndice de este libro que comentamos. Sea lo que Dios quiera. El caso es que tengamos a mano esa apreciable ayuda que nos vienen prestando y que agradecemos muy de veras.

REVISTA DE REVISTAS

REVISTA GENERAL DE DERECHO

Núm. 564 (Septiembre 1991)

- "De las formas substitutivas de las penas", por ENRIQUE RUIZ VADILLO, pág. 7065.
- "Derechos básicos de los consumidores y usuarios reconocidos en la legislación vigente, en especial el derecho a la protección de la salud y seguridad; el derecho a la información y a la educación; el derecho a la representación y audiencia en consulta", por M.^a JOSÉ REYES LÓPEZ, pág. 7079.
- "Las acciones de reclamación de la filiación. Estudio en particular de la legitimación del padre biológico en las reclamaciones de paternidad extramatrimoniales", por ANDRÉS BAEZA PASTOR, pág. 7099.
- "Identificación personal: avances genéticos e interrogantes jurídicos", por JAIME M. PERIS RIERA, pág. 7111.
- "Sobre el reconocimiento del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas", por CARLOS CLIMENT DURAN, pág. 7119.
- "Notas críticas al Estatuto Jurídico Privado de las Sociedades Agrarias de Transformación", por FÉLIX LÓPEZ DE MEDRANO, pág. 7593.
- "La Agrupación de Interés Económico. Un primer comentario de los aspectos jurídico-societarios de la Ley 12/1991, de 29 de abril", por JOSÉ MASSAGUER, pág. 7641.
- "La posición jurídica del socio colectivo en la sociedad en comandita por acciones", por RAFAEL DE LA CASA GARCÍA, pág. 7671.
- "La legislación mercantil en materia contable (en los últimos diez años)", por FRANCISCO VICENT CHULIA, pág. 7709.

BOLETIN DEL ILUSTRE COLEGIO DE ABOGADOS DE MADRID

Núm. 4 (Julio-Agosto 1991)

- "La religión de la *diligentia*", por JUAN IGLESIAS, pág. 7.
- "La política regional de la CEE y las Comunidades Autónomas", por LUIS ESCOBAR DE LA SERNA, pág. 9.
- "El órgano de la administración de la Sociedad Anónima", por V. M. GARRIDO DE PALMA, pág. 21.
- "La construcción del proceso cautelar en el Derecho procesal civil español", por JOSÉ LUIS VÁZQUEZ SOTELO, pág. 27.
- "El Estatuto de los Trabajadores y la siniestralidad laboral", por MANUEL MARTÍN RASCÓN, pág. 45.

- "Insumisos: negativa a prestar el servicio militar", por JUAN M. MARTÍNEZ CALDEVILLA, pág. 51.
- "El proyecto de Sociedad Anónima Europea", por CARLOS ENRILE D'OUTRELIGNE, pág. 55.
- "Aproximación jurídica al proceso más universal: el juicio de Jesús de Nazaret", por ANTONIO SANTANDER DE LA CRUZ, pág. 61.

REVISTA JURIDICA DE CATALUÑA

Núm. 4 (1991)

- "La recepción, publicación y rango normativo de los tratados internacionales en el ordenamiento jurídico español", por RAMÓN PANIAGUA REDONDO, pág. 921.
- "Técnicas de reproducción asistida y competencia legislativa autonómica", por FRANCISCO DE P. BLASCO GASCO, pág. 953.
- "La prohibición de trato desigual. Interdicción de la discriminación por razón de edad", por ISABEL MIRALLES GONZÁLEZ, pág. 983.

REVISTA DE DERECHO BANCARIO Y BURSÁTIL

Núm. 41 (Enero-Marzo 1991)

- "La Duodécima Directiva del Consejo (89/67/CEE), de 21 de diciembre, sobre la sociedad de responsabilidad limitada de socio único en el horizonte de la empresa individual de responsabilidad limitada", por JUSTINO F. DUQUE DOMÍNGUEZ, pág. 9.
- "La Duodécima Directiva comunitaria en materia de sociedades relativa a la sociedad de capital unipersonal y su incidencia en el derecho, doctrina y jurisprudencia española, con particular consideración de la RDGRN de 21 de junio de 1990", por ALBERTO ALONSO UREBA, pág. 65.
- "Entidades de crédito. Transparencia de las operaciones y protección de los clientes", por MARÍA CANDELAS SÁNCHEZ DE MIGUEL, pág. 129.

Núm. 42 (Abril-Junio 1991)

- "La limitación del número máximo de votos correspondientes a un mismo accionista (con especial referencia a los bancos privados y al mercado de valores)", por JUAN SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, pág. 271.
- "La protección del titular de una tarjeta de crédito en el Reino Unido", por MARÍA GÓMEZ MENDOZA, pág. 321.
- "Tácticas defensivas frente a ofertas de adquisición hostiles: la experiencia anglosajona", por JOSÉ M.^a GARRIDO, pág. 355.
- "Financiaciones subordinadas en Derecho español", por IÑIGO GÓMEZ-JORDANA, pág. 385.
- "El sistema de representación proporcional en el Consejo de administración, según el Real Decreto 821/1991, de 17 de mayo", por JAVIER JUSTE MENCIA, pág. 421.

"Italia: Recepción de la Tercera y Sexta Directivas del Consejo (N. 78/855 y 82/1991) relativas a fusión y escisión de sociedades anónimas", por BEGOÑA MÉRIDA RAMOS, pág. 441.

REVISTA ESPAÑOLA DE DERECHO INTERNACIONAL Núm. 1 (Enero-Junio 1991)

- "La estación espacial internacional: algunos problemas jurídicos", por J. A. VALLE GÁLVEZ, pág. 7.
- "Aplicabilidad de la sección 22 del artículo VI de la Convención sobre los privilegios e inmunidades de las Naciones Unidas (Opinión Consultiva de Tribunal Internacional de Justicia de 15 de diciembre de 1989)", por F. X. PONS RAFOLS, pág. 39.
- "El Tratado sobre fuerzas armadas convencionales en Europa", por F. MARIÑO MENÉNDEZ, pág. 57.
- "La Ley aplicable a la responsabilidad por daños derivados de los productos en el Derecho internacional privado español", por M. E. ZABALO ESCUDERO, pág. 75.
- "El uso de la fuerza armada en el Golfo: una justificación jurídica", por A. M. DASTIS QUECEDO, pág. 109.
- "Réplica: cuestiones de legalidad en las acciones armadas contra Irak", por M. P. ANDRÉS SÁENZ DE SANTA MARÍA, pág. 117.

REVISTA DE DERECHO PRIVADO (Octubre 1991)

- "Filiales y sucursales y control de cambios", por FRANCISCO LUCAS FERNÁNDEZ, págs. 795 a 826.
- "Admisibilidad del derecho a acrecer en los negocios *inter vivos*, incluidos los onerosos", por BERNARDO GÓMEZ CORRALIZA, págs. 827 a 862.

REVISTA DE ESTUDIOS AGRO-SOCIALES Núm. 155 (Enero-Marzo 1991)

- "Las propuestas de liberalización del comercio mundial agropecuario. Una aproximación cualitativa", por JOSÉ M.^a GARCÍA ALVAREZ-COQUE, pág. 11.
- "Las negociaciones del capítulo agrícola de la Ronda de Uruguay: propuesta negociadora de la Comunidad", por CLETO SÁNCHEZ VELLISCO y JUAN MANUEL VELASCO LEÓN, pág. 41.
- "La agricultura de Estados Unidos frente a la europea en la liberalización del comercio agrario", por MARSHALL A. MARTIN, pág. 55.
- "Progresos en el GATT: papel de Estados Unidos y de los nuevos bloques comerciales regionales", por GERALD KEIM y MICHAEL PUSTAY, pág. 69.
- "Esbozo de una explicación de la Ronda Uruguay", por JUAN ANTONIO CASTILLO, pág. 79.

- "Políticas de ayuda y protección a la agricultura: su tratamiento en el GATT", por PRIMITIVO GÓMEZ TORÁN, pág. 105.
- "El GATT y la reforma estructural de la CEE", por ROBERTO SANCHO HAZAK, pág. 131.
- "El ciclo histórico del proteccionismo agrario", por LUIS V. BARCELÓ, pág. 145.
- "Ronda Uruguay y agricultura mediterránea", por JOSÉ ALBIAC MURILLO y LUIS MIGUEL ALBISU AGUADO, pág. 163.

REVISTA DE LA ASOCIACION DE ESCRIBANOS DEL URUGUAY

Núms. 7 a 12 (Julio-Diciembre 1990)

- "Punto de conexión domicilio", por STELLA CÓRDOBA, pág. 203.
- "La representación civil internacional", por ALICIA PERUGINI, pág. 211.
- "Autonomía de la voluntad en materia contractual", por CARMEN GONZÁLEZ, pág. 221.
- "Lineamientos de la contratación internacional. Sociedades comerciales en Derecho internacional privados", por SUSANA PASTORE, pág. 227.
- "La vigencia de los Tratados de Montevideo y las Convenciones de DIP en la CIDIP", por DOELIA TERRA CORBO y otros, pág. 233.

REVISTA DE DERECHO PUERTORRIQUEÑO

Núms. 106-107-108 (Julio 1989-Abril 1990)

- "¿Una nueva recepción del Derecho español en Puerto Rico?", por GABRIEL GARCÍA CANTERO, pág. 1.
- "La autocontratación en la compraventa en Puerto Rico", por JORGE EDUARDO GALVA RODRÍGUEZ, pág. 9.
- "La doble venta a la luz de la jurisprudencia puertorriqueña", por IRMA A. RODRÍGUEZ AVILÉS, pág. 33.
- "La litigiosidad de la compraventa en Puerto Rico (años 1956-60, 1966-70, 1976-80)", por MARÍA V. GONZÁLEZ DE MOLINERY, pág. 75.
- "Interpretación judicial de Puerto Rico sobre saneamiento por evicción", por MILVA EDET HOYOS, pág. 95.
- "La compraventa de la propiedad arrendada a la luz del Código Civil y su relación con la Ley de Alquileres Razonables de Puerto Rico y la Ley de Arrendamientos Urbanos de España y su desarrollo jurisprudencial", por GLORIA I. PÉREZ MAURY, pág. 127.
- "La Ley de Ventas Condicionales de Puerto Rico, jurisprudencia", por JOSÉ A. CUEVAS SEGARRA, pág. 185.
- "Apuntes sobre la compraventa de multipropiedad inmobiliaria: un intento de calificación", por CARLOS RODRÍGUEZ SIERRA, pág. 195.

REVISTA DE DERECHO Y REFORMA AGRARIA DE LA UNIVERSIDAD DE LOS ANDES Núm. 22

- "Situación actual de la agricultura", por RAMÓN VICENTE CASANOVA, pág. 11.
 "Equilibrio ecológico y conservación de la naturaleza", por OTTO MORALES BENÍTEZ, pág. 21.
 "Vida y mundo circundante", por ANTONIO VIVANCO, pág. 47.
 "La Propietá Fondiaria in Italia e in Brasile", por PAOLA MARÍA PORRO, pág. 59.
 "La cuestión agraria: Enseñanza en investigación en materia de Derechos Humanos", por JOSÉ EMILIO ROLANDO ORDÓÑEZ CIFUENTES, pág. 71.
 "La reforma comercial y el sector agrícola", por ALEJANDRO GUTIÉRREZ, pág. 101.
 "El vilipendiado pero infaltable proteccionismo agrícola", por RAFAEL CARTAY, pág. 113.
 "Conceptualizaciones sobre una política de comunicación como instrumento de política agraria", por CARISMA SALAZAR y ALFREDO LASCOUTX, pág. 133.
 "Flores para el Derecho agrario", pág. 163.

BOLETIM DA FACULDADE DE DIREITO. UNIVERSIDADE DE COIMBRA Vol. LXII (1986)

- "A intervenção do direito matrimonial", por DIOGO LEITE DE CAMPOS, pág. 1.
 "Les problèmes juridiques et pratiques posés par la différence entre le droit criminel et le droit administratif-pénal", por JOSÉ DE FARIA COSTA, pág. 141.
 "Hermeneutica e direito", por JOSÉ DE SOUSA E BRITO, pág. 183.
 "Un problema cada vez más complejo: la existencia del contrato de trabajo por voluntad del trabajador", por MANUEL ALONSO OLEA, pág. 215.
 "Sobre los procesos colectivos y las sentencias declarativas y normativas", por MANUEL ALONSO OLEA, pág. 241.
 "Uma contribuição ao estudo da imposição tributária", por IVES GANDARA DA SILVA MARTINS, pág. 275.
 "Direito do trabalho e direito comunitário", por G. FEDERICO MANCINI, pág. 293.
 "Aspectos da nova parte geral do Código Penal Brasileiro", por ROQUE DE BRITO ALVES, pág. 319.
 "Accès du consommateur a la justice et code de procedure civil hellénique", por VASSILLI CHRISTIANOS, pág. 355.
 "Aspectos contratuais do loteamento urbano", por CARLOS ALBERTO FERNANDES CADILHA, pág. 389.

NOTICIAS CEE Núms. 79-80 (Agosto-Septiembre 1991)

- "El comercio exterior de la Comunidad Económica Europea y sus intercambios comerciales con España en la década de los años ochenta", por ANTONIO ARRANZ ESTEBAN, pág. 11.

- "El Arancel Aduanero de la CEE (Sistema Amortizado, Nomenclatura combinada y TARIC)", por EMILIO BONET MARCO, pág. 27.
- "Responsabilidad de los Agentes de Aduanas según el Derecho Comunitario", por ENRIQUE GUARDIOLA SACARRERA, pág. 57.
- "Nueva regulación jurídica del tránsito comunitario", por MIGUEL FORASTER SERRA, pág. 63.
- "Proyecto al Código Aduanero Comunitario. Campo de aplicación y definiciones", por FERNANDO LEÓN PEÑA, pág. 71.
- "Garantías del pago de la deuda aduanera", por ILDEFONSO SÁNCHEZ GONZÁLEZ, pág. 109.
- "Franquicias fiscales y aduaneras en favor del turismo", por JOAQUÍN DE LA LLAVE DE LARRA, pág. 123.
- "El proceso de armonización de los tipos impositivos en los impuestos especiales", por FRANCISCO SOLANA VILLAMOR, pág. 131

Núm. 81 (Octubre 1991)

- "La utilización abusiva de informaciones confidenciales y privilegiadas en los mercados de valores. Especial consideración de las disciplinas CEE y española", por FERNANDO VALENZUELA GARACH y JUAN IGNACIO PEINADO GRACIA, pág. 11.
- "Las ayudas públicas intangibles y el artículo 92 del Tratado CEE", por ISAAC IBÁÑEZ GARCÍA, pág. 51.
- "Importación de productos protegidos por patente", por JOSÉ MASSAGUER, pág. 53.
- "Incidencia de la Tercera Directiva Comunitaria sobre seguro de automóviles en la armonización de la cobertura de este seguro", por LUIS M. ALMAJANO PABLOS, pág. 67.
- "La adaptación de España a la Europa del mercado único en materia de información económico-financiera", por VICENTE MONTESINOS JULVE, pág. 81.
- "Las agrupaciones de interés económico", por LYDIA NAVARRO CASES, pág. 93.
- "El proteccionismo en el GATT y la Ronda Uruguay. Nuevos planteamientos para la PAC", por ANA M.^a VÁZQUEZ LOSADA, pág. 101.

Núm. 82 (Noviembre 1991)

- "Los recursos prejudiciales planteados por España", por MIGUEL PASTOR LÓPEZ, pág. 11.
- "Los mecanismos de funcionamiento del Sistema Monetario Europeo", por JUAN E. IRANZU, pág. 27.
- "SIR en el Mercado Único", por MARIO CABALLERO y CARMEN CABALLERO, pág. 37.
- "Estatuto legal del Consorcio de Compensación de Seguros", por LUIS M. ALMAJANO DE PABLOS, pág. 49.
- "Coordinación bancaria en la Comunidad Económica Europea (Primera parte)", por LUIS BUENO SIDRE, pág. 65.
- "Normativa comunitaria en materia bursátil", por GLORIA CALVO DÍAZ, pág. 79.
- "Las EIA: Incidencia del elemento técnico y su problemática jurídica", por FRANCISCO LUIS LÓPEZ BUSTOS, pág. 89.
- "Trascendencia social de la política ambiental", por DOMINGO GÓMEZ OREA, pág. 105.

